

**CLEMENCIA Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA
POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR UN CÁRTEL**

El régimen legal español tras su adaptación a la Directiva
2014/104/UE

Ricard Martí Grau

TESI DOCTORAL UPF / 2021

DIRECTOR DE LA TESI

Prof. Dr. Carlos Gómez Ligüerre

Departament de Dret



A la meva família i als meus amics, per ser-hi sempre.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco el tiempo y dedicación de Carlos Gómez Ligüerre, director de este trabajo, así como el apoyo de todo el departamento de Derecho patrimonial de la Universitat Pompeu Fabra. Por supuesto, todos los errores son responsabilidad exclusiva del autor.

Resumen

Este trabajo analiza el vigente sistema de responsabilidad solidaria previsto para los responsables de los daños derivados de la vulneración del Derecho de la competencia en España; en concreto, cuando las infracciones consisten en cárteles. El análisis se centra, especialmente, en la posición que ostenta el cartelista que ha obtenido una exención del pago de la multa impuesta por su vinculación en el cártel, tanto en la relación externa como interna de la solidaridad. El estudio de estas acciones de daños suscita cuestiones procesales y sustantivas que ya aparecen en el examen de cualquier régimen de responsabilidad solidaria existente en Derecho civil español y que también serán objeto de análisis a la luz de la nueva regulación que nos ocupa. El trabajo culmina con el estudio de la incidencia de las soluciones extrajudiciales de controversias en los cartelistas solidariamente responsables, con un especial enfoque a la posición del beneficiario de la exención del pago de la multa.

Abstract

This paper analyzes the joint and several liability system settled for those responsible for the harm caused by the infringement of competition law in Spain; in particular, when such infringement is a cartel. The analysis focuses, especially, on the position of the cartelist who has received immunity from fines for its involvement in the cartel, both in external and internal scope of joint and several liability. The study of these actions for damages arouse procedural and substantive issues that already appears in the analysis of any joint and several liability existing in Spanish civil law and that also will be analyzed in light of the new regulation that concerns us. The paper finalizes with the study of the impact of consensual dispute resolution on jointly and severally liable cartelists, with a special focus on the immunity recipient's position.

Sumario

ABREVIATURAS UTILIZADAS	16
INTRODUCCIÓN	20
CAPÍTULO PRIMERO	
CLEMENCIA Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	26
I. Los programas de clemencia como reflejo de la tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia	28
1. Aplicación pública del Derecho de la competencia en España. Marco normativo y competencial	28
2. ¿Aplicación pública vs aplicación privada?	32
3. La necesidad pública de los programas de clemencia. Los programas de clemencia en España.....	38
4. Entrada en juego de los intereses resarcitorios. El dilema del cartelista	47
4.1 Los intereses privados	48
4.2 Los temores y el dilema del cartelista	49
II. La protección de la documentación aportada en el programa de clemencia como solución que aporta la Directiva 2014/104/UE a la tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia	52
1. El enfoque de la problemática por el legislador europeo en los antecedentes del texto definitivo de la Directiva 2014/104/UE	52
2. La protección de la documentación aportada en las solicitudes de clemencia.....	57
2.1 La Sentencia del asunto “Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt” como antecedente y las Conclusiones del Abogado General Mazák	58
2.2 La regulación del acceso a la documentación de las solicitudes de clemencia en la Directiva de daños	63

CAPÍTULO SEGUNDO

INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ART. 11 DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE Y DEL ART. 73 LDC 68

I. Situación previa de las reclamaciones por daños *antitrust* en España 70

1. Evolución normativa 70
2. La acción utilizada para las reclamaciones de daños derivados de cárteles: el art. 1902 CC 73
 - 2.1 Reclamaciones contra un solo miembro del cártel. El “cártel del azúcar” y el “cártel de camiones” 74
 - 2.2 Responsabilidad solidaria de varios cartelistas: la experiencia en el “cártel del seguro decenal”, el “cártel de los sobres de papel” y el “cártel de camiones” 79

II. El régimen de responsabilidad acogido por la Directiva 2014/104/UE 83

1. Antecedentes 83
2. Regla general: ausencia de solicitantes de clemencia 86
3. Regla especial: excepciones o límites a la responsabilidad del beneficiario de la exención 88
 - 3.1. Relación externa 88
 - 3.2 Relación interna 89

III. Art. 73 de la vigente LDC 90

1. Antecedentes del vigente art. 73 LDC 90
2. Art. 73 LDC y alcance del beneficio de clemencia 94

IV. Aplicabilidad temporal del régimen de responsabilidad solidaria de la Directiva 2014/104/UE y del Título VI de la vigente LDC. Aplicación de la Directiva de daños por parte de los tribunales españoles en virtud del principio de “interpretación conforme” del Derecho de la UE 98

CAPÍTULO TERCERO

LA RELACIÓN EXTERNA DE LA SOLIDARIDAD Y LA POSICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN 104

I. Introducción a los posibles escenarios relativos a la posición del beneficiario de la exención en la relación externa de la solidaridad 105

- 1. La improbable convivencia de la acción *stand-alone* con el beneficiario de la exención..... 109
- 2. La acción *follow-on* interpuesta por una víctima del cártel que es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención 117
- 3. La acción *follow-on* interpuesta por una víctima del cártel que no es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención 121

II. Cuestiones de carácter procesal..... 126

- 1. Litisconsorcio pasivo necesario e intervención provocada 126
 - 1.1 Litisconsorcio pasivo necesario..... 126
 - 1.2 Intervención provocada 129
- 2. Fase de ejecución de sentencia y eficacia de cosa juzgada 130
 - 2.1 Marco general..... 130
 - 2.2 Reclamación de daños interpuesta por un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención..... 135
 - 2.3 Reclamación de daños interpuesta por una víctima que no es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención..... 138

III. Excepciones oponibles por los cartelistas demandados..... 144

- 1. El plazo de prescripción y su interrupción 146

IV. Síntesis de los distintos escenarios de la relación externa y la posición subsidiaria del beneficiario de la exención..... 152

- 1. Desde el punto de vista de la víctima demandante..... 152
- 2. Desde el punto de vista del beneficiario de la exención..... 157

CAPÍTULO CUARTO

LA RELACIÓN INTERNA DE LA SOLIDARIDAD Y LA POSICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN 161

I. Introducción y exposición de los posibles escenarios relativos a la posición del beneficiario de la exención en la relación interna de la solidaridad 162

1. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención.....	168
1.1 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario.....	168
1.2 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario ...	170
1.3 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario	172
1.4 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario	174
2. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto de un cartelista que no es beneficiario de la exención	175
2.1 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario	175
2.2 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario	177
2.3 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista que no es el beneficiario	179
2.4 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario	180
3. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto de una empresa ajena al cártel.....	181
3.1 Un contratante de un competidor del cártel demanda a todos los cartelistas y paga un cartelista que no es el beneficiario de la exención	182
3.2 Un contratante de un competidor del cártel demanda a todos los cartelistas y paga el beneficiario de la exención	183

3.3 Un contratante de un competidor del cártel no demanda a todos los cartelistas y paga un cartelista que no es el beneficiario de la exención	184
3.4 Un contratante de un competidor del cártel no demanda a todos los cartelistas y paga el beneficiario de la exención.....	184

II. El criterio de distribución de cuotas de responsabilidad en la relación interna: la responsabilidad relativa por el perjuicio causado **185**

1. El art. 73.5 LDC prevé un criterio de distribución de la responsabilidad interna entre los cartelistas	185
2. La relación de causalidad y el cártel como una infracción conjunta	191
2.1 Las cuotas de responsabilidad de cada infractor se determinan en la relación interna de la solidaridad.....	191
2.2 El cártel como un supuesto de actuación conjunta.....	200
3. Los criterios sancionadores en la aplicación pública del Derecho de la competencia.....	203
3.1 Los parámetros previstos por la LDC.....	203
3.2 Las resoluciones sancionadoras de la CNMC y la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.....	207
3.3 El Reglamento 1/2003 y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003.....	211
4. Recapitulación.....	213
4.1 Los criterios sancionadores de la aplicación pública del Derecho de la competencia pueden ser empleados como criterios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad en la relación interna de la solidaridad. La necesidad de concreción legislativa	213

4.2 El cártel es una infracción conjunta en la que es posible individualizar responsabilidades. El régimen de solidaridad queda justificado por las funciones de garantía y de ahorro de concreción de las contribuciones relativas al daño que el cártel ha ocasionado.... 223

III. Una cuestión procesal en las acciones de repetición de la relación interna: la casi total necesidad de la acumulación subjetiva de acciones o de la acumulación de procesos 226

IV. Síntesis de la posición del beneficiario de la exención en los distintos escenarios de la relación externa e interna de la solidaridad 230

1. Reclamación interpuesta por un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención..... 231

2. Reclamación interpuesta por otras partes perjudicadas..... 232

CAPÍTULO QUINTO

LA INCIDENCIA DE LAS RESOLUCIONES EXTRAJUDICIALES EN LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EL BENEFICIARIO DE CLEMENCIA . 238

I. Introducción al artículo 77 LDC. Concepto de “solución extrajudicial” y contenido de la misma 239

1. Estructura del art. 77 LDC 239

2. Distintas posibilidades de “solución extrajudicial” 245

3. Contenido de la solución extrajudicial y límite al derecho de resarcimiento del perjudicado 251

II. Tres efectos de los acuerdos extrajudiciales: sobre la cuantificación de la sanción pública, sobre la interrupción de la prescripción de la acción de daños y sobre la suspensión del procedimiento judicial civil 260

1. Las soluciones extrajudiciales como atenuante de la responsabilidad en sede de la aplicación pública del Derecho de la competencia 260

2. Interrupción de la prescripción por el inicio de una solución extrajudicial..... 264

3. Suspensión del procedimiento judicial de reclamación de daños en virtud de la solución extrajudicial de la controversia..... 267

III. Las soluciones extrajudiciales y la relación externa de la solidaridad. La posición del beneficiario de la exención..... 269

1. Escenario sin beneficiario de la exención	271
2. Escenario con beneficiario de la exención	279
2.1 Víctima que es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención	279
2.2 Víctima que es contratante directo o indirecto de otra parte perjudicada	281
IV. Las soluciones extrajudiciales y la relación interna de la solidaridad. La posición del beneficiario de la exención.....	286
1. Introducción. La problemática compensación del cartelista participante en la solución extrajudicial.....	286
2. Escenario sin el beneficiario de la exención	299
3. Escenario con el beneficiario de la exención	302
3.1 Víctima que es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención	303
3.2 Víctima que es contratante directo o indirecto de otro cartelista	305
3.3 Víctima que es contratante directo o indirecto de una empresa ajena al cártel.....	306
V. La solución extrajudicial como excepción personal y el juego de incentivos.....	307
1. La solución extrajudicial como excepción personal.....	307
2. El juego de incentivos para cada parte	310
2.1 Desde el punto de vista de la víctima	310
2.2 Desde el punto de vista de los cartelistas en general.....	312
2.3 Desde el punto de vista del beneficiario de la exención.....	313
CONCLUSIONES	316
LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS	321
BIBLIOGRAFÍA.....	327

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil 1889
CD	Comprador directo
CE	Comunidades Europeas
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CI	Comprador indirecto
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>
EEE	Espacio Económico Europeo
Expte.	Expediente

FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
<i>ibid.</i>	En el mismo lugar
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LA	Ley de Arbitraje
LCCNMC	Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LM	Ley de Mediación
<i>op. cit.</i>	Obra citada
PD	Proveedor directo
PI	Proveedor indirecto
p.	Página
pp.	Páginas
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
Sec.	Sección
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tratado de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen
vs.	Contra

INTRODUCCIÓN

El 26.5.2017 se transpuso al ordenamiento español la 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 (DOUE nº L 349/1, de 5.12.2014) (en adelante, “Directiva de daños” o bien “Directiva 2014/104/UE”), mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE nº 126, de 27.5.2017).

Mediante disposiciones de carácter tanto procesal como sustantivo, la norma europea pretende facilitar las acciones por daños derivados de la vulneración del Derecho de la competencia, esto es, en el ámbito de la aplicación privada de las normas *antitrust*. En consecuencia, la transposición de la Directiva de daños al Derecho español ha supuesto la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC), en lo que atañe a los preceptos procesales, y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 3.7.2007) (en adelante, LDC), en lo referente a las disposiciones sustantivas.

El legislador de la UE se enfrentó al desafío de lidiar con el equilibrio entre la aplicación pública y privada del Derecho de la

competencia. Y uno de los elementos paradigmáticos de la tensión entre ambas vertientes es el beneficiario de clemencia, condición que aparece en infracciones que consisten en cárteles. Veremos que este tipo de infracciones, por su carácter generalmente secreto, por parte de la Comisión o de las autoridades nacionales de la competencia son difíciles de detectar. He aquí la razón de ser las ventajas para el beneficiario de la exención en la aplicación pública del Derecho *antitrust*.

Sin embargo, la posición del beneficiario de clemencia tenía que seguir siendo privilegiada en la vertiente privada. De otra forma, para el cartelista que duda en acudir al programa de clemencia, el conocimiento de que puede ser objeto de reclamación por daños de mismo modo que el resto de miembros del cártel podría suponer un desincentivo económico para denunciar la existencia del mismo. El planteamiento explica el tratamiento diferenciado del beneficiario de la exención del pago de la multa en el *private enforcement* del Derecho de la competencia.

En relación con las acciones de daños en esta materia, la Directiva 2014/104/UE (y, por tanto, la vigente LDC) excepciona la posición del beneficiario de la dispensa, esencialmente, en dos ámbitos: en el acceso a las pruebas y en la responsabilidad solidaria de quienes hayan infringido conjuntamente el Derecho de la competencia (en lo que nos ocupa respecto al beneficiario de la exención, infracciones consistentes en cárteles¹). El principal objeto de

¹ Los cárteles, por su propia naturaleza, suponen la existencia de una pluralidad de infractores. Así se desprende de la propia definición que otorga el párrafo 2º de la Disposición adicional 4ª de la LDC: “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se

estudio del presente trabajo lo constituye el segundo de estos elementos.

Específicamente, en las siguientes páginas se abordan las múltiples situaciones que pueden tener lugar en la responsabilidad solidaria de los cartelistas según quién es la víctima reclamante y con especial atención a la posición que ostenta el beneficiario de la exención en cada caso. En definitiva, hemos pretendido analizar la coherencia entre las distintas excepciones que el régimen de responsabilidad de la vigente LDC concede al beneficiario de la dispensa del pago de la multa en la relación externa e interna de la solidaridad. Asimismo, el trabajo también tiene en cuenta la posibilidad de que la acción de daños sea de tipo *follow-on* o *stand-alone* e insiste en las ventajas de la primera modalidad en detrimento de la segunda.

La pretensión anterior ha conllevado el estudio de distintas materias (sean procesales o sustantivas) que, en realidad, ya inciden en cualquier supuesto de responsabilidad solidaria en Derecho español. Algunas de estas cuestiones se hallan reguladas, total o parcialmente, por el régimen actual de la LDC, como es el caso de la prescripción y su interrupción o la resolución alternativa de conflictos. Asimismo, en algunos escenarios hemos tenido que

entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”.

acudir exclusivamente a las leyes y jurisprudencia civil española, tal y como sucede en las materias de la eficacia de la cosa juzgada, ejecución de sentencias condenatorias, relación de causalidad o la situación de insolvencia del deudor solidario.

El presente trabajo está estructurado en cinco capítulos. El primero analiza la importancia del beneficiario de la dispensa en el *public enforcement* y la necesidad de su protección en el ámbito de las reclamaciones de daños, como reflejo de la tensión entre ambas vertientes de la aplicación del Derecho de la competencia, así como la protección que la Directiva 2014/104/UE y su transposición otorga a la documentación aportada en el marco de un programa de clemencia. El segundo capítulo presenta el régimen de responsabilidad solidaria que la vigente LDC establece para las infracciones *antitrust* conjuntas, así como los antecedentes de dicho sistema y su régimen de aplicabilidad temporal. Del estudio de relación externa e interna de la responsabilidad solidaria y de la posición del beneficiario de la exención en ambos escenarios se ocupan los capítulos tercero y cuarto. Por último, el capítulo quinto analiza la regulación que prevé el art. 77 LDC para las soluciones extrajudiciales y su implicación en la responsabilidad solidaria por daños derivados de un cártel, con especial interés por la concurrencia del beneficiario de la dispensa.

El trabajo contiene referencias a los recientes y actuales casos que están siendo objeto de disputa en los tribunales españoles y a la vigente doctrina sobre la responsabilidad por daños derivados de cárteles. Ya avanzamos que, por razones de irretroactividad, el

régimen vigente de responsabilidad solidaria de la LDC no resulta aplicable a las acciones por daños que constituyen la litigiosidad actual en esta materia. Sin embargo, se aprecia que los litigantes ya han traído a colación fundamentos jurídicos que derivan de los preceptos de la Directiva 2014/104/UE y, del mismo modo, hay sentencias y trabajos doctrinales que ya han aportado ciertas valoraciones sobre los mismos.

En realidad, ello supone otra evidencia de que, en los próximos años, las reclamaciones derivadas de la vulneración del Derecho de la competencia serán una de las materias centrales que ocuparán la litigación en Derecho de daños.

CAPÍTULO PRIMERO
CLEMENCIA Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO
DE LA COMPETENCIA

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la posición del beneficiario de clemencia en un cártel a la hora de responder solidariamente con el resto de cartelistas, en virtud del imperativo de los apartados 4º y 5º del art. 73 de la vigente LDC, en transposición de los apartados 4º, 5º y 6º del art. 11 de la Directiva 2014/104/UE. Dichos preceptos establecen unas excepciones o ventajas para el cartelista que ha obtenido la exención del pago de la multa en el seno de un programa de clemencia, tanto en la relación interna como externa de la responsabilidad solidaria.

La existencia de esta protección no es baladí, pues responde a la necesidad de establecer un equilibrio a la tensión que existe entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia. Y es que las políticas de clemencia, que se sitúan en la vertiente pública, son el reflejo más claro de la tensión respecto a la vertiente privada.

La finalidad de este primer capítulo, pues, es entender el razonamiento del legislador europeo detrás del juego de excepciones brindado al beneficiario de la exención, en base a su consideración como un remedio para equilibrar la relación entre el *public* y el *private enforcement*. Por ello, en las siguientes líneas se abordarán, por un lado, los temas de la existencia de la tensión entre ambas vertientes de aplicación del Derecho de la competencia y la política de clemencia como mejor ejemplo de la misma. Y, por otro lado, se expondrá uno de los dos principales sistemas que aporta la Directiva 2014/104/UE para solventar la situación de tensión: la protección de la documentación aportada en las solicitudes de clemencia. La otra solución, consistente en los límites a la

responsabilidad del beneficiario de la dispensa por los daños ocasionados por un cártel, será presentada en el siguiente capítulo.

I. Los programas de clemencia como reflejo de la tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia

1. Aplicación pública del Derecho de la competencia en España. Marco normativo y competencial

Entendemos por aplicación pública del Derecho de la competencia la investigación y posterior sanción administrativa por la Comisión Europea, en el ámbito de la UE, o por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC), en el ámbito nacional, a quienes han vulnerado normas del Derecho de la competencia. El infractor recibe una sanción pública que proviene de una autoridad pública, en base a unas conductas tipificadas y a una gradación de sanciones normativamente cuantificadas.

En España, la aplicación pública del Derecho de la competencia se encuentra regulada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4.7.2007)². La norma define el ámbito de las conductas prohibidas y de las concentraciones económicas (Título I) y establece a la CNMC como el órgano

² La norma obedece al mandato para los poderes públicos que establece el art. 38 de la Constitución Española: *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.*

principal de aplicación de la LDC, a nivel estatal³. El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE nº 50, de 27.2.2008) (en adelante, RDC) desarrolla ciertos aspectos de la LDC; uno de ellos, tal y como extenderemos posteriormente, es el programa de clemencia.

La CNMC tiene asumida, entre otras, la función sancionadora de las conductas definidas en los capítulos I y II del Título I de la LDC. El procedimiento sancionador se inicia se oficio por la Dirección de Investigación, a iniciativa propia o del Consejo de la CNMC, o bien por denuncia de cualquier persona. Seguidamente, la Dirección de Investigación incoa el expediente sancionador y lleva cabo los actos de instrucción correspondientes. Una vez concluida la instrucción, el expediente es remitido al Consejo de la CNMC con un informe que incluye la propuesta de resolución, así como, si procede, las propuestas relativas a la exención y reducción de la multa. Finalmente, la Comisión de la CNMC, tras ordenar la práctica de las pruebas o actuaciones complementarias que procedan, redacta y publica la resolución sancionadora.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, la STC 208/1999, de 11 de noviembre⁴ declaró que tienen atribuidas competencias

³ La naturaleza, funciones, organización y funcionamiento, régimen de actuación y potestades y transparencia y responsabilidad de la CNMC se hallan desarrollados por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE nº 134, de 5.6.2013) (en adelante, LCCNMC).

⁴ El litigio partía de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya contra ciertas disposiciones de la anterior LDC de 1989, que se referían a las cláusulas “en todo o en parte del mercado nacional”. El TC falló del siguiente modo: “1º Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el

ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia. Como comunidades que han desarrollado normativamente dichas competencias destacamos Cataluña y el País Vasco.

En el caso catalán⁵, la materia se regula por la Ley 1/2009, de 12 de febrero de la Autoridad Catalana de la Competencia (BOE nº 74, de 27.3.2009). Dicho órgano tiene atribuidas las funciones de promoción y defensa de la competencia sobre las actividades económicas desarrolladas en el territorio catalán, así como la función de instrucción y resolución de los expedientes sobre los asuntos derivados de la defensa de la competencia. Su funcionamiento interno se halla regulado por el Reglamento de

Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula "en todo o en parte del mercado nacional", contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11, y 25 a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas”.

⁵ La competencia está prevista, estatutariamente, por el art. 154 del Estatuto de Autonomía catalán (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE nº 172, de 20.7.2006)): *1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña./2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio de Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso:/a) La ejecución en medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia./b) La inspección y ejecución del procedimiento sancionador./c) La defensa de la competencia en el ejercicio de la actividad comercial./3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva sobre el establecimiento y la regulación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, como órgano independiente, con jurisdicción sobre todo el territorio de Cataluña, al que corresponde en exclusiva tratar de las actividades económicas que se lleven a cabo principalmente en Cataluña y que alteren o puedan alterar la competencia en los términos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo.*

Funcionamiento Interno de la Autoridad Catalana de la Competencia. El órgano específico que ostenta la potestad sancionadora en el ámbito catalán en materia de conductas prohibidas y en los términos previstos por la LDC estatal es el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, cuyas resoluciones también incluyen las menciones relativas a la exención o reducción de la multa en virtud de la participación en el programa de clemencia⁶.

Y en cuanto al País Vasco⁷, la norma que regula la Autoridad Vasca de la Competencia es la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (BOE nº 40, de 16.2.2012), en virtud de la cual dicho organismo tiene las funciones de *promover, garantizar y mejorar las condiciones de libre competencia y transparencia en el mercado, respecto de las actividades económicas que se ejerzan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi* (art. 2), incluyendo la potestad sancionadora, en los términos de la LDC estatal⁸.

⁶ No obstante, los programas de clemencia, tal y como expondremos en el siguiente epígrafe, están establecidos y regulados únicamente por la LDC y la normativa que la desarrolla.

⁷ La competencia sobre defensa de la competencia está prevista, estatutariamente, en el apartado 27 del art. 10 del Estatuto vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE nº 306, de 22.12.1979)): *La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...], 27. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Denominaciones de origen y publicidad en colaboración con el Estado.*

⁸ Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012 vasca, la potestad sancionadora en materia de defensa de la competencia en el País Vasco era el

Por último, en lo que atañe a la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la defensa de la competencia, a nivel estatal rige la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (BOE nº 46, de 22.2.2002). La norma establece, como punto de conexión, entre otros, que corresponde al Estado el ejercicio de las competencias sobre procedimientos relacionados con las conductas prohibidas y las concentraciones económicas de la LDC, cuando dichas conductas puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional. Asimismo, regula una Junta Consultiva como órgano consultivo cuyas decisiones no son vinculantes, en materia de conflicto de atribución de competencias en la materia de defensa de la competencia entre Estado y Comunidades Autónomas. También prevé el Servicio de Defensa de la Competencia como órgano en que se tramitan y resuelven los conflictos y, en cuanto a la colaboración e información recíproca entre Estado y Comunidades Autónomas, constituyen materias atribuidas al Consejo de Defensa de la competencia.

2. ¿Aplicación pública vs aplicación privada?

Si bien la aplicación pública del Derecho de la competencia responde al interés general en lo que al correcto funcionamiento del

Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Sin embargo, con el inicio de la actividad de la Autoridad Vasca de la Competencia, el mencionado Tribunal se ha extinguido y la potestad sancionadora se ha atribuido a susodicha Autoridad (Disposición adicional segunda de la Ley 1/2012).

mercado se refiere mediante la estructura de un régimen de conductas y sanciones aplicadas por un órgano público, la aplicación privada, por su parte, consiste en el derecho que ostenta una persona a que se le vea resarcido un perjuicio que ha sufrido como consecuencia de la vulneración del derecho *antitrust* ocasionada por otros sujetos⁹.

Hay que tener en cuenta que la Directiva 2014/104/UE surge en una Europa caracterizada por una tradición de aplicación eminentemente pública del Derecho de la competencia¹⁰, frente a un protagonismo más bien “pobre” del *private enforcement*, tanto desde el punto de vista de la UE¹¹ como en el escenario español¹². Y es que en el caso

⁹ En efecto, es el concepto de *private enforcement* que proporciona el art. 1 de la Directiva de daños: *La presente Directiva 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*. No obstante, la aplicación privada del Derecho de la competencia no sólo tiene esta vertiente que se refiere al resarcimiento de los daños y perjuicios, sino también la vertiente consistente en la declaración de nulidad del contrato que contiene una cláusula anticompetitiva, tal y como apunta Patricia PÉREZ-FERNÁNDEZ (2011), “¿Aplicación pública o aplicación privada del derecho de la competencia?”, *SPCS Documento de trabajo 2011/11*, Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo.

¹⁰ Así lo describen Vera SOPEÑA BLANCO y Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (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 Distribución*, nº 17, segundo semestre de 2015; y Victoria TORRES SUSAEETA (2016), *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia: la tutela procesal del derecho de la competencia en el plano español*, Aranzadi, Pamplona, pp. 13 y ss.

¹¹ De esta forma lo relata la propia Comisión en el *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*,

del ámbito europeo, nos encontramos con una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que, aunque es cierto que no abarca todos los elementos que contiene un sistema responsabilidad, también lo es que han sido precisamente estos precedentes los que han establecido los principios básicos en que se ha basado la Directiva¹³.

En abstracto, podría considerarse que existe una contraposición o tensión de los intereses que protege el *public* y el *private enforcement* del Derecho de la competencia. En efecto, el primero defiende el correcto funcionamiento del mercado como interés

SWD (2020) 338 final, de 14 de diciembre, (version, hasta el momento, únicamente en inglés), p. 1: “However, for a long period of time damages actions for infringements of the EU antitrust rules were still relatively rare, as the Commission noted in 2013”. Asimismo, precisa que de un total de 54 decisiones prohibitivas emitidas por la Comisión entre 2006 y 2012, solo 15 generaron acciones de daños en uno o más Estados miembros.

¹² Así lo resume Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2014), “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *IE Law School Working Paper*, nº 876, enero-febrero 2014, disponible en <http://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-212.pdf>, pp. 1-6, que concluye, tras un análisis de la evolución normativa y jurisprudencial de la aplicación privada en España, que no es hasta los últimos 20 años que han proliferado verdaderamente las acciones de daños en esta materia.

¹³ A esta conclusión llega Helmut BROKELMANN (2015), “La directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 37, octubre de 2015, pp. 3-7, tras realizar un análisis de la jurisprudencia del TJUE al respecto. Y es que no es hasta 2001, con la STJCE de 20.9.2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, que se reconoce la legitimación para reclamar daños y perjuicios derivados de una infracción del derecho de la competencia; y hasta 2006, con la STJCE de 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, que se reconoce el derecho de cualquier persona, incluidos compradores indirectos, a reclamar daños y perjuicios derivados de una infracción del derecho de la competencia al amparo de la normas procesales nacionales.

general¹⁴, mientras que el segundo pretende proteger los intereses estrictamente privados de aquéllos que han sufrido un daño patrimonial como consecuencia de que otra persona ha cometido un ilícito *antitrust*. Desde un punto de vista teórico o abstracto, si se quiere, el choque de intereses existe¹⁵.

El asunto requiere, sin embargo, que se adopte un prisma más práctico, pues al fin y al cabo, la Directiva 2014/104/UE pretende constituir la base de la jurisprudencia de la UE y de los distintos Estados miembros sobre los supuestos de demandas de daños por infracción de las normas de Derecho de la competencia. En el

¹⁴ Apartado I del preámbulo de la vigente LDC: “[...] En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. /Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía./Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado. Con este objeto se promulgó la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, sobre cuya base se ha articulado un sistema basado en la existencia de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia”.

¹⁵ Excelente trabajo de Wouter P.J. WILS (2003), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, publicado en *World Competition*, Vol. 26, nº 3, septiembre de 2003, descarga disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540006, pp. 473-488. En él, el autor resume la tensión entre el *public* y el *private enforcement*, defendiendo la inherente superioridad de la primera y cuestiona la necesidad de la segunda, en alabanza del sistema norteamericano de los *treble damages*. En lo que aquí interesa, compartimos con el autor la consideración de que la divergencia entre los intereses de la aplicación pública y la privada radica principalmente en el hecho de que en la primera, las autoridades de la competencia pretenden el óptimo cumplimiento de las normas *antitrust*, mientras que en la privada, el objetivo principal de los reclamantes se refiere a las posibles cantidades a obtener mediante el pleito.

contexto de la praxis jurídica, surgen las reflexiones y dudas sobre la existencia de tal tensión entre los intereses que protegen una y otra modalidad de aplicación de las normas *antitrust*.

Y es que, la posición que se puede adoptar, es la siguiente: si en sede de la aplicación pública se investigan, descubren y sancionan los cárteles, la relación de este plano con el de aplicación privada solo podrá ser de complementariedad¹⁶, o incluso de *conditio sine qua non*¹⁷. Es decir, puede asumirse que el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del ilícito *antitrust* solo es posible gracias a que la Comisión o las autoridades nacionales de la competencia han detectado y castigado a los partícipes del cártel o, al menos, que existe una necesaria complementariedad.

Sin embargo, esta posición parte únicamente del supuesto de acciones de daños *follow-on* o de seguimiento, esto es, reclamaciones que derivan de una resolución administrativa o

¹⁶ Es la posición de Fernando Díez ESTELLA y Clara ESTRADA MERAYO (2014), “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de Competencia y Distribución*, nº 15, segundo semestre de 2014, pp. 189-202. Los autores argumentan que el sistema de *public* y *private enforcement* están llamados a complementarse, ya que a pesar de que las autoridades tienen el objetivo disuasorio y los perjudicados privados pretenden el resarcimiento patrimonial, ambos tienen el objetivo común de defensa de la competencia (p. 192).

¹⁷ Estos términos emplea José María BAÑO FOS (2016), “Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 232. Esa es también la visión que suelen compartir las autoridades de la competencia: Francisco GONZÁLEZ CASTILLA (2016), “Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *op. cit.*, pp. 245-256, aunque en este caso, el autor ya hace referencia a los programas de clemencia y los equipara al plano de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

judicial firme que acredita y sanciona la existencia de un cártel. También es posible el escenario de acciones *stand-alone* o independientes, las cuales no son consecuencia directa del procedimiento de aplicación pública del Derecho de la competencia¹⁸.

En el caso de las demandas *stand-alone*, la prueba de la existencia del ilícito *antitrust* se ejercita ante los tribunales, al margen de la actuación de la Comisión Europea o de las autoridades nacionales de competencia. Desde este extremo, pues, carecería de sentido defender la necesaria efectividad del *public enforcement* en aras de que un perjudicado por un cártel pueda reclamar los daños y perjuicios que ha sufrido. De todas formas, tal y como veremos a lo largo de este trabajo, resulta indiscutible que, en términos de costes y de posibilidades de obtener una resolución judicial favorable, al reclamante le es mucho más conveniente partir de un procedimiento sancionador previo¹⁹.

¹⁸ Son posibles, en España, desde la LDC de 2007, pues en la anterior de 1989, el artículo 13 exigía la decisión administrativa firme para ejercitar acciones indemnizatorias. En el presente trabajo, no obstante, haremos referencia general a las acciones *follow-on*, pues tal y como se verá en el epígrafe correspondiente, son las únicas compatibles con la existencia del beneficiario de clemencia y, tal y como también evidenciaremos, son aquellas a las que el régimen de responsabilidad solidaria de la Directiva 2014/104/UE y de la vigente LDC también se refiere de forma general. Retomaremos la cuestión más adelante.

¹⁹ Así lo evidencian los datos que reflejan que, en los últimos años, la gran mayoría de las reclamaciones por daños *antitrust* son acciones *follow-on*. Al respecto, destacamos el estudio de Jean-François LABORDE (2019), “Cartel damages actions in Europe: how courts have assessed cartel overcharges”, *Concurrences*, 4ª edición, p. 4, en el que el autor, en base a una recopilación de 239 casos de cártel sancionados, concluye que el 57 % de reclamaciones han derivado de una decisión sancionadora de autoridades nacionales de competencia, el 40 % son consecuencia de una decisión de la Comisión y solo el 2 % constituyen acciones *stand-alone*.

No obstante el planteamiento precedente, la cuestión se clarifica en sede de los programas de clemencia, ya que suponen el mejor ejemplo de visualización de la tensión entre la vertiente pública y privada de la aplicación del Derecho de la competencia. Cuando concurre un cartelista que pretende obtener el beneficio de clemencia, los intereses en uno y otro lado de la balanza explican las soluciones que la Directiva 2014/104/UE aporta para equilibrar la situación.

Una de estas dos soluciones con que responde el texto europeo, esto es, el juego de excepciones que establecen los apartados 4º, 5º y 6º de su art. 11, son beneficios que se brindan al beneficiario de la dispensa a la hora de responder conjunta y solidariamente por una infracción ocasionada conjuntamente, como es el caso de un cártel.

3. La necesidad pública de los programas de clemencia. Los programas de clemencia en España

Los programas de clemencia fueron introducidos en nuestro ordenamiento en los arts. 65 y 66 de la actual LDC de 2007, así como mediante los arts. 46 a 53 del RDC de 2008, con la finalidad de alinear el sistema español de competencia con el europeo²⁰. En el ámbito de la UE, el sistema de clemencia tiene como origen la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con

²⁰ Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2017), en José MASSAGER, José Manuel SALA ARQUER, Jaime FOLGUERA y Alfonso GUTIÉRREZ (directores), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 5ª edición, p. 1403.

acuerdos entre empresas (DOCE n° C-207, de 18 de julio de 1996), sustituida posteriormente por la vigente Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DOUE n° C-298/11, de 8 de diciembre de 2006).

Desde el punto de vista de la regulación española, la clemencia consiste, en primer lugar, en una exención del pago de la multa de la actual CNMC para aquellos cartelistas que: bien sean los primeros en aportar pruebas que, a juicio de la CNMC, permitan iniciar una inspección sobre la existencia del cártel que no hubiera sido posible sin dicha aportación; o bien sean los primeros en aportar pruebas que, a juicio de la CNMC, permitan confirmar la existencia de la infracción de cártel, siempre que dicha confirmación no hubiera sido posible sin tal aportación, y siempre que ya no se haya concedido una exención conforme al punto anterior. Ambos supuestos exigen del solicitante de clemencia una actitud colaboradora y de no obstrucción, así como no haber obligado a otras empresas a participar en el cártel.

Y, en segundo lugar, la clemencia se basa en una reducción de la multa de la CNMC para aquellos cartelistas que, sin ser merecedores de obtener la exención, faciliten pruebas a la CNMC que aporten un valor añadido significativo en la inspección del presunto cártel y que mantengan una actitud colaboradora y de no obstrucción. La reducción será de entre el 30 y el 50 por ciento del importe de la multa para el primer cartelista que aporte las pruebas; de entre el 20 y el 30 para el segundo; y de hasta un 20 por ciento para los sucesivos cartelistas que hagan la aportación.

Muy similar es la regulación del programa de clemencia de la UE, inserta en la Comunicación de la Comisión de 8 de diciembre de 2006, tanto en lo que se refiere a los supuestos de exención y reducción como al procedimiento²¹.

Los programas de clemencia se sitúan, pues, indudablemente, en la esfera de la aplicación pública del Derecho de la competencia. Consisten en una exención o reducción de la multa que la Comisión o la autoridad nacional de competencia impondrían a los integrantes de un cártel, a cambio de facilitar información que permita investigar, descubrir y sancionar tal infracción. Se trata de procedimientos administrativos, dirigidos por organismos públicos, sin que en este plano interfiera un interés privado externo.

Es cierto que en el engranaje de los sistemas de clemencia existe una motivación patrimonial particular, la del propio cartelista que da el paso a evidenciar el cártel, con el objetivo de ahorrarse la sanción. Incluso, por la alta efectividad de la clemencia para con la detección de los cárteles, se puede afirmar que aquella interesa también a los afectados por la infracción, pues ya tendrán constatada la existencia y el alcance del cártel. Pero se trata, primera

²¹ Tal y como aprecia Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2017), *op. cit.*, pp. 1412-1413, pueden apreciarse principalmente dos diferencias: en primer lugar, que en sede de programas de clemencia, la LDC se refiere únicamente a infracciones consistentes en cárteles, definidos en el apartado segundo de la Disposición adicional 4ª, mientras que en la Comunicación de la Comisión de 2006 se refieren al cártel como ejemplo más común, dejando la puerta abierta a otros tipos posibles de infracción. Y, en segundo lugar, en el ámbito del procedimiento de clemencia ante la Comisión, no es posible solicitar la clemencia una vez se ha concluido una inspección a las empresas parte del cártel, mientras que del apartado primero letra a) del art. 65 LDC se deriva que se podría dar el raro caso de que existe una inspección que no puede apreciar los elementos de la infracción, y el solicitante aporta la información para apreciar las pruebas.

y esencialmente, de un programa impuesto por el aparato público, que responde a un interés público: que se descubran y se sancionen los cárteles, garantizando la óptima aplicación del Derecho de la competencia, y así proteger a los intereses generales en el mercado.

Y es que los cárteles, debido su carácter generalmente secreto, son las infracciones más difíciles de descubrir por la autoridad de competencia²². Es una afirmación generalmente consensuada por la doctrina que, para descubrir y sancionar los cárteles, la colaboración de las empresas infractoras a través de los programas de clemencia es esencial²³.

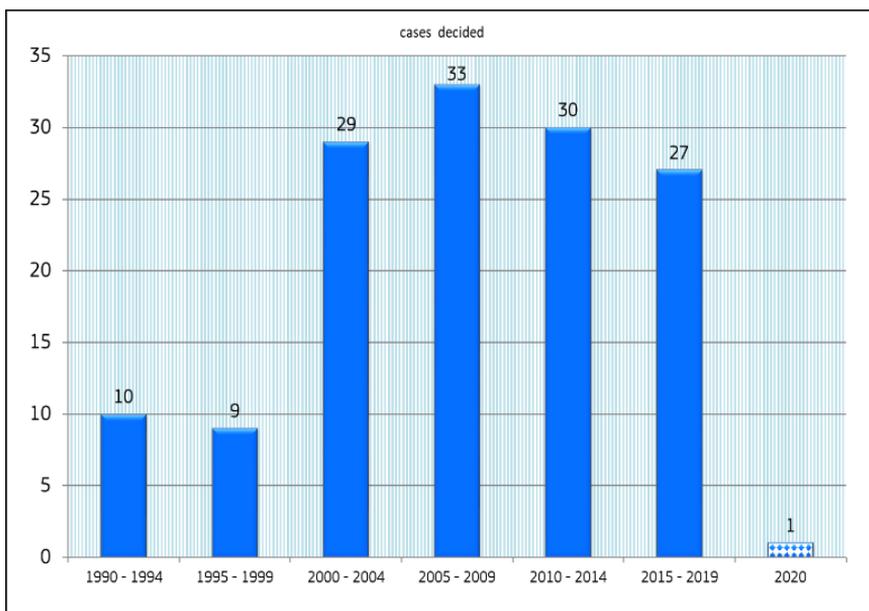
La alta efectividad de los programas de clemencia también se ve reflejada en los resultados de los trabajos estadísticos sobre el tema, elaborados tanto desde el punto de vista nacional como de la UE. Con la finalidad de ilustrar, pues, la necesidad pública del buen

²² En la STJCE de 7.1.2004, Aalborg Pórtland y otros contra Comisión, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, apartados 55, 56 y 57, se sintetizan las dificultades prácticas de la Comisión para tener constancia fehaciente de la existencia de los cárteles: “Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo./Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción./En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia”.

²³ Por todos, véase el análisis de Christopher R. LESLIE (2011), “Antitrust Leniency Programmes”, *The Competition Law Review*, Vol. 7, nº. 2, julio de 2011, pp. 175-179.

funcionamiento de los programas de clemencia en relación con la detección de los cárteles, merece la pena detenernos, brevemente, en dichos estudios de estadística.

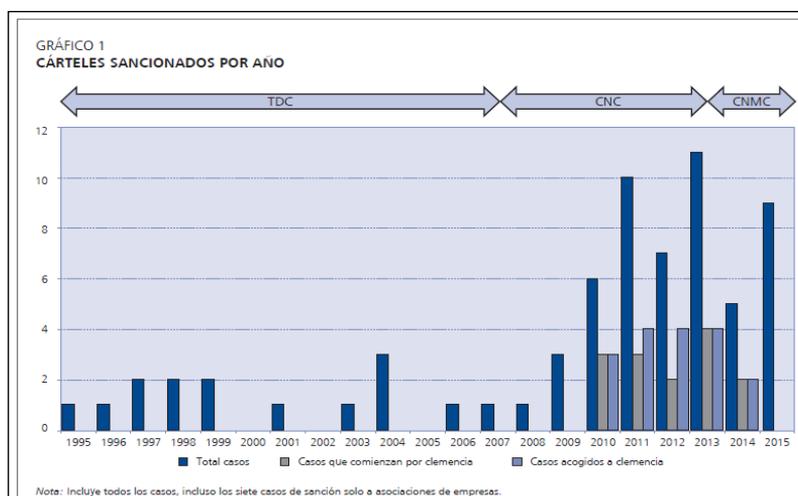
En primer lugar, destacamos la última publicación sobre estadísticas de cárteles de la Comisión Europea. Concretamente, nos interesa el gráfico²⁴ que refleja el número de cárteles constatados y sancionados por la Comisión en el período entre 1990 y 2020. Resulta apreciable que la tendencia es generalmente ascendente, con un punto de inflexión notable a partir del año 2000, ya siendo plenamente vigente la Comunicación de la Comisión relativa a los programas de clemencia de 1996 y, posteriormente, de 2006:



²⁴

Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, p. 5 (última versión de 20 de septiembre de 2020).

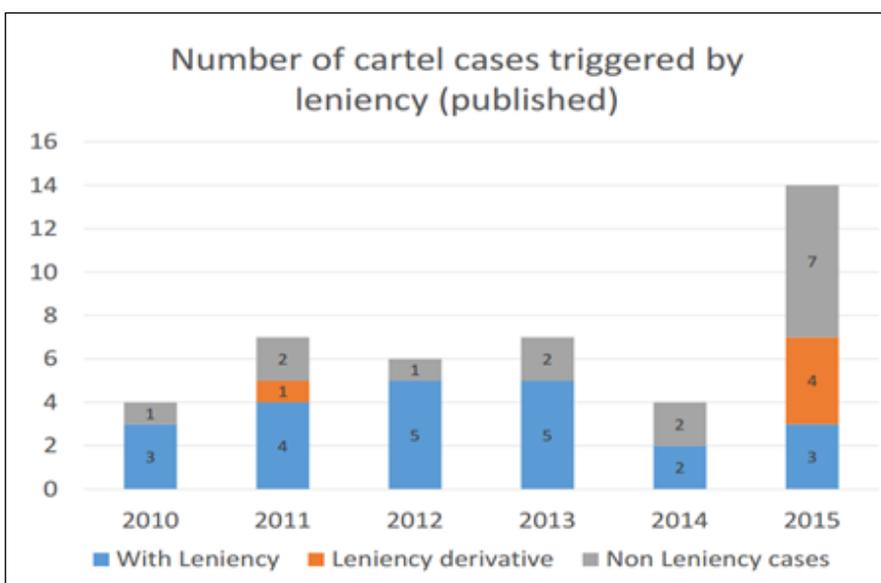
En el contexto español, destacamos el trabajo publicado en 2015 por la revista *Papeles de economía española*²⁵, titulado “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España”, en el que los autores llevan a cabo un extenso análisis estadístico sobre los cárteles descubiertos y sancionados por las autoridades españolas. Nos hemos fijado especialmente en el gráfico relativo al número de cárteles sancionados entre 1995 y 2015 por los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) y la vigente CNMC. En él se observa, hasta 2015, un incremento de los casos de cárteles comenzados y acogidos por clemencia, así como un punto de inflexión en el ascenso de cárteles sancionados en general a partir de 2009 y 2010²⁶:



²⁵ Joan Ramon BORREL ARQUÉ, Juan Luís GIMÉNEZ GONZÁLEZ y José Manuel ORDÓÑEZ DE HARO (2015), “Análisis forense de los cárteles descubiertos en España”, *Papeles de economía española*, nº 145, septiembre de 2015, pp. 82-103.

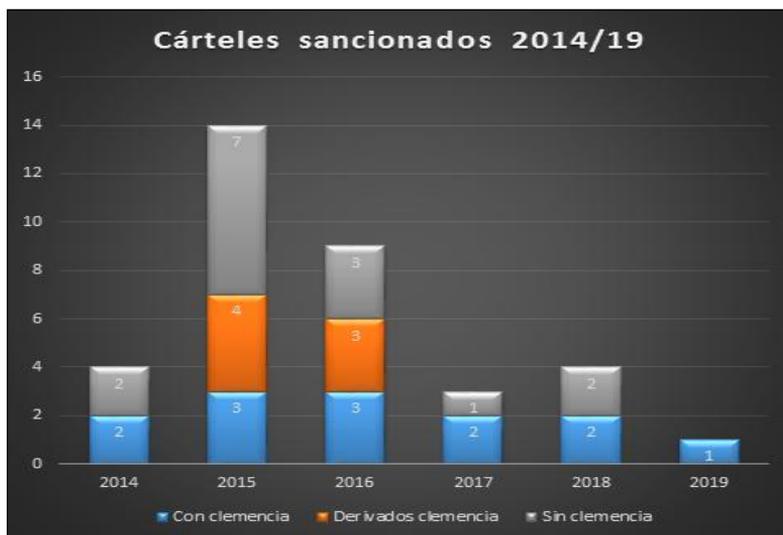
²⁶ Resulta esencial tener en cuenta, para una correcta lectura de la estadística, que en España, los programas de clemencia están vigentes desde el 28 de febrero de 2008, que es la fecha de entrada en vigor del RDC.

Por último, también en el ámbito nacional, ilustramos los gráficos estadísticos elaborados por la CNMC sobre el número de cárteles desarticulados con y sin el programa de clemencia, entre 2010 y 2015²⁷, por un lado, y entre 2014 y 2019²⁸, por otro. En ellos, resulta apreciable que, generalmente, más de la mitad de los cárteles de dichos lapsos temporales han sido instruidos a través del programa de clemencia:



²⁷ Disponible en <http://blog.cnmc.es/2016/10/04/programas-de-clemencia-cada-vez-mas-efectivos-taller-de-la-icn/>, en motivo de la celebración en Madrid del *ICN Cartel Workshop 2016*, del 3, 4 y 5 de octubre de 2016.

²⁸ Disponible en <https://blog.cnmc.es/2019/04/29/carteles-y-programa-de-clemencia-los-basicos-de-competencia-en-cifras/>.



Para concluir, cabe destacar que tanto la Comunicación de la Comisión de 2006 relativa a los programas de clemencia como los antecedentes de la Directiva 2014/104/UE y el propio texto europeo, también subrayan la gran efectividad de los programas de clemencia como elemento a tener en cuenta frente a la dificultad de descubrir e investigar los cárteles. Así, el párrafo 3º de la vigente Comunicación de la Comisión sobre los programas de clemencia, establece:

“Por su propia naturaleza, los cárteles secretos a menudo resultan difíciles de descubrir y de investigar sin la cooperación de las empresas o personas involucradas. Por tanto, la Comisión considera que redundaría en interés de la Comunidad recompensar a las empresas involucradas en este tipo de prácticas ilegales que se decidan a poner fin a su participación y cooperen en la investigación de la Comisión

independientemente del resto de las empresas involucradas en el cártel”.

Por su parte, el Libro Verde de la Comisión²⁹, en su Sección 2.7, indica:

“[...] A este respecto, debería tenerse en cuenta que la existencia de los programas de clemencia ayuda generalmente a los litigantes privados en la reparación de daños y perjuicios puesto que sacan a la luz carteles secretos”.

El Libro Blanco³⁰ no concreta tanto la cuestión al expresar, única y genéricamente, en su Sección 2.9:

“Es importante, para la aplicación pública y privada de las normas, que los programas de clemencia sean atractivos”.

La Propuesta de la Directiva de daños³¹ señala, en su punto 4.3.3 de su Exposición de motivos:

“[...] El objetivo de estas modificaciones es salvaguardar el atractivo de los programas de clemencia de la Comisión y de

²⁹ Libro Verde de la Comisión sobre la Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC 2005/1732, COM/2005/0672 final, de 19 de diciembre.

³⁰ Libro Blanco de la Comisión sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC 2008/406, COM/2008/165 final, de 2 de abril.

³¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, SEC 2013/185, COM/2013/404 final, de 11 de junio.

las autoridades nacionales de competencia, que son instrumentos clave en la detección de cárteles y, por tanto, de crucial importancia para la eficacia de la aplicación pública de las normas de competencia”.

Finalmente, el Considerando 38º de la Directiva de daños dispone:

“Las empresas que cooperan con las autoridades de la competencia en el marco de los programas de clemencia desempeñan un papel clave a la hora de descubrir los cárteles y de ponerles fin, lo que suele mitigar el perjuicio que podría haberse causado de continuar la infracción”.

4. Entrada en juego de los intereses resarcitorios. El dilema del cartelista

En el epígrafe precedente ha quedado justificado que los programas de clemencia son altamente efectivos para el descubrimiento y desarticulación de los cárteles, pues estos son de las prácticas anticompetitivas más difíciles de detectar. También se ha asentado que la clemencia se sitúa en el plano del *public enforcement* del Derecho de la competencia, y que responde a los intereses públicos de detección y sanción de los cárteles.

El análisis no puede culminar en este estadio, pues el presente trabajo estudia un aspecto concreto de la Directiva 2014/104/UE, que regula las acciones de daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia nacional y de la UE. Efectivamente, la norma europea regula el *private enforcement* del

Derecho de la competencia, de modo que debemos hablar de la entrada en juego de los intereses resarcitorios privados de aquellas personas que han sufrido un perjuicio patrimonial derivado de la vulneración de las normas *antitrust*.

Con este planteamiento, ilustraremos el desequilibrio entre ambos intereses y el dilema del cartelista que duda en, bien revelar la existencia del cártel y acudir a la clemencia, o bien en seguir infringiendo el Derecho de la competencia.

4.1 Los intereses privados

Los cárteles, precisamente por su naturaleza y sus implicaciones, suelen producir daños a otras personas, que generalmente serán los compradores o proveedores directos o indirectos de los cartelistas o bien los consumidores finales.

El objetivo principal de los afectados por un cártel, por sus intereses patrimoniales estrictamente privados, es obtener la máxima indemnización posible. Para alcanzar este fin, a la hora de plantear la demanda de daños, será importante tener acceso a la información que se haya aportado en el expediente administrativo. Si el cártel es descubierto gracias a que un participante del mismo lo ha revelado por el programa de clemencia, el interés del perjudicado se centrará en la información contenida en dicho programa.

Por ello, osamos catalogar el acceso a la información como un fin instrumental que contribuirá a lograr el objetivo final de conseguir la máxima cuantía indemnizatoria posible.

4.2 Los temores y el dilema del cartelista

Por su parte, el cartelista conoce los intereses y objetivos de los afectados por el cártel en el que ha participado. Sabe que si acude al programa de clemencia y manifiesta la existencia del cártel, abrirá la puerta a interposiciones de demandas de daños por parte de los perjudicados, quienes, a su vez, interesarán el acceso a la información aportada en el programa de clemencia, con la finalidad de articular mejor sus acciones. Además, el solicitante de clemencia, por el hecho de haber sido el primero en reconocerse como participante del cártel y en haber aportado información, es consciente de que, probablemente, será el primero en ser demandado, y en peores condiciones³².

He aquí el dilema del infractor: si no es el primero en acudir al programa de clemencia, se arriesga a que otro cartelista lo haga o bien a que la propia autoridad descubra el cártel, en cuyos casos tendría que asumir íntegramente su sanción y no estaría descartada la posibilidad de tener que responder también por los daños y

³² Apartado 4.3.3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Directiva de daños: “De hecho, como resulta menos probable que los beneficiarios de clemencia recurran una resolución de infracción, para ellos suele convertirse en firme antes que para otros miembros del mismo cártel, con lo que los beneficiarios de clemencia podrían ser los primeros contra quienes se dirijan las demandas por daños y perjuicios”. Y el Considerando 26º de la Directiva de daños: “Las empresas podrían verse disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción, si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias, como las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, que se presentan solo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Esa exhibición entrañaría el riesgo de exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia”.

perjuicios reclamados por un afectado. Y, si opta por acogerse a la exención de la multa, tal como ya hemos expuesto, teme ser el primer demandado de cuantiosas reclamaciones, ya que es quien ha facilitado la información relevante³³.

Apréciase que el dilema solo se explica si partimos del hecho de que, en sede de la aplicación pública del Derecho de la competencia, los sistemas sancionadores son fuertes, suficientemente disuasorios y con una efectiva capacidad autónoma de investigación de infracciones³⁴. De otra forma, la atracción para acudir al programa de clemencia se vería fuertemente reducida y probablemente el infractor optaría por seguir participando en el cártel.

El escenario de las múltiples combinaciones y resultados, incluso distinguiendo los supuestos de acciones *follow-on* y *stand-alone*, ha sido hartamente desarrollada desde un punto de vista económico, en

³³ Es destacable la posición de José María BAÑO FOS (2016), *op. cit.*, pp. 234 y 235, que niega que la exposición a ser demandado por los daños y perjuicios sea un desincentivo para acudir al sistema de clemencia, en base a los dos argumentos siguientes: porque aún existe una gran dificultad en calcular el daño producido a los consumidores y usuarios finales, mientras que sí que existe certidumbre por lo que atañe a la cuantificación; y porque ser el primero en acudir a la clemencia y ser librado de la multa es siempre más seguro que la incertidumbre de ser demandado civilmente, puesto que la cuantía es muy difícil de predecir y, en todo caso, no depende únicamente de la voluntad de la empresa.

³⁴ En estos términos lo relata Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ (2013), “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *InDret* 1/2013, enero de 2013.

aplicación de la teoría de juegos³⁵. No es necesario, en lo que aquí nos interesa, escudriñar en dicho aspecto económico.

Resulta suficiente comprender que los programas de clemencia ilustran una situación de tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia: la clemencia es un instrumento utilizado en la vertiente pública para detectar y sancionar cárteles, a la que el cartelista también interesa acudir, pues le libera del pago de la multa. Al mismo tiempo, existe y debe ser garantizado el derecho de los afectados por el cártel a reclamar los daños y perjuicios sufridos, a quienes también les interesa la buena efectividad del sistema de clemencia. Sin embargo, la posibilidad de la interposición de demandas será, a su vez, un temor que engendrará al cartelista la duda de acudir o no a la clemencia. Conviene que existan, en la vertiente privada de la aplicación del Derecho de la competencia, beneficios dirigidos a que los programas de clemencia sigan siendo atractivos.

El legislador europeo era consciente de la necesidad de adoptar soluciones para destensar la situación. Había que encontrar la fórmula para que la complementariedad y el equilibrio entre el *public* y el *private enforcement* fluyera.

³⁵ Por todos, Christopher R. LESLIE (2006) “Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, agosto de 2006, pp. 453-488; y Christopher J. ELLIS y Westley W. WILSON (2001), *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn’t Kill Us Makes Us Stronger*, University of Oregon, mayo de 2001, disponible en https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2008&paper_id=339.

II. La protección de la documentación aportada en el programa de clemencia como solución que aporta la Directiva 2014/104/UE a la tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia

1. El enfoque de la problemática por el legislador europeo en los antecedentes del texto definitivo de la Directiva 2014/104/UE

Resulta interesante fijarnos en cómo el legislador europeo, desde la génesis de la Directiva de daños, enfoca la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust* como uno de los principales desafíos de tal iniciativa legislativa.

Así, el Libro Verde de 19 de diciembre de 2005 establece, en su Sección 2.7:

“2.7 Coordinación de la aplicación pública y privada

La aplicación pública y privada se complementan entre sí y, por tanto, deberían coordinarse de manera óptima. Las decisiones de las autoridades de competencia pueden tener un impacto significativo en la posibilidad real de los demandantes de demostrar sus alegaciones (véase la Sección 2.1, Pregunta C, Opción 8). La coordinación óptima entre la aplicación privada y pública es especialmente importante para coordinar las solicitudes de clemencia en la aplicación pública y las indemnizaciones por daños y perjuicios. Tanto los programas de clemencia como la responsabilidad civil contribuyen con sus efectos al mismo objetivo: disuadir más eficazmente de participar en carteles. Debería tenerse en

cuenta el impacto de las indemnizaciones por daños y perjuicios en el funcionamiento de los programas de clemencia con el fin de preservar la eficacia de los mismos. A este respecto, debería tenerse en cuenta que la existencia de los programas de clemencia ayuda generalmente a los litigantes privados en la reparación de daños y perjuicios puesto que sacan a la luz carteles secretos”.

Observe el lector que, tal y como tratamos de clarificar en el presente capítulo, la Comisión entiende los programas de clemencia como el sector clave a regular para garantizar la complementariedad entre el *public* y el *private enforcement*. La clemencia es la máxima expresión de la tensión entre ambas vertientes y en el Libro Blanco ya se anticipaba la necesidad de que las excepciones brindadas al beneficiario de clemencia en sede pública continuaran de algún modo en la vertiente privada.

El Libro Blanco de 2 de abril de 2008, en su Sección 2.9, también sitúa el punto de máxima tensión en los programas de clemencia. Además, en la misma Sección ya se anticipan los dos aspectos que habrá que regular en la aplicación privada del Derecho de la competencia: el acceso de la documentación del programa de clemencia y el alcance de la responsabilidad civil del beneficiario del mismo. Ya se ha argumentado en líneas precedentes que estas dos cuestiones concretas en relación con el beneficiario de clemencia son los elementos sobre los que versan las soluciones que aporta la Directiva 2014/104/UE, pues constituyen las principales preocupaciones del cartelista que duda en acudir o no al programa de clemencia:

“2.9. Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios

Es importante, para la aplicación pública y privada de las normas, que los programas de clemencia sean atractivos.

En las demandas de reparación de daños y perjuicios interpuestas por particulares debe garantizarse una protección adecuada contra la divulgación de las declaraciones corporativas presentadas por un solicitante de clemencia al objeto de evitar colocarle en una situación menos favorable que los coinfractores. De no ser así, la amenaza de divulgación de la confesión ofrecida por un solicitante de clemencia podría tener una influencia negativa en la calidad de sus envíos, o hasta disuadir a un infractor de solicitar la clemencia.

[...]

Otra medida para que los programas de clemencia sigan siendo plenamente atractivos podría ser limitar la responsabilidad civil de los solicitantes de inmunidad que la consiguen [...].”

Por su parte, la Propuesta de la Directiva de 11 de junio de 2013 ya presenta la complementariedad entre el *public* y el *private enforcement* como uno de los dos principales medios para lograr el objetivo general de garantizar la óptima aplicación del Derecho de la competencia:

“2. Motivación y objetivos de la propuesta

La presente propuesta se propone garantizar la aplicación eficaz de las normas de competencia de la UE mediante:

(i) la optimización de la interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de

la competencia; y

(ii) la garantía de que las víctimas de infracciones de las normas de competencia de la UE puedan obtener el pleno resarcimiento por el perjuicio sufrido.

[...]

Por lo tanto, el primer objetivo de la presente propuesta es optimizar la interacción entre la aplicación pública y la privada de las normas de competencia de la UE, asegurar que la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia puedan mantener una política sólida de aplicación pública, y que las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia puedan ser indemnizadas por el perjuicio sufrido”.

También haciendo referencia a la cuestión del acceso a la documentación en relación con el beneficiario de un programa de clemencia, la Propuesta de Directiva establece:

“Una empresa que se plantee cooperar con una autoridad de competencia en el contexto de su programa de clemencia (por el que la empresa reconoce su participación en un cártel a cambio de la dispensa o una reducción de la multa) no puede

saber en el momento de su cooperación si las víctimas de la infracción de la legislación de competencia tendrán acceso a la información que facilitó voluntariamente a la autoridad de competencia.

[...]

En ausencia de una medida jurídicamente vinculante a escala de la UE, la eficacia de los programas de clemencia — que constituyen un instrumento muy importante en la aplicación pública de las normas de competencia de la UE — podría verse gravemente comprometida por el riesgo de exhibición de determinados documentos en las demandas por daños y perjuicios interpuestas ante los órganos jurisdiccionales nacionales”.

Y, en lo que atañe a la responsabilidad del beneficiario de la exención:

“4.3.3. Responsabilidad conjunta y solidaria

En caso de que varias empresas infrinjan conjuntamente las normas de competencia (normalmente en el caso de un cártel), conviene que sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción. Si bien la Propuesta de Directiva se basa en esta norma general, introduce algunas modificaciones en relación con el régimen de responsabilidad de los beneficiarios de dispensa. El objetivo de estas modificaciones es salvaguardar el atractivo de los programas de clemencia de la Comisión y de las

autoridades nacionales de competencia, que son instrumentos clave en la detección de cárteles y, por tanto, de crucial importancia para la eficacia de la aplicación pública de las normas de competencia.

[...]

Para limitar las desventajosas consecuencias de este riesgo, sin cercenar indebidamente las posibilidades de que las partes perjudicadas puedan obtener el pleno resarcimiento de las pérdidas sufridas, se propone limitar la responsabilidad del beneficiario de la dispensa, así como la contribución que adeuda a los coinfractores en concepto de responsabilidad conjunta y solidaria, al perjuicio que causara a sus propios compradores directos o indirectos o, en el caso de un cártel de compra, a sus proveedores directos o indirectos”.

2. La protección de la documentación aportada en las solicitudes de clemencia

Uno de los dos principales mecanismos que la Directiva de daños introduce con la finalidad de equilibrar y facilitar la complementariedad entre el *public* y el *private enforcement* del Derecho de la competencia es el establecimiento de una protección especial de la documentación que el cartelista exhibe en el seno del programa de clemencia, sea el de la Comisión o el de la autoridad nacional de la competencia. Se trata de una solución que, ante el temor del solicitante de clemencia a ser demandado con más

facilidad por la parte perjudicada por el cártel, pretende evitar la disuasión a revelar la conducta ilícita.

2.1 La Sentencia del asunto “Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt”³⁶ como antecedente y las Conclusiones del Abogado General Mazák

En el caso “Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt”, el TJUE tuvo que sentenciar sobre la cuestión prejudicial que un órgano jurisdiccional alemán le planteaba en cuanto al alcance de la protección de la información relativa a la existencia de un cártel aportada por un solicitante de clemencia. En síntesis, el TJUE concluye que son los jueces y tribunales de los Estados miembros quienes tienen que concretar, caso por caso y según su ordenamiento interno, el acceso a la documentación que consta en el programa de clemencia, teniendo siempre en cuenta la ponderación con los intereses que protege el Derecho de la UE (en especial, el principio de efectividad).

En mayo de 2008, el *Bundeskartellamt*³⁷ impuso multas por un total de 62 millones de € a tres fabricantes de papel decorativo y a cinco personas responsables por la celebración de acuerdos sobre precios y de limitación de capacidades de producción. Ante la firmeza que adquirieron dichas resoluciones sancionadoras, la compañía *Pfleiderer* solicitó al *Bundeskartellamt* el acceso a todo el expediente sancionador, pues tenía la intención de interponer

³⁶ STJUE de 14.6.2011, *Pfleiderer*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389. Para un análisis más detallado de la Sentencia, véase Vanessa MARTÍ MOYA (2012), “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso *Pfleiderer* (C-360/09)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 10, 2012, pp. 229-237.

³⁷ El *Bundeskartellamt* es la autoridad federal de competencia alemana.

acciones civiles de daños y perjuicios contra los cartelistas sancionados. *Pfleiderer*, como principal productor mundial de madera elaborada, había adquirido de los infractores, en los tres años anteriores, mercancías de papel decorativo por valor de 60 millones de €.

La autoridad federal de competencia alemana respondió a la solicitud concediendo, únicamente, las tres resoluciones sancionadoras y una lista de pruebas que se habían obtenido tras el registro de las empresas. *Pfleiderer*, insatisfecha, presentó al *Bundeskartellamt* una nueva solicitud en la que requería todos los documentos del expediente, incluyendo los relativos a las solicitudes de clemencia y las pruebas custodiadas. Esta segunda petición tuvo, por parte de la autoridad alemana, una estimación parcial, pues concedió una versión del expediente en que se omitían los secretos comerciales, los documentos internos, los aportados voluntariamente en las solicitudes de clemencia³⁸ y las pruebas custodiadas.

Pfleiderer, aún descontenta, recurrió al *Amtsgericht Bonn* la resolución del *Bundeskartellamt*. El Juzgado de Bonn planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Deben interpretarse las normas de defensa de la competencia del Derecho de la Unión Europea, especialmente los artículos 11 y 12 del Reglamento nº 1/2003, así como el

³⁸ El apartado 22 de la *Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen Bonusregelung*, (la comunicación de clemencia alemana) permite que la autoridad de competencia deniegue a terceros la documentación presentada junto la solicitud de clemencia.

artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), en el sentido de que los perjudicados por un cártel, para hacer valer sus derechos de naturaleza civil, no pueden obtener acceso al expediente en relación con las solicitudes de clemencia, ni a la información y documentación aportadas voluntariamente por los solicitantes de clemencia, que una autoridad de competencia de un Estado miembro haya recibido en virtud de un programa nacional de clemencia durante la tramitación de un procedimiento sancionador que (también) tiene por objeto la aplicación del artículo 81 CE?”

En primer lugar, el TJUE destaca que ni el Tratado CE ni el Reglamento 1/2003³⁹ establecen normas comunes sobre el acceso a los documentos presentados voluntariamente por el solicitante de clemencia, que la Comunicación de la Comisión de 2006 no tiene carácter imperativo (tan solo orientativo) y que esta únicamente se refiere a los programas de clemencia aplicados por la propia Comisión.

Atendido este contexto de falta de imperatividad, el TJUE, en el párrafo 23º, establece que “corresponde a los Estados miembros establecer y aplicar las normas nacionales sobre el derecho de acceso de las personas perjudicadas por un cártel a los documentos de los procedimientos de clemencia”. No obstante, a esta afirmación añade que los Estados miembros deben respetar la efectiva

³⁹ Reglamento (CE) nº 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. DOCE 2003/L 1/1.

aplicación⁴⁰ del Derecho de la UE en lo que a la defensa de la competencia se refiere (párrafo 24°).

En los párrafos siguientes, sin embargo, el TJUE plantea el acceso a la información aportada en un programa de clemencia como una cuestión a tener en cuenta desde un punto de vista de la tensión entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, con la necesidad de lograr la complementariedad entre ambas vertientes. Relata que los programas de clemencia son instrumentos eficaces para descubrir ilícitos *antitrust* y que esta eficacia puede correr peligro si la documentación aportada en aquellos se traslada a terceros que pretenden interponer una demanda de daños, pues quizá el infractor desistiría de solicitar la exención o reducción de la multa. Pero, al mismo tiempo, desde un punto de vista del *private enforcement*, la persona perjudicada por la infracción del Derecho de la competencia tiene derecho a que se le compensen los daños que ha sufrido.

Con estas premisas, el TJUE concluye que la normativa europea sobre la defensa de la competencia no se opone a que se otorgue el acceso a la información depositada en el programa de clemencia, aunque precisa que “corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el

⁴⁰ El TJUE se refiere al principio de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE: según el primero, las normativas nacionales no pueden tratar las reclamaciones basadas en el Derecho de la UE de modo menos favorable que las reclamaciones similares en el Derecho interno; y según el segundo, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no pueden hacer imposible o excesivamente difícil el correcto ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la UE.

acceso, ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la Unión”.

Resulta interesante acudir a las Conclusiones del Abogado General Mazák⁴¹ relativas al mismo caso “Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt”, anteriores a la STJUE. En ellas, el Abogado General lleva a cabo una distinción que el TJUE no tiene en cuenta: distingue entre los documentos creados por el solicitante de clemencia en aras de preparar la solicitud y los documentos que ya existían previamente. Mazák, por un lado, propone la protección total del primer tipo de documentos, de modo que el perjudicado que pretende una acción de daños no tenga acceso a ellos. Y, por otra parte, defiende la denegación de la protección a los documentos preexistentes a la solicitud de clemencia.

El motivo de esta distinción es que los documentos preparados específicamente por el solicitante de clemencia implican, directamente, la autoinculpación de este como participante en el ilícito *antitrust*. El pleno acceso a esta información, razona el Abogado General, “podría reducir considerablemente los incentivos y, por lo tanto, la eficacia del programa de clemencia de la autoridad nacional de competencia” (párrafo 44º).

Como bien analiza PÉREZ FERNÁNDEZ⁴², el Abogado General, al vetar al perjudicado el acceso al primer tipo de documentos, se posiciona a favor de la aplicación pública del Derecho de la

⁴¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák, presentadas el día 16.12.2010, relativas al Asunto 360/09 Pflreiderer.

⁴² Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ (2013), *op. cit.*, pp. 11-16.

competencia en detrimento de la aplicación privada, con la intención de no desincentivar la participación en los programas de clemencia. Además, es la posición que ha adoptado la Directiva de daños, como veremos a continuación, en su artículo 6.6.

2.2 La regulación del acceso a la documentación de las solicitudes de clemencia en la Directiva de daños

La Directiva 2014/104/UE regula la exhibición de las pruebas en su Capítulo II, en los arts. 5º al 8º. El primer apartado del art. 5 establece un principio general de exhibición de las pruebas que están en poder del demandado o de un tercero. El juez puede ordenar su exhibición si el demandante que solicita dicha exhibición razona la viabilidad de la acción de daños:

1. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.

Es destacable que el apartado 3º del mismo artículo impone que los jueces nacionales, a la hora de decidir si ordenan o no la exhibición de las pruebas, lo hagan atendiendo al principio de proporcionalidad. Particularmente, el precepto establece, como elementos a tener en cuenta para determinar si la exhibición es proporcional: si la reclamación de daños o la defensa está respaldada por hechos que justifican la solicitud de exhibición; el coste de la exhibición, especialmente en relación con terceros; y la confidencialidad de la información, especialmente en relación con terceros. Además, el apartado 7º obliga a los jueces nacionales a dar audiencia previa a la exhibición a las personas de quienes se solicita la exhibición de las pruebas.

La exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia se regula en el art. 6. El precepto no solo establece que se tendrán en cuenta los parámetros de proporcionalidad del art. 5, así como las normas de la UE o nacionales sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de competencia, sino que el apartado 4º introduce más elementos que deberán considerarse. Por su parte, el apartado 10º establece la subsidiariedad de la exhibición por parte de la autoridad de la competencia, de modo que esta solo tendrá lugar si las pruebas no pueden ser obtenidas de una parte o un tercero.

Por lo que se refiere a las declaraciones contenidas en las solicitudes de clemencia, el apartado 6º del art. 6 establece una excepción drástica a la sistemática del capítulo:

6. 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.

Las partes o un tercero, “en ningún momento” podrán ser obligados a exhibir lo que han declarado en el programa de clemencia. La única posibilidad que se brinda al demandado es solicitar al órgano jurisdiccional, motivadamente, que acceda a las pruebas de las declaraciones del solicitante de clemencia con la exclusiva finalidad de comprobar que, efectivamente, la información contenida en ellas se corresponde con el contenido propio de una “declaración en el marco de un programa de clemencia”⁴³.

⁴³ El art. 2 “Definiciones” de la Directiva 2014/104/UE especifica que este concepto incluye *toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente*. Obsérvese, tal y como ya hemos señalado anteriormente, que la Directiva de daños acoge la distinción que propuso el Abogado General Mazák en la Sentencia “Pfleiderer vs. Bundeskartellamt”: los documentos preparados por el solicitante de clemencia y que aporta en su solicitud (que es la información que goza de total protección) y los documentos preexistentes (a los que se les aplicarán las normas generales del Capítulo II sobre la exhibición de las pruebas).

La norma europea cierra la protección de las declaraciones de la solicitud de clemencia asegurando su inadmisibilidad en caso de que las haya obtenido una persona física o empresa, a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia (art. 7).

Finalmente, el art. 8 prevé que los legisladores nacionales deben garantizar que los órganos jurisdiccionales puedan imponer sanciones a quienes incumplan deberes relacionados con la exhibición de pruebas. Se refiere, concretamente, a las siguientes situaciones: la negación al requerimiento del juez de exhibición de pruebas; la destrucción de pruebas pertinentes; el incumplimiento de obligaciones impuestas por el juez en aras de proteger información confidencial; y el incumplimiento de los límites sobre el uso de pruebas al que hemos hecho referencia líneas más arriba. Las sanciones que se impongan deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En el siguiente capítulo procederemos a abordar el otro sistema que aporta la Directiva de daños en aras de equilibrar la complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia: los límites a la responsabilidad del beneficiario de la dispensa.

CAPÍTULO SEGUNDO
INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD
SOLIDARIA DEL ART. 11 DE LA DIRECTIVA
2014/104/UE Y DEL ART. 73 LDC

En el capítulo precedente se ha expuesto que a las autoridades de competencia, en sede del *public enforcement*, les interesa incentivar la clemencia porque está hartamente comprobado que es un sistema casi infalible de detección de cárteles. El interés, desde un punto de vista de los poderes públicos, es indudable.

El legislador europeo ha considerado que una fórmula efectiva para promocionar los programas de clemencia, aparte de reducir o excluir la multa administrativa de la autoridad de la competencia, es situar la cuestión en la aplicación privada del Derecho de la competencia, esto es, en el ámbito de las acciones de responsabilidad por daños derivados de ilícitos *antitrust*. Se ha analizado que, por un lado, la Directiva de daños opta por ofrecer a los beneficiarios de clemencia una situación privilegiada en lo que atañe a la protección de la documentación aportada en el programa de clemencia. Y, por otra parte, la norma europea estructura un sistema de responsabilidad solidaria con un juego de excepciones que favorecen al beneficiario de clemencia (concretamente, tal y como veremos, al beneficiario de la exención del pago de la multa).

Sin embargo, las excepciones brindadas al beneficiario de clemencia pueden poner en alerta los intereses del otro lado de la balanza, esto es, el objetivo de la víctima del cártel a obtener el total de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La clave del éxito del sistema consiste en el equilibrio de la satisfacción de ambos intereses, públicos y privados.

En el fondo, el análisis y comprensión del complejo régimen de responsabilidad solidaria que impone la Directiva de daños puede

permitir determinar, en buena parte, si realmente se merma o no el derecho de la víctima del cártel a ser resarcido y, en fin, si el nuevo sistema de *private enforcement* ha dado con la fórmula definitiva para conseguir el equilibrio anhelado.

En el presente capítulo presentaremos esta segunda solución, así como su transposición en el Derecho español. La finalidad de este trabajo es, precisamente, el estudio del juego de límites o excepciones de las que goza el beneficiario de la exención a la hora de responder solidariamente como cartelista. La exposición, a estas alturas, del régimen de responsabilidad que establece la Directiva 2014/104/UE en los supuestos de infracción *antitrust* derivada de una conducta conjunta, servirá para introducir el escenario en que se ubica el núcleo de estudio que nos ocupa.

I. Situación previa de las reclamaciones por daños *antitrust* en España

1. Evolución normativa

La primera norma española dedicada a la vulneración del a competencia en el mercado fue la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (BOE nº 175, de 23.7.1963). Durante la vigencia de esta Ley, no obstante, la sanción de vulneraciones del Derecho de la competencia por parte

del TDC fue prácticamente nula⁴⁴. La norma preveía la acción de daños derivados de la infracción *antitrust* en su art. 6º:

“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”.

A pesar de dicha previsión, debido a la exigencia de firmeza de la declaración de vulneración del Tribunal y en virtud de la falta de imposición de sanciones por parte del mismo, tampoco hubo realmente una aplicación privada del Derecho de la competencia⁴⁵.

Con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea en 1986, se promulgó la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 170, de 18.7.1989). Esta Ley fue el principal mecanismo de aplicación pública del Derecho de la competencia y la apertura a la imposición de las primeras sanciones por parte del TDC. La reclamación de daños por la vulneración de la defensa de la competencia era contemplada por el apartado 2º del art. 13, que disponía:

“2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez

⁴⁴ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2014), *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 5.

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”.

Del mismo modo que la Ley de 1963, la de 1989 exigía, para acudir a la jurisdicción civil, la firmeza de la sanción administrativa. Como consecuencia de ello, la cantidad de acciones por daños *antitrust* durante la vigencia de dicha norma también fue muy baja⁴⁶.

La aplicación privada tuvo un impulso con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003⁴⁷, cuyo art. 6 establece que *Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado*. Asimismo, las SSTJUE de 2001 y 2006 relativas a los asuntos “Courage y Crehan” y “Manfredi”, respectivamente, contribuyeron a facilitar este tipo de reclamaciones⁴⁸.

Por último, se promulgó la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en virtud de la cual se elimina el presupuesto de firmeza de la resolución administrativa para las reclamaciones de daños derivados de conductas anticompetitivas. De hecho, la

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Con anterioridad al Reglamento 1/2003, dos sentencias de la Sala 1ª del TS habían entorpecido, por motivos de prejudicialidad, las reclamaciones de daños basadas en las normas europeas de defensa de la competencia: la STS, 1ª, 30.12.1993, caso “Campsa” (ROJ 9269/1993); y la STS, 1ª, 4.11.1999, caso “United Pictures” (ROJ 6941/1999). La tendencia de estas dos decisiones fue corregida por el mismo TS en la STS, 1ª, 2.6.2000, caso “Disa”, (ROJ 4520/2000), en la que declaró la competencia de la jurisdicción civil en este tipo de reclamaciones.

⁴⁸ Véase la nota 13.

Disposición adicional 1ª de la Ley establece la competencia de los juzgados de lo mercantil respecto de las materias del orden jurisdiccional civil relativas a la vulneración del Derecho de la competencia:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley.

2. La acción utilizada para las reclamaciones de daños derivados de cárteles: el art. 1902 CC

Las acciones civiles por vulneraciones del Derecho de la competencia que se han venido ejercitando en España se pueden dividir en dos categorías: las que pretenden la nulidad total o parcial de contratos por ser contrario a la normativa *antitrust* y las acciones de responsabilidad patrimonial⁴⁹. En efecto, nos incumbe la segunda de las categorías; en concreto, cuando la conducta anticompetitiva ha consistido en un cártel.

En ausencia, hasta la transposición de la Directiva 2014/104/UE, de una regla específica de responsabilidad por daños *antitrust*, las

⁴⁹ Ambas categorías son mencionadas y desarrolladas por Pedro-José VELA TORRES (2016), “Experiencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *op. cit.*, pp. 56-63.

víctimas de los cárteles han tenido que interponer las reclamaciones al amparo de la regla de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. El precepto requiere la acreditación de una acción antijurídica (la participación en un cártel), la prueba de un daño y la relación de causalidad entre este y aquella. Por su parte, un cártel, debido a su propia naturaleza, exige una pluralidad de sujetos participantes mediante un acuerdo o concertación de una práctica entre dos o más competidores.

Sin embargo, el Código civil no cuenta con una regla específica dedicada a los daños causados por múltiples agentes. La regulación de la responsabilidad extracontractual se limita al citado art. 1902 CC. En consecuencia, generalmente, los precedentes de reclamaciones de daños derivados de un cártel pueden dividirse: por una parte, en las que se han dirigido contra un solo cartelista, de modo que no ha sido objeto de aplicación ningún tipo de responsabilidad conjunta; y, por otra parte, en las reclamaciones dirigidas contra varios cartelistas, en las que se ha aplicado la responsabilidad solidaria.

2.1 Reclamaciones contra un solo miembro del cártel. El “cártel del azúcar” y el “cártel de camiones”

a) “Cártel del azúcar”

En esta categoría queremos destacar dos litigios relativos al “cártel del azúcar” que llegaron a ser sentenciados por la Sala 1ª del TS. Los hechos de ambos casos se remontan a la resolución del extinto TDC de 15.4.1999⁵⁰, en la que se impuso una multa de 8,74

⁵⁰ Resolución Expte. 426/98, Azúcar.

millones de € a las empresas EBRO, ACOR, AZUCARERA y ARJ. La resolución certificó que, entre febrero de 1995 y julio de 1996, los cuatro productores de azúcar para usos industriales establecieron acuerdos de fijación de precios, repartos de mercado e intercambios de información. Las sanciones fueron confirmadas tanto por la AN como por el TS⁵¹.

La firmeza de la resolución sancionadora dio lugar a dos reclamaciones de daños por parte de varios afectados por el cártel: una dirigida contra ACOR, el 20.4.2007, y otra contra EBRO, en la misma fecha. En el primer caso, el JPI nº 11 de Valladolid desestimó la demanda, hecho que suscitó el recurso de apelación de la demandante a la AP; la sentencia de segunda instancia revocó la de primera y condenó a la demandante, decisión que fue confirmada por el TS⁵² mediante la desestimación del recurso de casación de ACOR. Y en el litigio contra EBRO, el JPI nº 50 de Madrid estimó parcialmente la demanda con una sentencia que fue recurrida por ambas partes en apelación; la AP de Madrid estimó el recurso de EBRO y la absolvió de las pretensiones de las actoras, decisión que fue revocada por el TS⁵³, que condenó a la demandada.

⁵¹ En el caso de EBRO: SAN, Sala de lo Contencioso, 13.9.2002 (ROJ 7847/2002); y la STS, 3ª, 26.4.2005, (ROJ 2597/2005). En el caso de ACOR: SAN, Sala de lo Contencioso, 4.7.2002 (ROJ 4215/2002) y la STS, 3ª, 26.4.2005 (ROJ 2595/2005). Y en el caso de ARJ: SAN, Sala de lo Contencioso, 6.5.2003 (ROJ 9243/2003) y la STS, 3ª, 22.3.2006 (ROJ 1711/2006).

⁵² STS, 1ª, 8.6.2012 (ROJ 5462/2012).

⁵³ STS, 1ª, 7.11.2013 (ROJ 5819/2013).

Lo que nos resulta destacable de dichos litigios en este punto es el hecho de que las empresas perjudicadas demandaron a un solo miembro del cártel, mediante la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC⁵⁴. Cada codemandante acreditó el daño específico que había sufrido en virtud del cártel, así como la relación de causalidad correspondiente. Y el TS confirmó, íntegra y/o parcialmente, la condena a las demandadas.

El caso del azúcar reviste especial importancia por ser el primer cártel sobre el que las reclamaciones *follow-on* de daños han tenido un resultado favorable para las víctimas. Por ello, y en especial de la STS, 1ª, 7.11.2013 (ROJ 5819/2013), se derivan ciertos pronunciamientos que resultan relevantes y que marcaron ciertas pautas para este tipo de demandas. Así, dicha STS se pronuncia sobre la vinculación a los Tribunales de los hechos probados en el

⁵⁴ La cuestión de las reclamaciones por daños *antitrust* como acciones de responsabilidad extracontractual queda fijada por la STS, 1ª, 8.6.2012 (ROJ 5462/2012), relativa al litigio contra ACOR. En el FD 12º se establece que “La calificación de extracontractual que Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria aplica a su responsabilidad por el daño que en la sentencia recurrida se declara sufrieron las demandantes, es correcta”. El TS argumenta dicha afirmación tomando en consideración que “[...] la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociales - tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos -, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989 , la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley , en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final”.

procedimiento administrativo sancionador⁵⁵; sobre la defensa del *passing-on*⁵⁶; y sobre la cuantificación de los daños⁵⁷. Todas ellas,

⁵⁵ En el FD 3º, el TS razona que los hechos considerados probados en la resolución del TDC posteriormente confirmada por las Salas de lo Contencioso de la AN y del TS, vinculan al orden jurisdiccional civil; la vinculación no alcanza, sin embargo, la calificación jurídica. El Tribunal argumenta que “Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de “follow on claims”, en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva”.

⁵⁶ Sobre la posibilidad del demandado de alegar que el reclamante no ha sufrido un perjuicio porque el daño ha sido transmitido a sus propios clientes, el TS defiende, en el FD 5º, que la carga de probar dicha transmisión del daño corresponde a la parte demandada: “Se afirma en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del “passing-on” debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño. A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega”. A pesar de ello, el Tribunal considera que aunque el demandado acredite que el reclamante ha repercutido el sobreprecio, el daño, como perjuicio derivado de susodicha repercusión, puede seguir existiendo, de modo que al demandado, lo que realmente lo corresponde probar es la repercusión del daño: “Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del “passing-on” como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precios en el mercado “aguas abajo” en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado “aguas arriba”, en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el

materias que, tal y como será objeto de análisis a lo largo de este trabajo, han sido reguladas por la Directiva de daños y su transposición al ordenamiento español.

b) “Cártel de camiones”

Las reclamaciones de daños derivadas del “cártel de camiones” surgen de la Decisión de la Comisión de 19.7.2016⁵⁸, en virtud de la cual fueron objeto de sanción, por infringir el artículo 101 TFUE, cinco fabricantes: MAN, VOLVO, IVECO, DAIMLER y DAF⁵⁹. La Comisión consideró acreditado que dichos sujetos, entre enero

comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes”.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, el TS considera como “métodos razonables” usados por los informes periciales para valorar el daño tales como “estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58 % del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel, dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios” (FD 7º). Y en cuanto a la oposición del peritaje de la parte contraria, la Sentencia dispone que “Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada”.

⁵⁸ Asunto AT.39824 – Camiones.

⁵⁹ La empresa SCANIA fue objeto de sanción, en el importe de 880.523.000 €, mediante una resolución distinta, la Decisión de la Comisión de 27 de septiembre de 2017, con el mismo número de asunto AT.39824.

de 1997 y enero de 2011, realizaron acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y sobre los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE. Asimismo, las infractoras pactaron acerca del calendario y de la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. La empresa MAN obtuvo la total exención de la multa en virtud del programa de clemencia de la Comisión.

Del mismo modo que en el caso del “cártel del azúcar”, en el presente constan diversas sentencias condenatorias contra un solo cartelista⁶⁰, en las que los demandantes interpusieron la reclamación mediante la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC.

2.2 Responsabilidad solidaria de varios cartelistas: la experiencia en el “cártel del seguro decenal”, el “cártel de los sobres de papel” y el “cártel de camiones”.

Destacamos, en primer lugar, el “cártel del seguro decenal”. La CNC, por resolución de 12.11.2009⁶¹, sancionó a seis compañías aseguradoras por haberse reunido e intercambiado información con el objetivo de suscribir un acuerdo de fijación de precios mínimos

⁶⁰ Mencionamos, entre otras, las siguientes: la SJM nº 1 Murcia, 15.12.2018 (ROJ 3256/2018); la SJM nº 2 Valencia, 17.7.2019 (ROJ 803/2019); la SJM nº 3 Valencia, 20.2.2019 (ROJ 34/2019), aunque revocada por la SAP Valencia, Sec. 9, 5.12.2019 (ROJ 4150/2019); la SJM nº 3 de Valencia, 7.5.2019 (ROJ 222/2019); las SSJM nº 1 de Pontevedra, de 30.8.2019 (ROJ 975/2019), de 10.9.2019 (ROJ 976/2019) y de 16.10.2019 (ROJ 1145/2019); y la SJM nº 7 de Barcelona, 12.9.2019 (ROJ 1121/2019), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 17.4.2020 (ROJ 2567/2020).

⁶¹ Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal.

para ser aplicado en todo el mercado del seguro decenal; el acuerdo fue documentado en 5.12.2001. A raíz de la resolución, la compañía MUSAAT demandó a las cartelistas ASEFA, SCOR y CASER⁶², aunque no en virtud de su participación en el cártel, pues la actora basó los daños en los actos de boicot y extorsión de aquellas. El JM n° 12 de Madrid, con sentencia de 9.5.2014⁶³, condenó a las demandadas a indemnizar a la actora, conjunta y solidariamente, la cantidad 3.550.615,07 €.

En segundo lugar, procede mencionar el “cártel de los sobres de papel”. Por resolución de 15.3.2013⁶⁴, la CNC sancionó a quince empresas del sector de sobres de papel. Las infractoras mantuvieron un cártel, entre 1977 y 2010, consistente en el acuerdo sobre el reparto y fabricación de sobres electorales. La resolución arrojó varias reclamaciones de daños basadas en la acción del art. 1902 CC, de las que se obtuvieron condenas indemnizatorias a varios infractores en carácter de responsabilidad solidaria⁶⁵. La cartelista

⁶² Cabe apuntar que, en este caso, se trataba de una acción *stand-alone*, pues la resolución de la CNC no fue confirmada hasta la STS, 3ª, 22.5.2015 (ROJ 2297/2015).

⁶³ SJM n° 12 Madrid, 9.5.2014 (ROJ 3797/2015). Las tres condenadas recurrieron en apelación y la AP de Madrid, en la SAP Madrid, Sec. 28, 3.7.2017 (ROJ 9034/2017), aunque mantuvo la condena, estimó parcialmente los recursos y rebajó la indemnización a 2.928.848,80 €.

⁶⁴ Expte. S/0316/10, Sobres de Papel.

⁶⁵ Según el Centro de Documentación Judicial (en adelante, CENDOJ), constan, como mínimo, las siguientes sentencias condenatorias: las SSJM n° 3 Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 228/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 10.1.2020 (ROJ 59/2020); de 5.9.2018 (ROJ 2726/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 13.1.2020 (ROJ 60/2020); de 5.9.2018 (ROJ 2725/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 10.1.2020 (ROJ 58/2020); y de 10.9.2018 (ROJ 2727/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 13.1.2020 (ROJ 186/2020).

ADVEO obtuvo el beneficio de la dispensa del pago de la multa en virtud del programa de clemencia de la CNC.

Por último, también constan condenas solidarias⁶⁶ en el seno del “cártel de camiones” mencionado en el epígrafe anterior.

Conviene tener presente, no obstante, que a estos casos de cártel, por cuestiones de temporalidad, no les resulta aplicable el régimen de responsabilidad de la LDC vigente. Por otra parte, según el Código civil, la responsabilidad solidaria como régimen de las relaciones con pluralidad de obligados solo se contempla cuando está prevista expresamente por ley o contrato. Si no hay previsión expresa de solidaridad, según los arts. 1137 y 1138 CC, el régimen aplicable será el de mancomunidad. Sin embargo, en los supuestos de responsabilidad por daños causados por más de un agente, la jurisprudencia española creó y ha venido aplicando la llamada “solidaridad impropia”, especialmente en aquellos supuestos en que

Asimismo, constan las SSJM nº 7 de Barcelona de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 13.1.2020 (ROJ 698/2020); y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018), confirmada parcialmente por la SAP Barcelona, Sec. 15, 10.1.2020 (ROJ 201/2020). O la SJM nº 11 Madrid, 8.6.2020 (ROJ 1232/2012), que aunque es desestimatoria está parcialmente revocada por la SAP Madrid, Sec. 28, 3.2.2020 (ROJ 1/2020); y la SJM nº 3 Madrid, 7.5.2018 (ROJ 162/2018), que aunque es desestimatoria está parcialmente revocada por la SAP Madrid, Sec. 28, 3.2.2020 (ROJ 2/2020).

⁶⁶ Consta un gran número de sentencias judiciales condenatorias en este sentido, tanto en primera como en segunda instancia. A modo ilustrativo, mencionamos las siguientes: la SJM nº 1 de Valencia, 23.4.2019 (ROJ 549/2019), confirmada por la SAP Valencia, Sec. 9, 16.12.2019 (ROJ 4152/2019); las SSJM nº 3 Valencia de 13.3.2019 (ROJ 187/2019); de 15.5.2019 (ROJ 510/2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019). O la SJM nº 1 de Bilbao, de 3.4.2019 (ROJ 547/2019), confirmada parcialmente por la SAP Vizcaya, Sec. 4, 4.6.2020 (ROJ 265/2020).

no resulta posible delimitar las distintas cuotas de responsabilidad de cada responsable⁶⁷.

Pues bien, en las sentencias condenatorias relativas a los tres cárteles mencionados, observamos que, aunque hay casos en los que el juzgador hace mención expresa de la aplicación de la solidaridad impropia⁶⁸, hay otros en que sencillamente se condena

⁶⁷ Por todas, la STS, 1ª, 25.11.2016 (ROJ 709/2016): “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 y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 del Código Civil, en su párrafo primero; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado./A partir de estas resoluciones, la Sala 1ª ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las sentencias de 6 junio 2006 y 28 mayo y 19 de octubre de 2007, 19 de noviembre 2010 que expresan la doctrina consolidada de esta Sala de acuerdo con la que «si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes». Para un análisis exhaustivo de la solidaridad impropia, véase Mª Asunción ESTEVE PARDO (2014), *Solidaridad impropia de deudores*, Marcial Pons, Madrid; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Pamplona; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2010), *Solidaridad Impropia y Seguro de Responsabilidad Civil*, Fundación Mapfre, Madrid; y Pamela A. MENDOZA ALONZO (2015), *La obligación solidaria impropia*, La Ley, Madrid.

⁶⁸ Es el caso de las sentencias de primera instancia condenatorias relativas al “cártel de los sobres de papel” (véase la nota 65), a excepción de las dos SSJM nº 7 de Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018) y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018),

solidariamente sin desarrollar la aplicación de tal régimen⁶⁹, o bien casos en que se justifica la solidaridad por la “interpretación conforme”⁷⁰ a la previsión del artículo 11 de la Directiva de daños. Esta última cuestión, en efecto, va vinculada al régimen de aplicabilidad temporal de la Directiva 2014/104/UE y del Título VI de la vigente LDC, materia que será objeto de comentario más adelante.

II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 2014/104/UE

1. Antecedentes

La Directiva de daños surge de la preocupación de lograr un justo equilibrio entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia. De ahí la necesidad de facilitar las acciones de daños

revocadas en este aspecto por las SSAP Barcelona, Sec. 15, 13.1.2020 (ROJ 185/2020) y (ROJ 698/2020).

⁶⁹ Es el caso de las sentencias del “cártel del seguro decenal” (véase la nota 63) y de varias sentencias relativas al “cártel de camiones”, por ejemplo, la SJM nº 1 de Bilbao, 3.4.2019 (ROJ 547/2019), confirmada en este sentido por la SAP de Vizcaya, Sec. 4, 4.6.2020 (ROJ 265/2020).

⁷⁰ En relación con el “cártel de los sobres de papel”, es el caso de las SSJM nº 7 de Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018) y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018). Ambas sentencias de primera instancia, sin embargo, revocadas en lo concerniente a la aplicación del principio de interpretación conforme por las SSAP Barcelona, Sec. 15, 13.1.2020 (ROJ 185/2020) y (ROJ 698/2020), en las cuales el juzgador opta por la condena en aplicación de la doctrina de la solidaridad impropia. También constan varias sentencias de primera instancia condenatorias relativas al “cártel de camiones”, entre las cuales destacamos las SSJM nº 3 de Valencia, de 13.3. 2019 (ROJ 187/2019), de 15.5.2019 (ROJ 510/2019) y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019).

derivados de ilícitos *antitrust* y homogeneizar la materia entre todos los estados miembros. No obstante, la Comisión Europea no partía de cero, pues tal y como ya hemos referenciado en el anterior capítulo, el TJUE, en los casos “Courage y Crehan” de 2001 y “Manfredi” de 2006, ya afirmó que los daños por una vulneración del Derecho de la competencia legitiman una reclamación civil a nivel nacional.

En el juego de intereses entre el *public* y el *private enforcement*, la posición del beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia resulta clave especialmente en el segundo plano. En la aplicación privada del Derecho de la competencia, el legislador europeo considera que el beneficiario de la exención también tiene que obtener ventajas. Al respecto, durante la tramitación del texto europeo fueron barajadas varias posibilidades, de las que resultan merecedoras de comentario las previstas en el Libro Verde y en el Libro Blanco, respectivamente.

El Libro Verde de 2005 fue el texto que más opciones puso sobre la mesa. En la opción 29 de la pregunta J “Cómo conseguir una coordinación óptima de la aplicación privada y pública?”, se plantea la posibilidad de aplicar al beneficiario de la dispensa un descuento indemnizatorio supeditado al cumplimiento de las condiciones que se establezcan.

La opción 30 contempla la posibilidad de excluir la responsabilidad solidaria del solicitante de clemencia y limitársela a su correspondiente participación en el mercado del cártel.

Por su parte, el Libro Blanco de 2008 ya apunta al sistema definitivamente adoptado por la Directiva. El apartado “Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios” establece que, tanto para la aplicación pública como privada del Derecho de la competencia, los programas de clemencia tienen que ser atractivos y que un modo de garantizar su incentivo sería limitar la responsabilidad civil de los solicitantes de aquéllos. Específicamente, plantea la opción de “limitar la responsabilidad civil del beneficiario de inmunidad a las demandas realizadas por sus socios contractuales directos e indirectos”.

Ello supone, a su vez, un cambio de concepción respecto al planteamiento del Libro Verde. Si bien este, bajo la clara influencia del sistema estadounidense, parece que tiende más bien a preocuparse por la eficacia del programa de clemencia, el Libro Blanco asume la finalidad de asegurar el pleno resarcimiento de las víctimas⁷¹.

⁷¹ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ y Albert SÁNCHEZ GRAELLS (2018), “Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door?”, *InDret* 1/2008, enero de 2008, pp. 9-11, analizan la doble función resarcitoria y disuasoria de las acciones civiles por daños derivados de un ilícito *antritrust*, con referencias específicas al Libro Verde. No obstante, insistimos en la idea de complementariedad que desarrollamos en el capítulo precedente del presente trabajo. Y es que, en realidad, la aplicación pública y privada están llamadas a complementarse: otorgar privilegios al solicitante de clemencia incentiva la participación en dichos programas, de modo que se facilita el descubrimiento de cárteles y ello, a su vez, implica que se interpongan más acciones civiles que persiguen el interés privado consistente en el resarcimiento del daño. Y, por su parte, la existencia de acciones civiles no solo permitirá el resarcimiento de las víctimas, sino que también cumplirá con la función pública de disuadir a los cartelistas a infringir las normas de competencia. El legislador europeo pretende que este engranaje, sencillamente, fluya.

2. Regla general: ausencia de solicitantes de clemencia

El apartado 1º del art. 11 de la Directiva de daños reza lo siguiente:

Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada.

El precepto establece la relación externa de la responsabilidad solidaria, que es la esfera donde se sitúa la característica esencial de todo régimen de solidaridad, y que no es otra que la facultad del acreedor de exigir el total de la deuda a uno o varios de los codeudores, y que todos ellos responden individualmente de toda la deuda. El acreedor puede realizar reclamaciones sucesivas hasta cobrar por completo.

El planteamiento, pues, coincide con la regulación general de la solidaridad prevista por el art. 1144 CC, aunque incluye las especificaciones propias de la materia previstas por la Directiva, como ley especial esta última que prevé la responsabilidad solidaria por los daños causados por múltiples agentes: cada empresa infractora participante del cártel responde por el todo frente la víctima del daño, mientras que esta puede exigir toda la deuda

indemnizatoria a cualquiera de aquellas y realizar reclamaciones sucesivas hasta obtener el pleno resarcimiento.

Una vez uno o varios de los corresponsables han satisfecho la totalidad de la deuda indemnizatoria, se genera entre ellos una relación interna que pretende compensar la situación entre los que han pagado y los que no. El art. 11 de la Directiva de daños contempla la relación solidaria interna entre los corresponsables en el primer inciso del apartado 5º, que establece:

Los Estados miembros velarán por que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.

El art. 1145 CC no especifica el sistema de distribución de responsabilidades en la relación interna de la solidaridad, de modo que en ausencia de pacto previo entre las partes, se entiende que el reparto será por partes iguales. La norma europea, sin embargo, impone que el importe por el que realmente responde cada corresponsable está vinculado a su propia responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por el cártel.

Como puede intuirse, determinar el concepto de “responsabilidad relativa” puede implicar importantes polémicas interpretativas. Aparentemente, el texto de la Directiva 2014/104/UE no nos ofrece ninguna pista que concrete más la cuestión. Puede anticiparse, sin embargo, que el precepto se puede referir bien a una cuestión objetiva o cuantitativa, o bien al papel que cada infractor ha tenido

en el cártel. El tema será objeto de estudio en el correspondiente capítulo del trabajo.

3. Regla especial: excepciones o límites a la responsabilidad del beneficiario de la exención

Los apartados 2º y 3º del art. 11 de la Directiva de daños establecen una regla de responsabilidad especial para las compañías infractoras que tengan la consideración de pymes.

Por su parte, los apartados 4º, 5º y 6º regulan el régimen de responsabilidad especial brindado a los cartelistas beneficiarios de la inmunidad. Contienen previsiones tanto de la relación externa como interna de la solidaridad.

3.1. Relación externa

La posición del beneficiario de la exención en la relación externa de la solidaridad se configura, en el apartado 4º, del siguiente modo:

Como excepción al apartado 1, los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable conjunta y solidariamente:

*a) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos,
y*

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

Los Estados miembros garantizarán que el plazo aplicable a los casos previstos en el presente apartado sea razonable y suficiente para que las partes perjudicadas interpongan tales acciones.

El legislador mantiene la responsabilidad solidaria para el beneficiario de clemencia ante sus compradores o proveedores directos o indirectos. Ante otras partes perjudicadas, solo cuando éstas no puedan obtener, del resto de coinfractores, el pleno resarcimiento del daño sufrido.

Conviene puntualizar que las directivas otorgan a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad, en aras de regular la transposición de la norma europea. El citado apartado 4º establece el mandato consistente en que los Estados miembros, al transponer la Directiva de daños, deben garantizar que los beneficiarios de clemencia tienen que responder, solidariamente y como mínimo, ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y frente al resto solo cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento.

Con esta premisa, sería admisible que los Estados miembros hubiesen establecido, por ejemplo, que los beneficiarios de clemencia responden solidariamente por la totalidad de los daños del cártel, esto es, sin diferenciarlo del resto de cartelistas. Pero, si así fuere, ¿en qué consistiría su posición privilegiada?

3.2 Relación interna

Parece que la respuesta a la anterior pregunta la encontramos en la relación interna. El segundo inciso del apartado 5º prevé que los coinfractores que hayan afrontado la totalidad de la indemnización,

sólo le podrán reclamar al beneficiario de la exención una contribución que no exceda de la cuantía del perjuicio ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos:

El importe de la contribución de un infractor al que se haya concedido la dispensa en el pago de multas en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.

Pero, en los supuestos de perjuicios causados a sujetos distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, la contribución será acorde a su responsabilidad relativa por dicho perjuicio (apartado 6º):

Los Estados miembros velarán por que, en la medida en que la infracción del Derecho de la competencia causara un perjuicio a partes perjudicadas distintas de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución de un beneficiario de clemencia a otros infractores se determine en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.

III. Art. 73 de la vigente LDC

1. Antecedentes del vigente art. 73 LDC

La Directiva de daños fue publicada en el DOUE el 25.12.2014. Su art. 21.1 establece que la norma europea tenía que ser transpuesta a

los ordenamientos de los estados miembros, como máximo, en fecha 27.12.2016.

En España, la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, por Orden de 15.2.2015, constituyó una sección especial para la transposición de la Directiva de daños presidida por D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, que elaboró la respectiva Propuesta de ley⁷². No es hasta el 27.5.2017 que el BOE publica el Real Decreto-ley 9/2017.

En lo que a la transposición de la norma europea se refiere, el Real Decreto-ley 9/2017 modifica tanto la LEC como la LDC. En la primera, las modificaciones son de carácter procesal e introduce, en el Capítulo V “De la prueba disposiciones generales”, una sección 1ª bis con el título “Del Acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia”. A diferencia del texto de la Propuesta de ley, el Real Decreto-ley restringe la regulación del acceso a las pruebas a la materia de las acciones por daños *antitrust*. Y en lo que atañe a la posición aventajada del beneficiario de clemencia, el apartado 6º del nuevo art. 283 bis i mantiene la denegación de acceso a la documentación del programa de clemencia que ya preveía la Propuesta de ley y en los mismos términos que el art. 6.6 a) de la Directiva:

⁷² Propuesta de ley de la Sección Especial para la Trasposición de la 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.

Artículo 283 bis i Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia.

6. En ningún momento podrá el tribunal 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.

En la LDC se introducen modificaciones de carácter sustantivo, recogidas en un nuevo Título VI “De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”. En síntesis, los elementos que se incluyen son los siguientes:

- El derecho al pleno resarcimiento de las víctimas de daños *antitrust*, que incluye el daño emergente y el lucro cesante;
- la extensión de responsabilidad a las sociedades matrices, excepto cuando el comportamiento económico de la controlada no venga determinado por aquellas;
- el sistema de responsabilidad solidaria en los supuestos de infracción conjunta del Derecho de la competencia, con un juego excepciones para las pymes y beneficiarios de la dispensa;
- el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de las acciones de daños, contemplando el *dies a quo* y el supuesto de interrupción;

- el efecto irrefutable de las resoluciones de las autoridades de competencia o de los tribunales competentes;
- la cuantificación de los daños y perjuicios, con la presunción *iuris tantum* de que los cárteles los causan;
- y el *passing-on defence*.

En general, la LDC ha reproducido la Propuesta de ley y esta, a su vez, lo previsto por la Directiva 2014/104/UE. Destacamos, no obstante, que a diferencia del ámbito más general que parece que reproduce la Propuesta de ley en este sentido, el Real Decreto-ley y la actual LDC (art. 71) limitan el concepto de infracción del Derecho de la competencia a las vulneraciones de los artículos 101 y 102 del TFUE y de los arts. 1 y 2 de la LDC. Se excluye, así, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC).

A los efectos del objeto de estudio del presente trabajo, también resulta destacable que tanto la Propuesta de ley como el Real Decreto-ley modifican el concepto de “cártel” de la anterior Disposición adicional 4ª de la LDC y excluyen el carácter de “secreto” de tales acuerdos. Además, se añade que el cártel también puede consistir en una práctica concertada. De este modo, el apartado 2º de la actual Disposición adicional 4ª de la LDC define el cártel en los siguientes términos:

2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los

parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.

2. Art. 73 LDC y alcance del beneficio de clemencia

El sistema de responsabilidad solidaria para las empresas que conjuntamente hayan infringido el Derecho de la competencia se establece en el art. 73 de la actual LDC, que reproduce al pie de la letra el correspondiente precepto del Real Decreto-ley, de la Propuesta de ley y, en fin, el contenido sustantivo del art. 11 de la Directiva. Nos remitimos, pues, a lo que hemos expuesto anteriormente sobre la estructura de la relación externa e interna de la solidaridad prevista en los preceptos de la norma europea.

Llama la atención, no obstante, la variación de la denominación que recibe el beneficiario de clemencia en la traducción al español de la Directiva 2014/104/UE respecto a la Propuesta de ley y la LDC. El art. 11 de la norma europea se refiere, en términos más generales, al concepto de “beneficiario de clemencia”. La Propuesta de ley, el Real Decreto-ley de transposición y la actual LDC hablan, sin embargo, de “beneficiario de la dispensa” en el caso de la primera,

y de “beneficiario de exención del pago de la multa” en el caso de la segunda y tercera.

La concreción que ha adoptado el ordenamiento español obedece a la existencia de las dos modalidades de beneficio que, tal y como expusimos en el primer capítulo, puede obtener el cartelista que acude a un programa de clemencia: bien una exención del pago de la multa administrativa o bien una reducción de la misma (arts. 65 y 66 LDC y arts. 46 a 53 RDC). La dualidad de privilegios también existe a nivel de la UE, en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel; aun así, la Directiva de daños mantiene el concepto genérico de “beneficiario de clemencia”.

En consecuencia, la precisión que ha adoptado el ordenamiento español es adecuada. A la hora de responder solidariamente por el cártel, solo gozarán de los límites o excepciones quienes hayan obtenido la exención del pago de la multa, en exclusión de los solicitantes de clemencia que solo hayan obtenido el beneficio de la reducción. Este era el verdadero cometido del legislador europeo, tal y como se puede apreciar en el Considerando 38º de la Directiva, al referirse a “las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de la competencia en el marco de un programa de clemencia”. A su vez, el punto 19 del art. 2 del texto europeo define al “beneficiario de la dispensa” como “toda empresa o persona física a la que una autoridad de la competencia haya eximido del pago de multas en el marco de un programa de clemencia”. A la misma conclusión llegamos si atendemos a la versión en inglés de la Directiva, cuyo

art. 11 se refiere directamente al “destinatario de la inmunidad” (“*immunity recipient*”).

Con todo, el sistema de responsabilidad solidaria de la actual LDC queda redactado, en su art. 73, del siguiente modo:

Artículo 73 Responsabilidad conjunta y solidaria

1. Las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento, cuando el infractor fuera una pyme conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pymes, sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que:

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

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

3. La excepción prevista en el apartado 2 no se aplicará cuando:

a) La empresa hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o

b) la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

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

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

5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.

El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una

persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.

IV. Aplicabilidad temporal del régimen de responsabilidad solidaria de la Directiva 2014/104/UE y del Título VI de la vigente LDC. Aplicación de la Directiva de daños por parte de los tribunales españoles en virtud del principio de “interpretación conforme” del Derecho de la UE

La Directiva de daños entró en vigor *a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 23), esto es, el 26.12.2014. El párrafo 1º del art. 22 (“Aplicación en el tiempo”) establece el mandato a los Estados miembros consistente en que las normas de transposición relativas a las materias sustantivas de la norma europea no se apliquen con efecto retroactivo. En lo que atañe al resto de materias, el párrafo 2º dispone que las normas nacionales de transposición no resultan aplicables a las acciones de daños ejercitadas antes del día 26 de diciembre de 2014. Los Estados miembros tenían la obligación de transponer la Directiva, como máximo, el 27.12.2016.

En cumplimiento de las exigencias del texto europeo, la Disposición transitoria 1ª del Real Decreto-ley 9/2017 prevé, para las acciones de daños resultantes de infracciones anticompetitivas, un régimen

transitorio distinto según se trate de la materia relativa al acceso a las pruebas (el art. 4º del Real Decreto-ley, que modifica la LEC) o según se trate del resto de materias (el art. 3º, que modifica la LDC). En cuanto a la primera, el apartado 2º de la Disposición transitoria 1ª prevé que *Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor*. Y en lo que atañe al resto de materias, se entiende, las de carácter sustantivo, de entre las que se incluye el régimen de responsabilidad solidaria que nos incumbe, el apartado 1º dispone que *Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo*. A su vez, la Disposición final 5ª establece, como fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, el día de su publicación en el BOE, esto es, el 27.5.2017.

La cuestión resulta relevante al analizar la jurisprudencia española reciente sobre la materia, que ya ha sido objeto de mención anteriormente. Si bien no hay duda de que el vigente art. 73 LDC no resulta aplicable en los casos de los principales cárteles cuyas reclamaciones de daños han sido objeto de enjuiciamiento en España, conviene mencionar ciertas sentencias relativas al “cártel de camiones” en las que se justifica la condena solidaria en aplicación del art. 11 de la Directiva de daños a la luz del deber de

“interpretación conforme”, dimanante de los principios de primacía⁷³ y eficacia directa⁷⁴ del Derecho de la UE.

En este sentido, procede destacar, a modo ilustrativo, algunas sentencias condenatorias relativas susodicho cártel, dictadas por el JM nº 3 de Valencia, de 13.3.2019 (ROJ 187/2019), de 15.5.2019 (ROJ 510/2019) y de 19.9.2019 (ROJ 1002/2019). En el FD 2º de las resoluciones, el juzgador razona que ni la Directiva de daños ni la reforma de la LDC resultan directamente aplicables al caso porque la norma nacional de transposición (que entró en vigor el 27.5.2017) no estaba vigente cuando la Comisión sancionó el cártel. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Directiva de daños (que entró en vigor en diciembre de 2014) sí que estaba vigente a la fecha de la decisión, el juzgador argumenta que procede aplicar el Derecho nacional en una interpretación conforme a la Directiva.

En este sentido, las citadas sentencias condenatorias del “cártel de camiones” consideran, además, que el sistema de responsabilidad conjunta y solidaria no es incompatible con la acción de daños del art. 1902 CC ni con las aportaciones de la jurisprudencia nacional y del TJUE acerca de la aplicación privada del Derecho de la competencia. Con todo, el juzgador concluye que la aplicación del principio de interpretación conforme en estos casos no vulnera la regla de irretroactividad de la Directiva.

⁷³ El principio de primacía fue asentado jurisprudencialmente en la STJCE de 15.7.1964, *Costa vs. Enel*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, y supone que en caso de conflicto entre normas de la UE y normas nacionales, prevalecen las primeras.

⁷⁴ El principio de eficacia directa fue introducido por la STJCE de 5.2.1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, y establece que los ciudadanos tienen derecho a invocar a los tribunales el Derecho de la UE y este, a su vez, genera derechos y obligaciones a los particulares.

No obstante, la aplicación del principio de interpretación conforme respecto al art. 11 de la Directiva de daños está siendo, más bien, la excepción, y los tribunales están optando, tal y como hemos visto anteriormente, por aplicar la responsabilidad solidaria en base a la doctrina de la solidaridad impropia. De esta forma, a título de ejemplo, contamos con sentencias de la AP de Valencia o Barcelona⁷⁵ que expresamente se pronuncian sobre el rechazo a la aplicación del principio de interpretación conforme. Y lo hacen porque tienen en cuenta, como elemento crucial, que los hechos y la interposición de las acciones son anteriores a la expiración del plazo de transposición de la Directiva⁷⁶.

⁷⁵ Entre otras, las SSAP Valencia, Sec. 9, de 16.12.2019 (ROJ 4151/2019) y (ROJ 4152/2019), de 23.1.2020 (ROJ 292/2020), o de 24.2.2020 (ROJ 1165/2020). Y en el caso de la AP de Barcelona, la SAP Barcelona, Sec. 15, 17.4.2020 (ROJ 2567/2020).

⁷⁶ El alcance del principio de interpretación conforme a las directivas ya había sido resuelto por el TJUE, en la STJCE de 4.7.2007, Adeneler y otros, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, cuyo párrafo 115 expone: “De ello se deduce que, en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva, la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su Derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho”. En el mismo sentido se volvió a pronunciar el TJUE más tarde, en la STJUE de 17.10.2018, Volkmar Klohn vs. An Bord Pleanála, C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833. Además, la cuestión va vinculada en el principio de irretroactividad que prevé el mencionado art. 22 de la Directiva de daños respecto a las cuestiones sustantivas contenidas en la misma, materia que ya ha sido resuelta por el TJUE en la STJUE de 28.3.2019, Cogeco Communications, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, cuyo apartado 29 dispone: “Así, en caso de que los Estados miembros, ejerciendo esta facultad, decidan que las disposiciones de su ordenamiento jurídico que transponen las disposiciones procesales de la Directiva 2014/104 no son aplicables a los recursos por daños interpuestos antes de la fecha de entrada en vigor de estas disposiciones nacionales, los recursos interpuestos después del 26 de diciembre de 2014, pero antes de la fecha de expiración del plazo de transposición de esta Directiva, siguen estando regulados únicamente por las reglas procesales nacionales que ya estaban en vigor antes de la transposición de la citada Directiva”. Asimismo, el apartado 30 razona que “Así sucede a fortiori con las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo al artículo 21 de la Directiva 2014/104 por los Estados

Por último, en relación con el “cártel de los sobres de papel”, destacamos las SSJM nº 7 de Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018) y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018), las cuales, a diferencia del resto de sentencias relativas a la misma infracción, defienden la interpretación conforme al sistema de responsabilidad de la Directiva de daños. Lo determinan, del mismo modo que las anteriormente citadas sentencias relativas al “cártel de camiones”, en base a la vigencia de la norma europea y a la compatibilidad de esta con la acción del art. 1902 CC. Sin embargo, apréciase que la resolución de la CNMC relativa a este cártel es de marzo de 2013, esto es, antes de la entrada en vigor de la Directiva. En realidad, el momento que tienen en cuenta las citadas sentencias para determinar la vigencia de la Directiva de daños no es la fecha de la resolución sancionadora, sino la de la interposición de la demanda, que tuvo lugar en enero de 2015.

De todas formas, también en las reclamaciones de daños por este cártel, la AP de Barcelona revocó expresamente en este aspecto las dos mencionadas sentencias de primera instancia con la mismas argumentación consistente en que, tanto a la fecha de realización de los actos colusorios por parte de los demandados como al momento de interposición de las acciones, aún no había transcurrido el plazo

miembros, a fin de dar cumplimiento a las disposiciones sustanciales de esta, en la medida en que, como resulta del tenor del artículo 22, apartado 1, de esa Directiva, las medidas nacionales no deben aplicarse con efecto retroactivo”; y el apartado 33 concluye que “En estas circunstancias, y habida cuenta de que el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sustanciales del Derecho portugués adoptadas en aplicación del artículo 21 de esta, procede considerar que dicha Directiva, en cualquier caso, no es aplicable *ratione temporis* al litigio principal”.

de transposición de la Directiva 2014/104/UE por parte de los Estados miembros⁷⁷.

En definitiva, concluimos que el régimen de responsabilidad solidaria contenido en el vigente art. 73 LDC, en virtud de la regla de irretroactividad contemplada por el apartado 1º de la Disposición transitoria 1ª del Real Decreto-ley 9/2017, solo será aplicable respecto a infracciones del Derecho de la competencia acaecidas a partir del 25.5.2017, esto es, la fecha de entrada en vigor de susodicho Real Decreto-ley. Por consiguiente, el art. 73 LDC no resulta aplicable a los hechos relativos a los principales cárteles que han supuesto reclamaciones de daños en España en los últimos años. Tampoco procede, respecto a esta reciente jurisprudencia española sobre la materia, una interpretación conforme a la Directiva, pues los hechos colusorios y las reclamaciones también son anteriores a la fecha máxima en que los Estados miembros tenían que haber transpuesto la Directiva, esto es, el 27.12.2016.

⁷⁷ FD 4º de las SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 13.1.2020 (ROJ 698/2020) y de 10.1.2020 (ROJ 201/2020).

CAPÍTULO TERCERO
LA RELACIÓN EXTERNA DE LA SOLIDARIDAD Y LA
POSICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN

I. Introducción a los posibles escenarios relativos a la posición del beneficiario de la exención en la relación externa de la solidaridad

En las obligaciones solidarias, la relación que doctrinalmente se denomina como externa se refiere a la interacción entre el acreedor y los codeudores solidarios, en la cual el primero reclama el pago de la deuda total a cualquiera de los segundos (el *ius electionis* del acreedor), y uno, varios o todos los deudores pagan al acreedor. En la solidaridad, cada codeudor responde por el todo.

En Derecho español, el Código civil prevé la relación externa del régimen de la solidaridad, esencialmente, en el art. 1144:

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

En esta faceta externa, pues, cada uno de los codeudores solidarios es responsable por el total de la prestación debida⁷⁸ y no serán

⁷⁸ Por lo que atañe a la naturaleza del vínculo entre el acreedor y los codeudores en la relación externa de la solidaridad pasiva, tradicionalmente la doctrina ha planteado dos teorías: bien que constituye una sola obligación con una pluralidad de obligados, o bien que existen tantas obligaciones como codeudores haya. En el presente trabajo apostamos por la primera, pues consideramos que la regulación legal de la solidaridad pone sobre la mesa diversos elementos que hacen indispensable la consideración de un solo vínculo con pluralidad de obligados. Así, según el párrafo 1º del art. 1143 CC y el párrafo 1º del art. 1145 CC establecen que tanto el pago como la novación, la compensación, la confusión o la remisión de la deuda realizados con uno de los codeudores producen la extinción de toda la obligación. Por su parte, el párrafo segundo del art. 1147 CC establece que si la cosa adeudada perece o la prestación se hace imposible por culpa de cualquiera de los codeudores, todos serán responsables para el codeudor.

liberados frente al acreedor hasta que este haya obtenido el pleno resarcimiento. Con esta misma finalidad, además del *ius electionis*, el acreedor también tiene derecho a realizar reclamaciones sucesivas a los codeudores restantes (el denominado *ius variandi*).

En lo que a la Directiva de daños se refiere, el art. 11 regula la relación externa en el apartado 1º:

1. Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada.

En cuanto al beneficiario de clemencia, el apartado 4º exceptúa su posición con el siguiente tenor literal:

La regulación de la prescripción en el caso de obligaciones solidarias también apunta a la existencia de un solo vínculo obligacional, pues el párrafo 1ª del art. 1974 CC establece que la interrupción de la prescripción aprovecha o perjudica por igual a todos los deudores. Por último, el párrafo 2º del art. 1141 CC establece que las acciones ejercitadas contra uno de los codeudores afectan a todos ellos por igual.

Para un estudio más detallado de las distintas teorías al respecto, véase Antonio HERNÁNDEZ GIL (1946), “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho privado*, junio de 1946, pp. 397 y ss.

4. Como excepción al apartado 1, los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable conjunta y solidariamente:

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

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

Los Estados miembros garantizarán que el plazo aplicable a los casos previstos en el presente apartado sea razonable y suficiente para que las partes perjudicadas interpongan tales acciones.

Por su parte, el primer párrafo del art. 73 LDC transpone el mandato de la Directiva de daños con una estructura similar, pero omite el último inciso del apartado 1º del precepto de la norma europea que, didácticamente, expone las consecuencias o el funcionamiento de la responsabilidad solidaria en la faceta externa. De este modo, la norma nacional se limita a invocar el carácter solidario de los sujetos que conjuntamente hayan vulnerado el Derecho de la competencia:

1. Las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente

responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

En relación con la situación excepcional del beneficiario de la exención, el apartado 4º del mismo artículo sí que reproduce, de modo casi literal, el precepto de la Directiva:

4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

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

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

El presente capítulo tiene por objeto profundizar en el análisis de la posición del beneficiario de la dispensa en la relación externa de la solidaridad derivada de un ilícito *antitrust* consistente en un cártel. Abordaremos este propósito diferenciando los posibles escenarios que, de la lectura de los arts. 73.1 y 73.4 de la actual LDC, en transposición del artículo 11 de la Directiva, pueden plantearse cuando un afectado por el cártel decide interponer la reclamación de daños. Dichos escenarios se refieren a las posibles combinaciones de las situaciones en que el demandante es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención o no lo

es, y si la acción de daños es de tipo *stand-alone* o *follow-on*. Sin embargo, a continuación relataremos que en lo que atañe a la posición del cartelista que ha obtenido la dispensa del pago de la multa, en realidad, lo más probable es que solo concurren dos posibles supuestos, que son los relativos a las reclamaciones de daños mediante acciones *follow-on*.

1. La improbable convivencia de la acción stand-alone con el beneficiario de la exención

La Directiva de daños y su transposición en la vigente LDC permite que la reclamación de daños derivados de un cártel se articule bien a través de una acción *stand-alone* o autónoma o independiente⁷⁹, o bien a través de una acción *follow-on* o de seguimiento⁸⁰. La primera se refiere a la acción que no viene precedida de una resolución firme de la Comisión o de la CNMC o bien de un órgano jurisdiccional que ha constatado y sancionado la infracción consistente en un cártel⁸¹. La de seguimiento, por su parte, es la

⁷⁹ Estos son los términos que generalmente emplea la doctrina en lengua española. Al respecto, véase Helmut BROKELMANN (2013), “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en Antoni FONT RIBAS y Silvia GÓMEZ TRINIDAD (coordinadores), *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, p. 108.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Tal y como ya hemos expuesto en el capítulo anterior, cabe apuntar que las anteriores LDC de 1963 y de 1989 no otorgaban la posibilidad de ejercitar acciones *stand-alone* contra cartelistas, pues establecían una prejudicialidad administrativa consistente en exigir la firmeza de la declaración de la infracción *antitrust* en sede judicial o administrativa.

acción que parte de una resolución sancionadora firme de la Comisión o de la CNMC o bien de un órgano jurisdiccional⁸².

⁸² Surge el debate de si la firmeza de la resolución sancionadora que constata el cártel es requisito necesario para considerar una acción como *follow-on*. Planteémonos el supuesto de que la CNMC emite una resolución que constata y sanciona un cártel y que aquella se recurre a los tribunales. Si en el ínterin un afectado por el cártel interpone una reclamación por daños derivados del cártel constatado por la resolución sancionadora que aún no es firme, ¿dicha acción podría ser considerada como *follow-on*? A los efectos de la vigente LDC consideramos que no, que la acción de seguimiento tiene que ir precedida de una resolución firme o, al menos, que el recurso que implique que aquella no es firme no ponga en duda la existencia de la infracción y participantes involucrados en ella. Si no, podría darse el caso de que una resolución judicial posterior anulara la consideración de la existencia del cártel, de forma que la acción de daños se vería desestimada y, en definitiva, ante la ausencia de la existencia de una infracción que vincula a los tribunales, no podría considerarse una acción *follow-on*.

Es por ello por lo que resulta crucial la eficacia que tienen dichas resoluciones en sede civil. En efecto, el art. 75.1 “Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes” de la vigente LDC, en transposición del art. 9 de la Directiva de daños, establece que *1. La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español*. El apartado 2º también declara el carácter vinculante de la constatación firme del cártel respecto a las resoluciones provenientes de otros Estados miembros, aunque en este caso, cabría prueba en contrario o la aportación de hechos nuevos: *2. En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario*.

Y, en el ámbito de la UE, tenemos que destacar la regla parecida que contempla el art. 16 “Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia” del Reglamento 1/2003: *1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del*

No obstante, plantearnos el escenario de coexistencia entre una demanda independiente o autónoma de reclamación de daños interpuesta por el damnificado y el beneficiario de clemencia, desde el punto de vista de la víctima, no tiene demasiado sentido. Y es que en Derecho de la competencia español, el programa de clemencia se

Tratado./2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.

La doctrina más autorizada ya se ha pronunciado sobre el alcance del art. 75 LDC y ha afirmado que la vinculación a los tribunales que conocen de la acción de daños respecto a la resolución sancionadora debe limitarse, única y exclusivamente, a la naturaleza de la infracción y a su alcance material, personal, territorial y temporal. Es el caso de Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (director), *Problemas actuales en las acciones de las compensación de daños por infracción de normas de competencia*, Aranzadi, Pamplona , pp. 30-37. O incluso la propia Directiva de daños así lo reconoce, en su Considerando 34: “Por consiguiente, debe considerarse que esa constatación ha sido establecida de modo irrefutable en las acciones por daños en relación con dicha infracción, ejercitadas en el Estado miembro de la autoridad nacional de la competencia o ante un órgano jurisdiccional competente. Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones”.

Asimismo, procede precisar que, a nuestro entender, el recurso contra la resolución sancionadora que impide que esta devenga firme solo afecta al infractor que haya interpuesto el recurso. En consecuencia, la resolución devendría firme para los cartelistas que no han recurrido en los plazos legalmente establecidos. Así se desprende de la STJCE de 14.9.1999, AssiDöman, C-310/97, ECLI:EU:C:1999:407, la cual resuelve que el principio de seguridad jurídica se opone a que la anulación de múltiples decisiones derivadas de un procedimiento común que imponen multas a una pluralidad de personas sea revisada respecto de todos los destinatarios de aquella, si únicamente una o varias de las personas multadas han interpuesto el recurso de anulación en el plazo previsto para ello.

Por último, aún en el caso de una acción interpuesta cuando existe una resolución sancionadora que no es firme, conviene poner de relieve que también cabría la posibilidad de considerar la acción como “mixta”, para el supuesto de que la resolución posterior revoque algunas de las conductas o empresas sancionadas anteriormente que se incluyen en los daños que se reclaman.

ubica en el procedimiento de inspección y sanción por parte de la CNMC, de modo que la figura del beneficiario de clemencia solo cobra protagonismo si hay una resolución administrativa sancionadora previa y, por lo tanto, en los supuestos de acciones *follow-on*.

En efecto, el art. 65.1 LDC, relativo a la exención del pago de la multa, establece que será eximida de la sanción la empresa o persona física que sea la primera en aportar, bien elementos de prueba que permitan a la CNMC iniciar una inspección, o bien elementos de prueba que permitan a la CNMC comprobar un cártel si, en el momento de la aportación, aquella no dispusiese de suficientes pruebas como para establecer la existencia de la infracción.

Por su parte, y en lo aquí más interesa, del art. 47 RDC se desprende que el solicitante de clemencia, si cumple con los requisitos del art. 65.1 LDC, obtiene, una vez presentada la información y los elementos de prueba reveladores del cártel, el acuerdo de la CNMC que contiene una exención condicional del pago de la multa. Si, a lo largo de todo el procedimiento sancionador, el solicitante de clemencia ha cumplido con los deberes de colaboración del art. 65.2, obtiene la exención del pago de la multa en la resolución que pone fin al procedimiento:

Artículo 47. Tramitación de las solicitudes de exención del pago de la multa.

1. La Dirección de Investigación examinará la información y los elementos de prueba presentados y comprobará si se

cumplen las condiciones del artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cuyo caso acordará la exención condicional del pago de la multa, notificándolo a la empresa o persona física solicitante.

2. Si no se cumpliesen las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, o la solicitud de exención fuera presentada con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos, la Dirección de Investigación rechazará la solicitud de exención, notificándolo al solicitante, que podrá retirar la información y los elementos de prueba que haya presentado o solicitar a la Dirección de Investigación que ambos sean examinados de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. La retirada de la información y los elementos de prueba no impedirá a la Dirección de Investigación hacer uso de sus facultades de investigación con el fin de obtener los mismos.

3. El examen de las solicitudes de exención del pago de la multa se hará siguiendo el orden de recepción de las mismas.

4. Si al término del procedimiento sancionador, el solicitante hubiese cumplido los requisitos establecidos en el artículo 65.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con la propuesta de la Dirección de Investigación, concederá al solicitante la exención del pago de la multa en la resolución que ponga fin a dicho procedimiento. En caso contrario, el

solicitante no podrá beneficiarse de ningún trato favorable con arreglo a lo dispuesto en la presente sección, excepto en el supuesto de incumplimiento de lo establecido en el artículo 65.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cuyo caso podrá concederse una reducción del importe de la multa.

Del mismo modo, en el ámbito de la UE, la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel también prevé, en sus puntos 19 y 22⁸³, una primera dispensa condicional y una dispensa definitiva en la decisión de la Comisión.

Consiguientemente, la finalidad del presente epígrafe es exponer al lector que resulta difícil plantear el escenario de interacción entre una acción *stand-alone* y un beneficiario de clemencia, pues fuera del procedimiento sancionador de la CNMC o de la Comisión, no

⁸³ Punto 19 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel: “Si la empresa ha presentado la información y los elementos de prueba en términos hipotéticos, la Comisión comprobará que la naturaleza y el contenido de los elementos de prueba descritos en la lista contemplada en el punto (16), letra b), cumplen las condiciones establecidas, según proceda, en el punto (8), letras a) o b), e informará de ello a la empresa. Siempre que los elementos de prueba se faciliten a más tardar en la fecha convenida, y una vez comprobado que corresponden a la descripción que figura en la lista, la Comisión concederá por escrito a la empresa la dispensa condicional del pago de la multa”. Punto 22: “Si, al término del procedimiento administrativo, la empresa ha cumplido los requisitos que establece el punto (12), la Comisión la dispensará del pago de la multa en la decisión correspondiente. Si, al término del procedimiento administrativo, la empresa no ha cumplido los requisitos que establece el punto (12), no se beneficiará de ningún trato favorable con arreglo a la presente Comunicación. Si, tras haber concedido una dispensa condicional, la Comisión concluye finalmente que el solicitante de dispensa ha ejercido coacción, descartará la concesión de la dispensa”.

hay clemencia⁸⁴. Una exención, además, que no se obtiene hasta la resolución sancionadora de la CNMC o de la Comisión, de modo que cabe excluir la invocación de la exención anticipada por parte del solicitante de clemencia, pues un cartelista no puede verse eximido de una multa que aún no se ha impuesto.

A mayor abundamiento, desde el punto de vista estratégico del demandante, entendemos que plantear una acción independiente no sería la opción óptima cuando aquel conoce que las resoluciones que sancionan los cárteles establecen la infracción, los miembros del cártel y, además, según el art. 75 LDC, la constatación de los actos colusorios son vinculantes para los tribunales. La víctima sabe que, una vez firme la resolución sancionadora puede interponer la demanda sin asumir costes de identificación de los cartelistas y sin

⁸⁴ La afirmación es coherente, tal y como se ha razonado en el capítulo primero, con la razón de ser de los programas de clemencia, consistente en una herramienta de lo público para detectar cárteles, sin perjuicio de que en la aplicación privada del Derecho de la competencia, la Directiva de daños también mantenga ciertos privilegios a quien ha sido eximido en la sanción de la autoridad nacional de la competencia, en aras de lograr una complementariedad entre el *public* y el *private enforcement*. Y es que la acción *stand-alone*, por su parte, solo opera en el plano de la aplicación privada del Derecho de la competencia, cuando una víctima de un cártel acude a la jurisdicción civil para probar la propia existencia del cártel, el daño y la relación de causalidad para con los demandados.

A su vez, la cuestión supone otra manifestación de la preferencia que presenta la Directiva de daños por las acciones de seguimiento en detrimento de las autónomas, del mismo modo que sucede con la materia de la prescripción e interrupción de la prescripción, el acceso a las pruebas o los efectos de una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional. Para una reflexión más ampliada sobre la preferencia de las acciones *follow-on* por parte del legislador europeo, véase Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2017), “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, marzo de 2017, pp. 125-152; y Antonio CASADO NAVARRO (2016), “La directiva 2014/104/UE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on actions*”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *op. cit.*, Capítulo 8.

necesidad de probar la existencia del cártel. Además, el art. 76.3 LDC presume (*iuris tantum*) que los cárteles causan daños y perjuicios⁸⁵.

Por lo tanto, solo cabe plantearse el escenario de coexistencia entre acción independiente y beneficiario de clemencia⁸⁶, bien en el supuesto en que ha habido una resolución sancionadora del cártel que concede el beneficio de la exención y una víctima interpone la reclamación de daños cuando la constatación del cártel aún no es firme, o bien en el caso de la víctima que se anticipa a la inspección de la CNMC o de la Comisión porque, por ejemplo, se ha informado por la prensa o por un expediente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la posible existencia de un cártel que le afecta. En este último supuesto, de todas formas, el art. 404.3 LEC prevé el traslado de la admisión de la demanda de daños a la CNMC, mientras que el art. 434.3 LEC contempla la suspensión del plazo para dictar la sentencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente de la CNMC⁸⁷. De forma equivalente, en el ámbito de la UE, el art. 16.1

⁸⁵ Anteriormente, además, ya hemos visto que los últimos trabajos estadísticos que distinguen entre acciones *stand-alone* y *follow-on* reflejan que las víctimas optan, de forma clara, por las segundas, y que las primeras han pasado a ostentar una posición residual (véase la nota 19).

⁸⁶ Al respecto, véase el razonamiento expuesto en la nota 84.

⁸⁷ No obstante, al art. 434.3 LEC le resulta criticable, por una parte, que la suspensión del plazo para dictar sentencia, para el tribunal, es facultativa. Y, por otro lado, quizá tendría más sentido que la suspensión pudiera tener lugar en una fase anterior del procedimiento, pues de este modo se permitiría a la parte demandante y demandada atinar sus alegatos más fácilmente. Las mismas objeciones las considera Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2017), *ob. cit.*, pp.147-148.

del Reglamento 1/2003 también prevé la suspensión del procedimiento por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

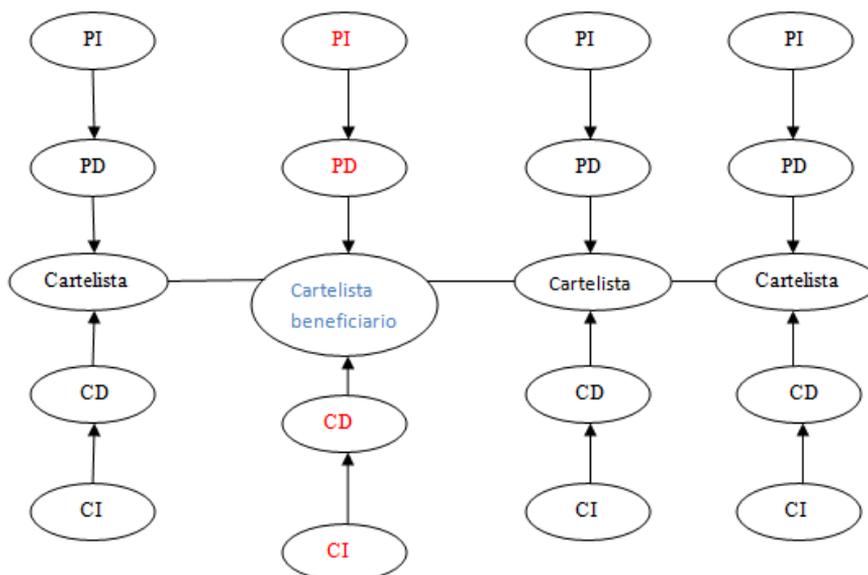
En consecuencia, dicha suspensión aún desmerece más la opción de la víctima de plantear una acción *stand-alone*, pues si de todas formas el procedimiento civil tiene que suspenderse debido a la existencia del expediente de la CNMC o de la Comisión, a aquella le compensa denunciar directamente a las autoridades la posible existencia del cártel y, posteriormente, en el ejercicio de la acción de daños, beneficiarse de las ventajas que presenta la vigente LDC respecto a las acciones de seguimiento.

Es por lo anterior por lo que todos los supuestos y combinaciones que se presentarán en este y siguientes capítulos se referirán a acciones *follow-on*. Ello, sin perjuicio de que, en cualquier punto, surja el interés de precisar las cuestiones que correspondan respecto a supuestos de acciones *stand-alone*.

2. La acción follow-on interpuesta por una víctima del cártel que es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención

El presente supuesto se refiere, en cuanto a la estructura del cártel, al escenario de una misma cadena de distribución en que, ilustrativamente, el beneficiario de la dispensa tiene por encima a

sus propios proveedores y a los proveedores de estos y, por debajo, a sus propios compradores y a los compradores de estos⁸⁸:



Cuando el demandante afectado por el cártel es un cliente o proveedor directo o indirecto del beneficiario de clemencia, este no ostenta ninguna posición aventajada respecto del resto de cartelistas. Tal y como establece la letra “a)” del apartado 4º del art. 73 LDC:

4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

⁸⁸ La Disposición adicional 4ª de la LDC define, en efecto, al comprador directo como una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia. Por su parte, define al “comprador indirecto” como 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.

a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos,

De la literalidad del precepto, no obstante, el lector puede verificar la contradicción en que incurre el legislador nacional. Y es que el citado apartado 4º empieza con el inciso *Como excepción al apartado 1*, aunque de hecho, la responsabilidad del beneficiario de la exención ante sus compradores o proveedores directos o indirectos no supone ninguna excepción a la cláusula general de responsabilidad solidaria del apartado 1ª, tal y como manifiesta la propia letra “a)” del mismo párrafo.

Consiguientemente, el apartado 4º del art. 73 LDC tendría que limitarse al supuesto de “otras partes perjudicadas” al que se refiere la letra “b)”, pues, al menos en el análisis de la relación externa de la solidaridad, es donde se plantea una excepcionalidad a favor del beneficiario de la dispensa. Así, la posición de este frente a sus propios clientes o proveedores directos o indirectos quedaría perfectamente subsumida en el propio apartado 1º:

1. Las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

En realidad, este error en la configuración responde a la transposición casi literal que ha llevado a cabo el Real Decreto-Ley 9/2017 del art. 11 de la Directiva de daños, pues el apartado 4º del precepto europeo ya prevé, contradictoriamente, la posición del beneficiario de la dispensa frente a sus compradores o proveedores

directos o indirectos como una excepción al apartado 1^o⁸⁹. También resulta apreciable que la contradicción no se debe a una cuestión de traducción al español, pues la versión inglesa de la norma europea también prevé, en el art. 11.4, el inciso “*By way of derogation from paragraph 1*”.

En definitiva, si el reclamante de los daños ocasionados por el cártel es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de clemencia, este no responderá, ante la víctima demandante, distintamente a como lo harán el resto de cartelistas, y resultarán de

⁸⁹ Sorprende que la Propuesta de Directiva, en cambio, omita la contradicción en la situación de excepcionalidad del beneficiario de la exención y hace referencia directamente al supuesto de responsabilidad ante quienes no son socios contractuales directos o indirectos de aquel. Así, mientras que el art. 11.1 de la Propuesta dispone la cláusula general de responsabilidad solidaria, el apartado 2^o establece: “Los Estados miembros garantizarán que las empresas a las que una autoridad de competencia haya concedido la dispensa del pago de multas en el marco de un programa de clemencia solo sean responsables frente a las partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores directos o indirectos cuando dichas partes perjudicadas muestren su incapacidad para obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción de la normativa de competencia”.

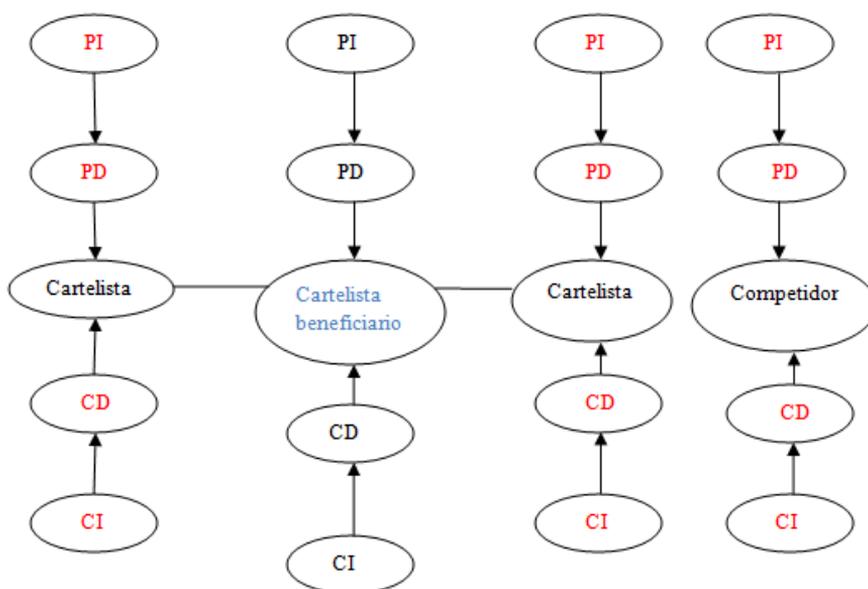
Desde el punto de vista del Derecho comparado, observamos que hay legisladores de nuestro entorno que han realizado la transposición del art. 11.4 de la Directiva 2014/104/UE con una configuración que corrige la incongruencia presente en aquella, en el sentido que hemos indicado. Es el caso del *Code de Commerce* francés, cuyo art. L481-11 establece directamente que *La personne mentionnée à l'article L. 481-1 ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence n'est tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires après les avoir préalablement et vainement poursuivis*. O el artículo 5.4 de la Lei n.º 23/2018 portuguesa, que sin excepcionarlo a la cláusula general de responsabilidad solidaria, dispone: *4 - Se o dano tiver sido causado por uma empresa beneficiária de dispensa de coima, nomeadamente ao abrigo do artigo 77.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, esta apenas responde: a) Perante os seus próprios clientes ou fornecedores, diretos ou indiretos; e b) Perante quaisquer outros lesados, se estes não puderem obter das outras empresas infratoras a reparação integral dos danos sofridos*.

aplicación las reglas de las obligaciones solidarias del Código civil, en aquellos aspectos no previstos expresamente por la LDC⁹⁰. De este modo, el beneficiario de la dispensa puede ser el primer demandado, individual o conjuntamente con otros cartelistas, u ostentar tal condición ulteriormente, hasta que el perjudicado consiga el pleno resarcimiento.

3. La acción follow-on interpuesta por una víctima del cártel que no es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención

Este escenario se refiere a la interposición de la reclamación de daños por parte, según la terminología del art. 73.4 b) de la LDC u 11.4 b) de la Directiva de daños, de “otras partes perjudicadas”. En esta categoría se incluiría tanto el comprador o proveedor directo o indirecto de otro infractor del cártel que no es el beneficiario de clemencia, como la víctima que no es comprador o proveedor directo o indirecto de un cartelista, sino que es comprador o proveedor de un competidor de los miembros del cártel, ajeno al mismo:

⁹⁰ Conviene tener en cuenta que el actual sistema de responsabilidad solidaria es *ex lege*, esto es, la responsabilidad extracontractual surge de la propia Directiva de daños y LDC y existe desde la producción de la infracción conjunta.



Al hablar de una víctima del cártel de un comprador o proveedor directo o indirecto de un agente que no forma parte del cártel, nos referimos al “efecto paraguas” que este puede producir. Dicho efecto supone que un contratante de una empresa ajena al cártel sufre un daño como consecuencia de este, debido a que dicho tercero ha aplicado el sobreprecio aprovechando el acuerdo anticompetitivo⁹¹.

⁹¹ El efecto paraguas se halla establecido en la STJUE de 5.6.2014, Kone, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317. En ella, el TJUE da respuesta a una cuestión prejudicial remitida por un tribunal austríaco, que cuestionaba “si el artículo 101 TFUE se opone a una interpretación y a una aplicación del Derecho de un Estado miembro consistente en excluir de manera categórica, por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cártel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cártel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cártel” (apartado 19).

La controversia provenía de la reclamación, al amparo del efecto paraguas, de un daño de 1.839.239,74 € que un agente había sufrido por haber adquirido ascensores y cintas mecánicas a empresas competidoras de los miembros de un

cártel sancionado por la Comisión, en 2007. La duda del tribunal remitente de la cuestión prejudicial radicaba, en esencia, en el hecho de que la jurisprudencia austríaca, hasta el momento, negaba la relación de causalidad entre la infracción anticompetitiva de los cartelistas y los daños consistentes en el sobreprecio pagado a un tercero competidor de los participantes del cártel, y si ello suponía una vulneración al principio de efectividad del Derecho de la UE, concretamente del artículo 101 TFUE.

Pues bien, el TFUE, a favor del principio de efectividad, resolvió, en los apartados 33 y 34, del siguiente modo: “[...] la plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos. Por consiguiente, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones”.

No obstante, el caso “Kone” es anterior a la entrada en vigor de la Directiva de daños, cuyo art. 17.2 (y art. 76.3 LDC en su transposición al ordenamiento español) establece la presunción de la causación de daños por parte de los cárteles, salvo prueba en contrario. Por tanto, surge la duda de si dicha presunción alcanza a las reclamaciones de los daños sufridos por los contratantes de agentes ajenos al cártel y si, por consiguiente, estos perjudicados pueden interponer una acción *follow-on* sin necesidad de acreditar la infracción y la producción del daño.

Para un análisis más profundo del efecto paraguas y de la STJUE del caso “Kone”, Eugenio OLMEDO PERALTA (2014), “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (“umbrella pricing”): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, nº 7, octubre de 2014. Y para un análisis del efecto paraguas en relación con el art. 11.4 b) de la Directiva, Ioannis LIANOS, Peter DAVIS y Paolisa NEBBIA (2015), *Damages Claims for the Infringement of the EU Competition Law*, OUP Oxford, Oxford, p. 49.

Sobre la cuestión también se pronuncia el Tribunal de Justicia en la STJUE de 12.12.2019, Otis y otros, C-435/18, EU:C:2019:1069, también relacionada con el cártel de ascensores y escaleras mecánicas sancionado en 2007. En este caso, el *Obertser Gerischstof* (el Tribunal Supremo austriaco) preguntó al TJUE si pueden

En este supuesto, el artículo 73.4 b) de la LDC, en transposición del artículo 11.4 b) de la Directiva, prevé una situación excepcional y privilegiada para el cartelista que, en virtud del programa de clemencia, ha obtenido la exención del pago de la multa de la CNMC o de la Comisión:

4. Como excepción al apartado 1, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

[...]

solicitar una reclamación de daños derivados de un cártel aquellas personas físicas o jurídicas (en el caso, el Estado Federado de Alta Austria) que se consideren perjudicadas por el mismo, no por ser compradoras o proveedoras en el mercado afectado, sino porque, debido al acuerdo anticompetitivo, han tenido que ofrecer subvenciones en forma de préstamo en cantidades más elevadas, de modo que no han podido destinar la diferencia a otros fines más lucrativos. El reclamante de este supuesto de hecho, pues, está en una posición aún más alejada del cártel. En lo que aquí nos interesa, el TJUE concluye que los agentes sí que tienen legitimación activa en ese sentido y matiza que “No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en el presente asunto, el Estado Federado de Alta Austria ha sufrido tal perjuicio de forma concreta, examinando, en particular, si dicha autoridad tenía o no la posibilidad de realizar inversiones más lucrativas y, en caso afirmativo, si dicha autoridad aporta las pruebas necesarias de la existencia de un nexo causal entre dicho perjuicio y el cártel controvertido” (apartado 33).

Por otra parte, según la propia literalidad tanto del art. 1.1 y 3.1 de la Directiva 2014/104/UE y del art. 72.1 LDC, al hablar de “cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio”, parece que la finalidad del legislador es, precisamente, no poner límites al concepto de perjudicado. Asimismo, el Considerando 13 de la Directiva de daños 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”.

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

Es decir, cuando el demandante es un comprador o proveedor directo o indirecto de un miembro del cártel que no coincide con el beneficiario de la dispensa, o bien un contratante afectado por la infracción que no es contratante de un miembro del cártel, el beneficiario de la inmunidad solo responde cuando la víctima no haya podido cobrar toda la indemnización del resto de cartelistas. Se trata, pues, desde el punto de vista del infractor que ha obtenido la dispensa del pago de la multa, de una responsabilidad de carácter subsidiaria.

La propia estructura del sistema de responsabilidad del apartado cuarto del art. 73 LDC, sin embargo, plantea la controversia de si el supuesto de la letra “b)” es, realmente, un escenario de responsabilidad solidaria, en la relación externa. Si la víctima solo puede reclamar al beneficiario de clemencia cuando, tras haber demandado al resto de cartelistas, acredita que todos estos son insolventes, ¿el beneficiario de la exención está realmente respondiendo solidariamente con los otros miembros del cártel? Una respuesta negativa a este interrogante llevaría a la conclusión de que se trata, únicamente, de una responsabilidad subsidiaria, que no debería estar incluida en la cláusula de solidaridad del primer inciso del art. 73.4 LDC.

En los siguientes apartados abordaremos diversas cuestiones procesales que plantea la puesta en práctica del sistema de responsabilidad solidaria, en aras de comprender el verdadero carácter de la responsabilidad del beneficiario de la dispensa y su situación excepcional, tanto en el escenario en que el reclamante no resulta ser un contratante directo o indirecto suyo como en el resto de supuestos.

II. Cuestiones de carácter procesal

1. Litisconsorcio pasivo necesario e intervención provocada

1.1 Litisconsorcio pasivo necesario

La vigente LEC prevé la pluralidad de partes o el litisconsorcio en su art. 12:

1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.

2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Así, se distingue el litisconsorcio activo, referente a la situación en que la pluralidad de partes se halla en la posición del demandante; el pasivo, cuando la pluralidad se encuentra en el demandado; o el

mixto, relativo a la pluralidad de partes en ambas posiciones. A su vez, el litisconsorcio puede ser voluntario, que es el supuesto a que hace referencia el apartado primero del citado art. 12 LEC, o necesario, que solo puede tener lugar en la posición del demandado.

En el litisconsorcio pasivo necesario, pues, lo que determina la pluralidad de demandados en un mismo proceso es un criterio no de oportunidad, sino de necesidad, consistente en el carácter único e indivisible del objeto del juicio⁹².

En relación con la responsabilidad solidaria, se ha planteado tanto doctrinal como jurisprudencialmente la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en la posición de los codeudores solidarios. Generalmente, la respuesta a esta cuestión ha sido la de excluirla de las obligaciones solidarias⁹³, pues para que sea efectiva la tutela jurisdiccional solicitada, no resulta necesario que se plantee *frente a varios sujetos conjuntamente considerados*. Precisamente, dos elementos esenciales de la solidaridad son el *ius electionis* y el *ius variandi*, esto es, la capacidad del demandante de reclamar la totalidad de la deuda a uno, varios o todos los codeudores solidarios, y a realizar sucesivas reclamaciones hasta que consiga

⁹² Así lo define Francisco RAMOS MÉNDEZ (2012), *El juicio civil*, Atelier, Barcelona, p. 56.

⁹³ Por todos, Francisco J. BARBANCHO TOVILLAS (1997), *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona, pp. 118-123; Jorge CAFFARENA LAPORTA (1980), *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Edersa, Madrid, p. 10; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *op. cit.*, pp. 238-246; Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Civitas, Madrid, pp. 48-60; y Tomás RUBIO GARRIDO (2002), *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*, Comares, Granada, pp. 396-398.

cobrar por completo. Ello resulta incompatible, pues, con la obligación de demandar conjuntamente a todos los codeudores⁹⁴.

En la materia específica que nos atañe, la conclusión tiene que ser la misma: no existe el litisconsorcio pasivo necesario. La responsabilidad solidaria la establece la ley y, aunque haya una resolución sancionadora previa de la CNMC o de la Comisión vinculante para el juez que establece la comisión del cártel y quiénes forman parte de él, las víctimas, al amparo del art. 73.1 LDC y de los arts. 1137 y 1144 CC, pueden demandar a uno, varios o a todos los cartelistas, conjunta o sucesivamente, hasta conseguir el total resarcimiento.

No negamos que la regla de responsabilidad subsidiaria del art. 73.4 b) LDC puede cuestionar, de algún modo, la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario. Lo puede poner en duda en el supuesto caso de que la víctima que no es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención demanda a este, individual o conjuntamente con otros infractores, pero no a todo el resto, cuando los cartelistas restantes aún no han sido demandados. En este escenario, ¿el beneficiario de la exención podría invocar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque, tal y como prescribe el art. 73.4 b) LDC, solo es responsable cuando no se ha

⁹⁴ La materia plantea más dudas, sin embargo, en el escenario de la solidaridad impropia, pues en estos casos, la solidaridad emana de la propia sentencia condenatoria y se trata de daños de imposible o muy difícil división, de modo que cabe el debate de si, por ejemplo en supuestos de daños causados por un conjunto indeterminado de agentes, el litisconsorcio pasivo necesario resulta indispensable para constituir la *litis*. Para una posición defensora del litisconsorcio pasivo necesario en la solidaridad impropia, Juan COBO PLANA (2000), *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Sepin, Madrid, pp. 79-121.

podido obtener el pleno resarcimiento del resto de los cartelistas, de modo que todos estos tienen que ser también demandados?

Defendemos que la respuesta tiene que seguir siendo negativa, pues sigue sin cumplirse la premisa del art. 12.2 LEC, ya que el demandante puede obtener la indemnización de otro demandado, sea en el plazo de pago de la condena de la sentencia o bien por la vía forzosa, una vez aquella devenga firme. Ello teniendo en cuenta, de nuevo, las facultades del *ius electionis* y *ius variandi* que brinda al acreedor el art. 1144 CC. Ni siquiera en el (improbable) caso de que el beneficiario de la dispensa fuere el primer y único demandado, consideramos que no podría aducir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ni cualquier otra excepción procesal del art. 416.1 LEC. Correspondería defender su posición de responsable subsidiario como una alegación de fondo, mediante la invocación del propio art. 73.4 b) LDC. Retomaremos el supuesto más adelante.

1.2 Intervención provocada

El mismo argumento de la esencia de la solidaridad, reflejada en el *ius electionis* del art. 1144 CC, permite excluir también la intervención de deudores solidarios no demandados a solicitud del demandante o demandado, incluso en el supuesto caso de un acción *stand-alone*. Además, el art. 14.1 LEC exige que la intervención provocada esté expresamente permitida por la ley:

Artículo 14. Intervención provocada.

- 1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad*

de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.

En efecto, no encontramos, ni en la Directiva de daños ni en su transposición a la LDC, ningún precepto que prevea la intervención provocada de cartelistas no demandados. Dicha ausencia es coherente, además, con la clara apuesta de la norma europea por las acciones *follow-on*, pues en ellas, la víctima no se encontrará con el problema de identificación de los causantes del daño. Carecería de sentido que la Directiva 2014/104/UE y su transposición previeran la intervención provocada de cartelistas no demandados cuando el demandante cuenta con una resolución sancionadora de la CNMC o de la Comisión que establece la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial y que, a mayor abundamiento, según el art. 75 LDC y art. 16 del Reglamento 1/2003, es vinculante para los tribunales.

2. Fase de ejecución de sentencia y eficacia de cosa juzgada

2.1 Marco general

Una vez firme la sentencia condenatoria frente a uno, varios o todos los cartelistas solidariamente responsables, estos tienen veinte días para pagar al demandante la indemnización que establece el fallo de la resolución. Expirado este plazo sin que el reclamante haya

obtenido el total, tendrá que iniciar el proceso de ejecución dineraria forzosa, mediante la interposición de la demanda ejecutiva al órgano jurisdiccional que conoció de la reclamación de daños en primera instancia (arts. 545, 548, 549 y 550 LEC). Acto seguido, el juez de primera instancia despacha la orden general de ejecución mediante auto; a continuación, el letrado de la administración de justicia dicta el decreto que contiene las medidas ejecutivas concretas (art. 551 LEC). Tratándose, en la materia que nos ocupa, de condenas indemnizatorias, la medida ejecutiva principal será el embargo de bienes, con las consiguientes actividades de apremio.

En sede de ejecución forzosa cabe apuntar que, en el ámbito de la responsabilidad solidaria, se produce un “segundo⁹⁵” *ius electionis* y *ius variandi* por parte del acreedor, pues tal y como dispone el art. 542.3 LEC, en caso de deudores solidarios, se puede pedir el despacho de ejecución frente uno, algunos o todos los deudores:

3. Cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda, más intereses y costas, frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos.

La víctima demandante, en ejercicio de su *ius electionis* y *ius variandi*, sin embargo, puede haber interpuesto la demanda

⁹⁵ Joaquín ATAZ LÓPEZ (2002), “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Aspectos Sustantivos)”, en Jorge CAFFARENA LAPORTA y Joaquín ATAZ LÓPEZ (coordinadores), *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 125, habla de “una nueva manifestación del *ius electionis*”; por su parte, Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *op. cit.*, p. 136, se refiere a una confirmación del *ius electionis* y subsiguiente *ius variandi* del acreedor en la fase de ejecución de sentencia, quedando el art. 1144 CC limitado a la fase de reclamación de la deuda.

principal contra uno o varios cartelistas, pero no contra todos. Si de los demandados el reclamante no consigue, ni siquiera en la fase de ejecución, obtener el resarcimiento total, surge la cuestión de si puede, en susodicha fase, dirigir la demanda ejecutiva contra un deudor solidario que no consta como condenado en la sentencia firme. En este punto, en realidad, la cuestión problemática no radica en el efecto positivo o negativo de la cosa juzgada material, pues nos estamos refiriendo a un caso en que queremos dirigir la ejecución a una parte que ni siquiera ha sido demandada y condenada. El problema se circunscribe en el ámbito de la ejecución de sentencia, pero en un régimen de responsabilidad solidaria que une a los deudores por una misma obligación. En virtud de ello, el art. 542.1 LEC prevé una regla específica sobre la ejecución que clarifica definitivamente la cuestión:

1. Las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso.

Por lo tanto, teniendo claro que no se puede interponer la demanda ejecutiva contra un deudor solidario que no ha sido demandado y condenado, el damnificado que ha interpuesto la demanda contra uno o varios pero no todos los infractores y cuya ejecución ha resultado infructuosa para obtener el pleno resarcimiento, tendrá que demandar al resto de cartelistas, en ejercicio del *ius variandi*. En esta situación sí que cobra relevancia la eficacia de la cosa juzgada. En concreto, en su vertiente positiva, pues los juzgadores de las ulteriores demandas no están vinculados por lo sentenciado

en los pleitos anteriores, ya que no se da la identidad de partes que requiere el art. 222. 4 LEC:

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Consiguientemente, la no eficacia de la cosa juzgada en estos supuestos por la falta de identidad de las partes puede dar lugar a sentencias contradictorias cuando, posteriormente, se demande a otro cartelista. Y es que aunque hablemos de acciones *follow-on* precedidas por una resolución firme vinculante para los tribunales que establece la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, la víctima tiene que cuantificar un daño. La hipotética contradicción radicaría, pues, en la propia cuantificación del daño, o bien en la propia existencia del mismo, si es que en un juicio posterior el cartelista demandado pudiera rebatir la presunción del art. 76.3 LDC⁹⁶ y 17.2 de la Directiva.

⁹⁶ Artículo 76.3 LDC: 3. *Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.* De todos modos, al analizar la relación interna de la solidaridad, veremos que esta presunción se refiere a la producción de daños “en abstracto” de un cártel. Sin embargo, la víctima tendrá que probar igualmente el nexo causal entre el cártel y los daños sufridos. En definitiva, tendrá que acreditar que, contractualmente, la víctima estuvo vinculada en la órbita del cártel. Así pues, en un pleito posterior, también puede ser objeto de valoración distinta el nexo causal entre el cártel y el damnificado.

En el supuesto caso de interposición de una acción *stand-alone* habría que añadir, como otra discordancia entre una sentencia firme y pronunciamientos judiciales

Esta problemática, en realidad, aparece en cualquier supuesto en que resulta de aplicación la responsabilidad solidaria por la causación de daños. La cuestión, pues, ya ha sido abordada por la doctrina y, parte de ella, como posible solución, ha propuesto la llamada “cosa juzgada refleja”⁹⁷, consistente en la vinculación que supone el primer procedimiento respecto a los ulteriores en el sentido de no fallar de modo distinto a aquel, ya que todos los codeudores solidarios están vinculados por una misma obligación⁹⁸. Asimismo, hay autores que directamente aluden al “buen sentido de los tribunales”, en términos de comprender que en la responsabilidad solidaria sigue existiendo cierta vinculación entre sentencias judiciales por las cuestiones que unen a los deudores

posteriores, en efecto, las conductas y su alcance y los cartelistas que se incluyen en los daños reclamados de forma independiente a una resolución sancionadora firme.

⁹⁷ Juan CARRERAS DEL RINCÓN (1990), *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Bosch, Barcelona, p. 178. Según GÓMEZ LIGÜERRE, con la extensión de la eficacia positiva de la cosa juzgada material “se conjuga la indivisible unidad de la obligación que une a los codeudores solidarios y que les impone una suerte común, con la posibilidad de acciones sucesivas prevista en el artículo 1.144 Cc. Las excepciones personales de cada deudor que el artículo 1.148 Cc. permite oponer a la reclamación del acreedor deberán resolverse, en su caso, en procesos separados que, en aquello que sea común a todos los codeudores y propio de la obligación solidaria, deberán respetar los pronunciamientos judiciales precedentes” (Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *op. cit.*, p. 250). De modo similar, ATAZ LÓPEZ considera, en síntesis, en base sobre todo al art. 1141 CC, que el juicio seguido contra un deudor solidario debería afectar a todo el resto de deudores solo en cuanto a la obligación en sí misma considerada, pero no en lo referente a las circunstancias personales de los deudores (Joaquín ATAZ LÓPEZ (2002), *op. cit.*, pp. 152-157).

⁹⁸ Véase la nota 78.

solidarios, así como por el riesgo que supone la existencia de sentencias contradictorias⁹⁹.

En aras de profundizar en una visión más práctica de la cuestión, en los siguientes epígrafes procedemos a analizar los posibles supuestos diferenciando la reclamación interpuesta por un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención de la interpuesta por otra parte perjudicada.

2.2 Reclamación de daños interpuesta por un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención

Tal y como hemos expuesto en apartados anteriores, en este escenario, el cartelista que ha obtenido la exención del pago de la multa no ostenta ninguna posición privilegiada respecto al resto de miembros del cártel. El reclamante podrá ejercitar su *ius electionis* y *ius variandi* sin ninguna especial consideración en lo que al beneficiario de la dispensa se refiere, y resultarán de aplicación los óbices procesales indicados en el epígrafe anterior sin tener en cuenta excepción alguna. Así, el beneficiario de clemencia puede ser demandado en la primera reclamación o en sucesivas, sea

⁹⁹ Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *op. cit.*, p. 110: “Ante esta situación, parece que sólo cabe apelar al buen sentido de nuestros Tribunales en su labor de aplicación del Derecho de conformidad con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y entender que sigue existiendo cierta vinculación por lo menos de hecho con respecto a lo establecido en una sentencia que se pronuncie expresamente sobre cuestiones comunes a todos los deudores solidarios (siempre que ello no lesione, por supuesto, el derecho de defensa de los no litigantes), lo cual, además, en cuanto les “perjudique” por tratarse de resoluciones condenatorias, encontrará apoyo específico en la interpretación del art. 1141 párrafo segundo C. c., como más adelante veremos”.

individual o conjuntamente con todos o algunos de los miembros del cártel.

Si la víctima demanda a uno o varios miembros del cártel pero no a todos sus integrantes, una vez firme la sentencia condenatoria, si no ha obtenido el importe total de la indemnización en plazo de pago voluntario, en virtud del apartado 3º del art. 542 LEC, demandará el despacho de la ejecución frente alguno o todos los demandados que figuren en el título ejecutivo, esto es, en la sentencia condenatoria; si los demandados y condenados han sido varios, para el demandante será más racional pedir el despacho de la ejecución frente a todos ellos. Si aún así, el actor no obtiene el total resarcimiento¹⁰⁰, en atención al mencionado art. 542.1 LEC, tendrá que demandar al resto de los cartelistas, pues la sentencia condenatoria obtenida, tal y como ya se ha expuesto anteriormente, no será título ejecutivo en relación con los infractores no demandados¹⁰¹.

Consiguientemente, nos cuesta imaginar la situación en que una víctima del cártel no opte por demandar a todos los miembros del

¹⁰⁰ Conviene tener presente que, una vez obtenido el total resarcimiento, la obligación solidaria se extingue, tal y como establece el primer inciso del art. 1145 CC. De este modo, no se permiten demandas ulteriores si la deuda ya se ha saldado, pues de lo contrario, tal y como argumenta la STS, 1ª, 7.3.2013 (ROJ 1716/2013), se produciría “una multiplicación de reparaciones o un acrecentamiento del quantum realmente satisfactorio” (FD 4º). Por consiguiente, tal y como indica Joaquín ATAZ LÓPEZ (2002), *op. cit.* p. 145, una vez el actor ha obtenido la indemnización, si intenta iniciar una nueva ejecución o una nueva demanda, se le podrá imponer la excepción de pago del art. 556.1 LEC.

¹⁰¹ En este caso, el cartelista no demandado a quien pretende ejecutar podría oponerse alegando el defecto procesal consistente en que él mismo no consta en el título ejecutivo. En este sentido, la oposición se articularía por vía art. 559.11ª LEC, en relación con el art. 542.1 LEC.

mismo¹⁰². En las acciones de seguimiento, la demanda parte de una resolución sancionadora de la CNMC o de la Comisión que establece la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, elementos que son vinculantes para los jueces y tribunales. Aunque el demandante tenga claro que cartelista es el más solvente y de quien está convencido que obtendrá la indemnización, sea en el periodo de pago voluntario de la condena o en sede de ejecución forzosa, no supondría ningún coste extra demasiado considerable demandar directamente a todos los cartelistas que figuran en la resolución sancionadora firme¹⁰³. En cambio, si no los demanda a todos y no consigue obtener la indemnización ni siquiera en la ejecución forzosa, sí que le supondrá más tiempo y costes volver a interponer una demanda, esta vez, contra el resto, con el riesgo añadido de que coexistan sentencias contradictorias¹⁰⁴ si el segundo juzgador no apuesta por

¹⁰² A esta misma conclusión también llega buena parte de la doctrina en relación con las obligaciones solidarias en general, sobre todo cuando la solidaridad resulta impuesta *ex lege*. Por todos, Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *op. cit.*, p. 140, y Tomás RUBIO GARRIDO (2002), *op. cit.*, p. 407. Se trataría de un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario, en los términos del art. 12.1 LEC: *1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.*

¹⁰³ Quizá, un elemento que podría tener en cuenta el demandante son las costas respecto a los múltiples demandados, para el caso de una desestimación total de la reclamación, en los términos del principio de vencimiento objetivo del art. 394 LEC. De todas formas, y sobre todo en el ámbito de las acciones de seguimiento, cuyas características y beneficios ya se han reiterado en líneas anteriores, no consideramos que las costas sean desincentivo suficiente como para plantearse la no presentación de la demanda.

¹⁰⁴ Tal y como ya se ha precisado anteriormente, al hablar de demandas de seguimiento, la contradicción radicaría bien en la cuantificación del daño o bien en la existencia del mismo, en caso de que en los juicios ulteriores los demandados consiguieran desvirtuar la presunción de producción de daños por

extender el efecto positivo de la cosa juzgada, en los términos que hemos relatado en el epígrafe anterior.

2.3 Reclamación de daños interpuesta por una víctima que no es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención

En este supuesto, al beneficiario de clemencia parece que, en la relación externa, la letra “b)” del art. 73.4 LDC le otorga una posición excepcional, pues solo podrá ser reclamado en el caso de que el demandado no haya obtenido el importe total de la indemnización del resto de cartelistas.

De la literalidad del precepto de la LDC y de la Directiva, entendemos que se trata de una responsabilidad de carácter subsidiaria. El beneficiario de la dispensa solo es responsable frente a quienes no son sus contratantes directos o indirectos en el supuesto caso de que estos no consigan el importe total de la indemnización del resto de cartelistas.

En realidad, la situación nos conduce a la fase de ejecución forzosa, pues únicamente en este estadio se podrá dar la situación en que no se ha podido obtener toda la deuda del resto de cartelistas: si el actor no consigue toda la indemnización de los solidariamente condenados, no podrá cobrarlo del beneficiario de la exención si antes no se ha despachado ejecución frente al resto de infractores.

Consiguientemente, teniendo en cuenta, tal y como hemos analizado líneas más arriba, que la sentencia condenatoria firme al pago de la

los cárteles contenida en el art. 76.3 LDC. Asimismo, también hemos razonado que en el caso de acciones *stand-alone*, la incongruencia también podría recaer sobre la existencia y naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial.

indemnización solo es título ejecutivo frente a quienes constan en ella, el beneficiario de clemencia solo podrá llegar a responder si anteriormente (o simultáneamente) todos los miembros restantes del cártel han sido demandados y condenados. Sin embargo, ello no significa, a nuestro entender, que el beneficiario de la exención no pueda ser el primer demandado, sea individual o conjuntamente con algunos o todo el resto de los infractores. El elemento diferencial será que el demandante pida, en lo que atañe a la posición específica del beneficiario de clemencia, que este responda subsidiariamente respecto al resto de demandados y que así también se establezca en el fallo de la sentencia condenatoria¹⁰⁵.

¹⁰⁵ En España, tenemos el caso de las ya mencionadas SSJM nº 7 de Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018) y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018), cuyos fallos establecen la responsabilidad subsidiaria de la codemandada que en el procedimiento sancionador CNMC obtuvo la exención del pago de la multa. Como ya se ha relatado, la demanda de daños derivó de la Resolución de la CNMC de 25.3.2013, relativa al “cártel de los sobres de papel”. Uno de los codemandados es ADVEO, que obtuvo la exención del pago de la multa por ser la primera en comunicar y aportar pruebas del cártel.

A día de hoy, estas son las únicas sentencias que nos constan que aplican el régimen de responsabilidad solidaria vigente de la LDC en el sentido de excluir la responsabilidad del beneficiario de la exención. Si bien, tal y como también se ha expuesto en páginas anteriores, la aplicación de la subsidiariedad a favor del beneficiario de la dispensa fue revocada por las respectivas sentencias de apelación de la AP de Barcelona (SSAP de 13.1.2020 (ROJ 698/2020) y de 10.1.2020 (ROJ 201/2020)), llama la atención el modo en que el fallo de las dos sentencias de primera instancia interpretan la mencionada responsabilidad subsidiaria del mismo. Así, el fallo de la SJM de 6.6.2018 (y de forma equivalente lo establece también la SJM de 21.12.2018), en aplicación del art. 11.4 b) de la Directiva, dispone lo siguiente: “FALLO. Que ESTIMO parcialmente la demanda formulada por D. Carlos Ferreres Vidal, en nombre y representación de BANKOA, S.A., y CONDENO a ENVEL EUROPA S.A., representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro; PRINTEOS CARTERA INDUSTRIAL S.L., TOMPLA INDUSTRIA INTERNACIONAL DEL SOBRE S.L., PRINTEOS S.A., HISPAPEL S.A., S.A. DE TALLERES DE MANIPULACIÓN DE PAPEL, representadas por el Procurador D. Jesús Sanz López y ADVEO ESPAÑA S.A. ADVEO GROUP INTERNATIONAL S.A., a que abonen a la demandante la cantidad de 154.270 euros (más los intereses

La estructura de la responsabilidad subsidiaria del beneficiario de la dispensa supone, pues, otro argumento a favor de la casi necesidad, por parte de la víctima del cártel, de demandar directamente a todos los cartelistas. Si el beneficiario de la exención solo responde en el caso de que se haya frustrado la ejecución forzosa en el patrimonio de todos los infractores y, por tanto, que todos ellos hayan sido demandados previamente, aún tiene menos sentido, en términos de tiempo y costes, no demandarlos a todos conjuntamente, incluyendo la solicitud de declaración de responsabilidad subsidiaria del beneficiario de clemencia. Quizá el actor tiene muy clara la buena solvencia de ciertos infractores; aunque, probablemente, no vale la pena asumir el riesgo.

Conviene tener presente, de nuevo, que en las acciones de seguimiento, el alegato del demandante parte de una resolución

legales desde la interpelación judicial), solidariamente, a excepción de ADVEO ESPAÑA S.A. y ADVEO GROUP INTERNATIONAL cuya responsabilidad se declara subsidiaria para el caso de que la actora no ha podido obtener el pleno resarcimiento de las demás condenadas”.

Fíjese el lector que la resolución, en relación con la excepción del beneficiario de clemencia, establece la responsabilidad subsidiaria en el caso de que la actora no obtenga la indemnización total de “las demás condenadas”; no obstante, entendemos que la subsidiariedad debería establecerse en el sentido de no haber conseguido el pleno resarcimiento de “los demás miembros del cártel”. Así se desprende de la literalidad del art. 73.4 b) LDC y 11.4 b) de la Directiva de daños y del Considerando 38 de la misma, así como de la clara apuesta del texto europeo a favor de las acciones *follow-on* y, en fin, del propio fundamento de este sistema de responsabilidad, que no es otro que establecer el equilibrio correcto entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia en aras de incentivar a los cartelistas a revelar la existencia de los cárteles; objetivo que se podría ver frustrado si la subsidiariedad no existe respecto del pago de todos los demás cartelistas y no solo de los condenados, pues de este modo, en la práctica, el beneficiario de la exención podría ser el primero y único en responder como condenado individual.

sancionadora firme vinculante para los tribunales que establece la existencia de la infracción, su naturaleza y su alcance material, personal, temporal y territorial y, a su vez, la vigente LDC presume la producción de los daños del cártel. Si el actor conoce quiénes son todos los integrantes del cártel y sabe que el beneficiario de la dispensa solo podría llegar a responder en caso de que no obtuviera el total resarcimiento del resto (de modo que todos tendrían que ser demandados previamente), asumiría más costes si no optase por demandar, primera y conjuntamente, a todos los cartelistas, pues podría suceder que no obtuviese la totalidad de la indemnización del resto de infractores, ni siquiera en la fase de ejecución forzosa.

De todos modos, y en aras de completar el análisis de la cuestión, procedemos a exponer sintéticamente las situaciones que podrían tener lugar y las correspondientes excepciones que podría invocar el beneficiario de la dispensa:

- a) Demanda de condena dirigida a todos los cartelistas, incluido el beneficiario de la exención, con la petición de declaración de responsabilidad subsidiaria para este último. Tal y como hemos relatado, este, desde el punto de vista de la víctima del cártel, es el escenario óptimo. En el supuesto caso de que la demanda no contuviera dicha solicitud expresa de responsabilidad solidaria, el beneficiario de clemencia debería alegar su posición como motivo de oposición de fondo al amparo de la excepción que prevé el art. 73.4 b) LDC, y así lo debería recoger Su Señoría en el fallo de la sentencia condenatoria.

Una vez firme la sentencia condenatoria, si el actor no consigue de los cartelistas (a excepción del beneficiario de clemencia) el total resarcimiento, debería interponer la demanda ejecutiva contra todos ellos, también con la solicitud de subsidiariedad en relación con el beneficiario de la dispensa. De no ser así, este podría alegar el mismo art. 73.4 b) LDC en oposición a la ejecución.

- b) Demanda contra el beneficiario de la exención, individual o conjuntamente con varios pero no todos los integrantes del cártel. Nada obsta a que esta situación pueda tener lugar aunque, del mismo modo que en el supuesto anterior, el tribunal debería tener en cuenta la responsabilidad subsidiaria del beneficiario de clemencia respecto a todo el resto de miembros del cártel, no solo en cuanto a los demandados y condenados.

Siendo firme la sentencia, si el actor no consigue de los condenados (a excepción del beneficiario de la dispensa) el total resarcimiento, tendrá que acudir a la ejecución forzosa, solicitando el despacho frente a los codeudores que constan en el título ejecutivo, pero no respecto al beneficiario de la exención, pues este se podría oponer en el mismo sentido que en el supuesto anterior; la misma oposición tendría lugar si el beneficiario de clemencia hubiese sido el único

demandado y se hubiere pretendido la ejecución forzosa directamente contra él. En caso de insolvencia de los ejecutados, el actor, en virtud de la limitación del art. 542.1 LEC y antes de ejecutar al beneficiario de la exención, tendrá que demandar de nuevo al resto de cartelistas que no demandó en un inicio¹⁰⁶. El beneficiario de clemencia también gozará de su posición subsidiaria en la fase de ejecución forzosa.

- c) Demanda dirigida, excluyendo al beneficiario de la exención, a uno o varios miembros del cártel, pero no a todos. En caso de que el actor no consiga de dichos demandados el total resarcimiento ni siquiera en fase de ejecución forzosa, antes de ejecutar el patrimonio del beneficiario de la dispensa, tendría que demandarle junto con los cartelistas que tampoco aún no hayan sido demandados. Si el actor no procede de este modo, el beneficiario de la exención se podría oponer a una hipotética demanda ejecutiva mediante la invocación del límite del art. 542.1 LEC, o bien en invocación de su propia posición subsidiaria, en caso de que el ejecutante no haya intentado cobrar forzosamente la deuda del resto de miembros del cártel.

¹⁰⁶ En este sentido, conviene tener en cuenta que a la víctima del cártel, en base al art. 1974 CC, desde la interposición de la primera reclamación se le interrumpiría el plazo de prescripción (de 5 años, según el art. 74.1 LDC) para interponer la segunda demanda frente al resto de cartelistas que no fueron demandados en la anterior. Asimismo, de nuevo, existe el riesgo de que en los ulteriores juicios recaigan sentencias contradictorias acerca de la cuantificación o la propia existencia del daño. Trataremos la prescripción y su interrupción a continuación.

- d) Demanda contra todos los miembros del cártel, a excepción del beneficiario de la exención.

Si todos los demandados resultan ser insolventes, el actor, si no ha demandado al beneficiario de la dispensa, tendrá que hacerlo con el fin de tenerlo en un título ejecutivo e iniciar el proceso de ejecución forzosa contra él, en caso de que no pague tras la firmeza de la sentencia condenatoria. Nuevamente, insistimos, si en virtud de la resolución de la CNMC ya tiene identificado al beneficiario de clemencia, no perdía nada en demandarle también junto al resto de cartelistas.

III. Excepciones oponibles por los cartelistas demandados

Tras la última modificación de la LDC, la propia ley establece la responsabilidad solidaria por la causación de daños derivados de la participación en un cártel. La LDC regula específicamente algunos parámetros de esta responsabilidad, como es el caso de la posición subsidiaria del beneficiario de la exención del pago de la multa, en la relación externa, o bien las especificidades en la relación interna de la solidaridad. Para el resto de cuestiones no reguladas expresamente por la LDC, procede acudir a las normas sobre las obligaciones solidarias que prevé el Código civil. De entre las

reglas supletorias conviene comentar el art. 1148 CC, relativo a las excepciones oponibles por los deudores solidarios:

El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.

Del precepto se derivan, pues, dos tipos de excepciones principales: las que derivan de la propia obligación y las personales. Respecto a estas últimas, procede distinguir las que conciernen únicamente a un solo deudor y las que, a pesar de ser personales, pueden también corresponder a los demás codeudores¹⁰⁷.

En cuanto a las excepciones personales, entendemos que la que puede tener más relevancia es la transacción. Los efectos de las soluciones extrajudiciales en las reclamaciones por daños se hallan reguladas en el art. 77 LDC. De una sola lectura del precepto ya se puede anticipar la complejidad de la materia. Abordaremos la transacción más adelante, en el Capítulo quinto del presente trabajo

¹⁰⁷ En este sentido, CAFFARENA LAPORTA, en uno de los trabajos más completos en nuestra doctrina acerca de las excepciones oponibles por el deudor solidario, distingue tres tipos de excepciones, en los siguientes términos: las excepciones “reales”, referidas a las que “se derivan de la naturaleza de la obligación”; las “personales”, que son las que “pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa en la deuda”; y las puramente personales, las cuales “derivan también de hechos concernientes a un solo deudor, tan solo a este pertenecen” (Jorge CAFFARENA LAPORTA (1980), *op. cit.*, p. 53).

dedicado a la incidencia de las soluciones extrajudiciales en la posición del beneficiario de la dispensa.

Y en lo que atañe a las excepciones que derivan de la propia obligación, el régimen legal de solidaridad por daños *antitrust* no genera problemáticas distintas de las que ya aparecen en cualquier otro supuesto de solidaridad y que ya han sido analizadas exhaustivamente por la doctrina general sobre la materia, de modo que consideramos que no requieren de un desarrollo específico en estas páginas. Además, algunas de dichas excepciones ya han sido explicadas en la presentación de los escenarios posibles de la relación externa y en el análisis de las cuestiones procesales del presente capítulo, incluyendo las especificidades para el beneficiario de clemencia. Las excepciones oponibles por los cartelistas entre ellos serán tratadas en la exposición de los distintos supuestos que pueden acaecer en la relación interna de la solidaridad, en el capítulo siguiente.

Sin embargo, sí que merece la pena atender a la excepción consistente a la prescripción y su interrupción, en referencia al régimen vigente que plantea el art. 74 LDC. Veámoslo.

1. El plazo de prescripción y su interrupción

La vigente LDC, en transposición del art. 10 de la Directiva, regula la prescripción en el art. 74 LDC. Para las acciones de daños derivados de ilícitos contrarios al Derecho de la competencia, el apartado 1º de dicho precepto establece un plazo de 5 años:

1. La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años.

El apartado 2º fija el *dies a quo* en el momento del cese de la conducta *antitrust* y en el que el demandado hubiera conocido o hubiera podido razonablemente conocer tres circunstancias específicas:

2. El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:

a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;

b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y

c) la identidad del infractor.

Seguidamente, los dos últimos apartados se preocupan de la interrupción de la prescripción. Mientras que el apartado 3º regula la interrupción del plazo en general, el 4º la prevé para el inicio de cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias. Teniendo en cuenta que este último elemento será objeto de análisis en el Capítulo quinto, referente a las soluciones extrajudiciales, atendamos ahora al apartado 3º:

3. *El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.*

El plazo actual de 5 años actual contrasta con el plazo de 1 año que, para las reclamaciones por daños derivados de la vulneración del Derecho de la competencia, se ha venido aplicando en España. En el capítulo anterior ya hemos expuesto que, con anterioridad a la aplicabilidad del vigente sistema previsto por la LDC, la acción empleada ha sido de responsabilidad extracontractual general del art. 1902 CC. Consiguientemente, el precepto referente a la prescripción que se ha tenido en cuenta es el del art. 1968 CC, cuyo último inciso del apartado 2º contempla el *dies a quo* del plazo de prescripción de un año en el conocimiento del agraviado de la acción u omisión culposa o negligente. El vigente art. 74.2 LDC va más allá y concreta el conocimiento del agraviado en las tres circunstancias anteriormente mencionadas y, además, añade el requisito consistente en que la infracción contraria al Derecho de la competencia haya cesado¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Respecto al régimen anterior a la aplicabilidad de la vigente LDC, esto es, las reclamaciones de daños mediante la acción del art. 1902 CC, consta generalmente asentado que la fecha a tener en cuenta como *dies a quo* es la de la publicación de la decisión sancionadora en cuestión. Así lo corrobora la reciente jurisprudencia española relativa al “cártel de camiones” (por todas, las SSAP de Valencia, Sec. 9, de 16.12.2019 (ROJ 4151/2019 y ROJ 4152), las cuales han considerado que, si bien la publicación de la nota de prensa de 19 de julio de 2016 sobre dicho

Una vez fijado el *dies a quo* del plazo de 5 años, el art. 73.3 LDC dispone que este se interrumpe¹⁰⁹ si una autoridad de la

cábel expone datos relevantes sobre las infracciones, los infractores, la duración y el ámbito territorial, dichos datos ofrecen un conocimiento genérico en un ámbito sobre el que suele concurrir una situación de asimetría informativa entre las partes, de forma que resulta necesario que las víctimas tengan acceso a la versión completa de las decisiones (FJ 6º de ambas resoluciones).

El argumento es coherente con la última resolución del TJUE que se pronuncia al respecto, esto es, la STJUE de 28.3.2019, relativa al caso “Cogeco Communications”, cuyo apartado 53, en aras de confirmar la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva respecto a la prescripción que ya había sido establecida por la STJUE 13.7.2006 (caso “Manfredi”), dispone: “En estas circunstancias, debe considerarse que un plazo de prescripción de tres años, como del que se trata en el litigio principal, que, por una parte, empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aunque no se conozca al responsable de la infracción y, por otra parte, no puede suspenderse o interrumpirse en el transcurso de un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de la competencia, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento”.

Sin embargo, caiga en la cuenta el lector que el razonamiento anterior relativo al caso del “cábel de camiones” tiene lógica desde el punto de vista de las acciones *follow-on*, o bien en improbable caso de interposición de reclamaciones de daños entre la publicación de la decisión sancionadora y su firmeza. En el supuesto de una acción *stand-alone* que se anticipa a la resolución que impone las multas, la fijación del pleno conocimiento del derecho a indemnización por parte de la víctima ha dependido de los elementos fácticos de cada caso. Por ejemplo, en la STS, 1ª, 4.9.2013 (ROJ 4739/2013), si bien se refiere a una acción por daños derivados del abuso de posición de dominio por parte de una compañía eléctrica, y no de un cábel, el tribunal consideró que la demandante pudo reclamar la indemnización desde el momento en que tuvo acceso a la información mediante la entrega de un soporte informático (FD 6º).

En realidad, la precisión de la redacción del vigente art. 74.2 LDC, en lo que al *dies a quo* se refiere, supone una positivización de los parámetros en los que hemos dicho que se está basando la jurisprudencia española y del TJUE y, por tanto, apunta a la información completa que presentan las decisiones sancionadoras de la CNMC o de la Comisión. Y, de todas formas, para el caso de acción *stand-alone* en la que pudiere considerarse que el *dies a quo* es anterior a la resolución que impone las multas, el art. 74.3 LDC prevé que si una autoridad de la competencia inicia un procedimiento de inspección o sancionador, el plazo se interrumpe (no se suspende) y se reanuda un año después de la firmeza de la decisión sancionadora. He aquí otra manifestación de la preferencia del vigente régimen de la Directiva 2014/104/UE y de la LDC por las acciones *follow-on*.

¹⁰⁹ La regla española es la transposición del art. 10.3 de la Directiva de daños, el cual daba la opción a los Estados miembros de establecer una regla de suspensión

competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador sobre la misma infracción contraria al Derecho de la competencia sobre la que versa la acción de daños. La interrupción termina un año después de la firmeza de la resolución sancionadora derivada de la mencionada investigación o procedimiento sancionador.

Como ley especial que es, el precepto del art. 73.3 LDC ofrece un nivel de detalle adaptado a la materia que nos concierne superior a la regla general de interrupción de la prescripción que, con anterioridad a la aplicación del vigente régimen de la LDC, se ha tenido que considerar respecto a condenas solidarias derivadas de daños *antitrust*. Nos referimos, por supuesto, al primer párrafo del art. 1974 CC:

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

o bien de interrupción en función del Derecho nacional: 4. *Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.*

Como es sabido, la diferencia entre interrupción y suspensión del plazo de prescripción es que, en la primera, una vez terminada la interrupción, el plazo vuelve a computarse desde su inicio, mientras que en la segunda, una vez terminada la suspensión, el plazo se reanuda desde el punto en que se suspendió. El legislador español ha transpuesto correctamente el precepto y ha definido la regla en términos de interrupción, con concomitancia con el art. 1973 CC. Nos se prevé, en Derecho civil español, la suspensión del plazo de prescripción.

El precepto, no obstante, coma regla general supletoria, tendrá que seguir siendo objeto de aplicación en las acciones por daños interpuestas bajo el régimen de la vigente LDC. La razón es que el art. 74 LDC no precisa (y si lo hiciera, sería una reiteración innecesaria) el alcance de la interrupción de la prescripción respecto a infractores no demandados en un primer estadio. La regla del Código civil es clara y es una obviedad que la responsabilidad solidaria del sistema actual de la LDC es de origen legal¹¹⁰.

Procede poner de relieve que el primer párrafo del art. 1974 CC sería igualmente de aplicación en el supuesto caso de interposición de una acción *stand-alone*. Y es que el hecho relevante no es cómo la víctima puede conocer quiénes forman parte de un cártel, sino que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria de origen legal; el art. 73.1 LDC establece que quienes infrinjan

¹¹⁰ La situación contrasta con el contexto de las acciones por daños *antitrust* que se han venido ejercitando con anterioridad a la aplicabilidad del sistema vigente de la LDC. En el capítulo anterior hemos expuesto que, a falta de previsión legal sobre una responsabilidad solidaria en la materia que nos atañe, en general se han impuesto condenas solidarias al amparo de la doctrina de la solidaridad impropia. Pero, teniendo en cuenta que la principal característica de dicha doctrina consiste en que la solidaridad nace de la propia sentencia condenatoria, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, hay un consenso general en que la regla de interrupción de la prescripción en obligaciones solidarias del art. 1974 CC no resulta de aplicación en los supuestos de solidaridad impropia. Desde el prisma de la jurisprudencia, destacamos el Acuerdo de la Sala 1ª del TS de 27.3.2003, que fijó la doctrina siguiente: “El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio, cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente (2235/1997)”. El mismo criterio ha seguido, en general, el TS, en sus sentencias posteriores al Acuerdo de Sala de 2003. Es el caso de las SSTs, 1ª, de 4.6.2007 (ROJ 4242/2007) (FD 4º); de 19.10.2007 (ROJ 7169/2007) (FD 2º); o de 29.11.2010 (ROJ 6379/2010) (FD 2º).

conjuntamente el Derecho de la competencia responden solidariamente¹¹¹.

En definitiva, independientemente de si la acción es *follow-on* o *stand-alone*, si el reclamante, en ejercicio de su *ius variandi*, no demanda a todos los infractores responsables en una misma primera demanda y ejercita ulteriores acciones, los cartelistas restantes que progresivamente vayan siendo demandados no podrán alegar la prescripción, en caso de que hayan pasado más de 5 años desde el acaecimiento del *dies a quo* que precisa el art. 74.2 LDC. La mera interposición de la reclamación judicial o extrajudicial (art. 1973 CC) o la concurrencia de las causas que dispone el art. 73.3 LDC ya implican la interrupción del plazo de prescripción para con todos los cartelistas.

IV. Síntesis de los distintos escenarios de la relación externa y la posición subsidiaria del beneficiario de la exención

1. Desde el punto de vista de la víctima demandante

Si el reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la dispensa, no tiene que tener en cuenta ninguna posición subsidiaria de ningún miembro del cártel. En este

¹¹¹ La lógica detrás de la afirmación es que, a diferencia de la solidaridad nacida de la propia sentencia condenatoria (la doctrina de la solidaridad impropia), en la solidaridad que emana de la ley, el infractor sabe que es solidariamente responsable y cuándo responderá. Es por ello por lo que es indiferente si la reclamación de daños parte o no de una resolución sancionadora firme.

escenario, el sistema de responsabilidad solidaria funciona como lo haría en cualquier otro caso en el seno del ordenamiento español. Desde el punto de vista de la víctima contratante directo o indirecto del beneficiario de clemencia, las reglas del art. 73 LDC en nada afectan al principal fundamento de todo régimen de solidaridad pasiva, que no es otro que la función de garantía del crédito¹¹²: cada cartelista es responsable por el todo, de modo que entre todos se suplen la posible insolvencia de alguno de ellos.

En virtud de la operativa procesal que ha sido objeto de análisis, llegamos a la conclusión, sin embargo, de que a la víctima le conviene demandar ya desde la primera reclamación a todos los miembros del cártel, conjuntamente; o, al menos, a todos aquellos infractores cuya solvencia consta altamente asegurada. De este modo, se ahorra los problemas que se pueden plantear en virtud del art. 542.1 LEC (inejecutabilidad del título frente a un cartelista no demandado) y del art. 222.4 LEC (el límite de la identidad subjetiva en la extensión del efecto positivo de la cosa juzgada material, que podría suponer la existencia de sentencias contradictorias acerca del nexo de causalidad, la producción del daño y su cuantificación). Además, no proceder en este sentido e interponer sucesivas demandas en ejercicio de su *ius variandi*, supondría al reclamante un importante incremento de los costes tanto económicos como de tiempo, hasta conseguir el total resarcimiento.

¹¹² A esta función de la solidaridad hacen referencia Francisco J. BARBANCHO TOVILLAS (1997), *op. cit.*, pp. 16-18; Ángel CRISTÓBAL MONTES (1985), *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, pp. 136 y ss.; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *op. cit.*, pp. 100-103; y Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *op. cit.*, pp. 18-26.

Si bien es cierto que los inconvenientes señalados están presentes en toda situación en que rige la solidaridad, también lo es que, en la materia que nos ocupa, consideramos que no demandar directa y conjuntamente a todos los cartelistas resulta aún más irracional que en otros ámbitos. Y es que si la reclamación es de seguimiento o *follow-on*, el art. 75.1 LDC (o art. 16 del Reglamento 1/2003) prevé el carácter vinculante de la resolución de la CNMC (o de la Comisión) que constata la infracción, su naturaleza y su alcance personal, temporal y territorial. En consecuencia, para la víctima no supone ningún coste añadido relevante, ni de identificación ni de cualquier otro tipo, reclamar directamente a todos los cartelistas¹¹³.

Desde un prisma estrictamente doctrinal, quizá se puede achacar que demandar a todos los infractores desnaturaliza el régimen de la responsabilidad solidaria porque anula el ejercicio del *ius variandi* del acreedor. Sin embargo, desde el punto de vista de la víctima del cártel, la solidaridad le sigue beneficiando en su función principal de garantía del crédito, pues los infractores siguen respondiendo cada uno por el todo y el reclamante cuenta con varios patrimonios ejecutables a su merced.

¹¹³ Si la reclamación es *stand-alone* o independiente, los riesgos son mayores. Si la acción ha sido interpuesta antes de que la CNMC haya iniciado una inspección, cabe la posibilidad de que posteriormente, la CNMC o un órgano jurisdiccional revoque, total o parcialmente, la constatación de la infracción, su naturaleza o su alcance material, personal, temporal y territorial que incluyen los daños que reclama. Téngase en cuenta, en este escenario, que la LEC prevé la comunicación, por parte del tribunal que conozca de la acción de daños, de la existencia del procedimiento a la CNMC y, a su vez, se contempla la posibilidad de suspender el proceso civil; la misma suspensión se halla prevista por el art. 16 del Reglamento 1/2003, en el caso de afectación en la UE. La víctima también correría estos riesgos si pretendiese interponer la reclamación una vez sancionado el cártel, pero antes de la firmeza de la resolución.

El argumento podría tener cabida si también entrara en juego la función de ahorro de costes de identificación de los responsables con la que también cumple todo régimen de solidaridad, en el sentido de que si cada deudor responde por el todo, el acreedor puede demandar a cualquiera de ellos en exclusión de la posibilidad de incurrir en costes extra de identificación del resto.

No obstante, tal y como ya hemos justificado, en la materia que nos ocupa, el problema de identificar a los integrantes del cártel nunca existirá en las acciones de seguimiento, pues se parte una resolución firme que identifica los elementos esenciales de la infracción y que vincula a los tribunales. En consecuencia, la función de ahorro de costes de identificación de la solidaridad¹¹⁴ no podrá constituir un argumento en contra de demandar a todos los responsables, en el sentido de que desnaturaliza la lógica de la responsabilidad solidaria¹¹⁵.

Por otra parte, si el reclamante no es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención, se encuentra con un patrimonio que solo sería ejecutable en caso de que no consiguiera la indemnización de todo el resto de cartelistas. Ello no impide, de todas formas, que el beneficiario de la dispensa pueda

¹¹⁴ Para un análisis más detallado de la función de ahorro de costes de identificación véase Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *op. cit.*, pp. 162 y ss.

¹¹⁵ Entendemos, sin embargo, que los costes de identificación sí que podrían tener relevancia en una acción *stand-alone*, especialmente en el escenario de un potencial afectado por el cártel que interpone la demanda de daños antes de que la CNMC o la Comisión se hayan pronunciado sobre el caso. En ese supuesto, el reclamante, aparte de defender la existencia del cártel, deberá dedicar esfuerzos considerables en señalar y defender qué empresas forman parte del mismo y por qué.

ser el primer demandado, junto con el resto de infractores. En este caso, la sentencia condenatoria debería declarar y condenar al beneficiario de clemencia como responsable subsidiario del resto de miembros del cártel. Consiguientemente, la víctima contaría con un título ejecutivo en el que consta el beneficiario de la exención, pero que solo le sería ejecutable en caso de que las ejecuciones contra el resto de cartelistas resultaran insuficientes.

De hecho, en el escenario de la posición subsidiaria del beneficiario de la dispensa, demandar conjuntamente a todos los infractores aún cobra más sentido. Tal y como hemos visto anteriormente, para ejecutar el patrimonio del beneficiario de la exención, previamente se tiene que haber intentado el apremio de todo el resto. Y, a su vez, para ejecutar a todo el resto de infractores, se les tiene que haber demandado y condenado antes, debido al límite del citado art. 542.1 LEC. En consecuencia, la innecesaria extensión temporal de todo el procedimiento, en caso de que finalmente solo pudiera obtener la indemnización del beneficiario de clemencia, sería excesiva. ¿Qué sentido tendría correr el riesgo?

En realidad, para la víctima del cártel que no es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención, la posición subsidiaria de este no supone un menoscabo en la garantía de cobro del crédito. Podrá disponer igualmente del patrimonio del beneficiario de clemencia, en el caso de que el resto de cartelistas sean insolventes. Entendemos que este último supuesto únicamente le significaría un retraso temporal en el cobro de la indemnización (si es que el beneficiario de la inmunidad resulta ser solvente), pues previamente tendría que proceder a la ejecución forzosa del resto de infractores.

2. Desde el punto de vista del beneficiario de la exención

El cartelista que ha obtenido la dispensa del pago de la multa de la CNMC o de la Comisión no ostenta ninguna posición diferenciada del resto de cartelistas cuando es demandado por una víctima que había sido su comprador o proveedor directo o indirecto. En este supuesto, el régimen de solidaridad opera ordinariamente, sin ninguna especificidad, y con los mismos inconvenientes que ya hemos tratado para el caso de que la víctima opte por no demandar en un primer momento a todos los miembros del cártel o a aquellos cuya solvencia no arroje demasiadas dudas.

Si el demandante no es un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención, este goza de una responsabilidad de carácter subsidiaria respecto del resto de cartelistas; su patrimonio solo es ejecutable si todo el resto de infractores resultan ser insolventes. En este supuesto, el beneficiario de la exención, en puridad, no responde solidariamente junto con el resto de cartelistas, pues a pesar de que aquel cubre la posible insolvencia de estos y, en su virtud, de que se cumple con la función de garantía de la solidaridad, la víctima del cártel no puede tener la posibilidad de cobrar, en una primera fase, la indemnización de cualquiera de los infractores. En efecto, su capacidad del *ius electionis* y del *ius variandi*, de algún modo, deja de operar de la forma que tendría que hacerlo.

Por consiguiente, desde el punto de vista de la configuración o sistemática del régimen de responsabilidad solidaria de la LDC, los

sujetos beneficiarios de la exención del pago de la multa no son *responsables solidariamente ante otras partes perjudicadas* cuando la víctima no ha podido obtener el pleno resarcimiento de estas, tal y como reza el art. 73.4 b). Se trata de una responsabilidad estrictamente subsidiaria: quienes responden solidariamente son el resto de cartelistas, a excepción del beneficiario la dispensa.

El legislador de la UE consideró que la mejor opción para lograr un justo equilibrio entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia era establecer un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria entre los cartelistas, del que el beneficiario de la exención es responsable subsidiario cuando el perjudicado no es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo. Con la Directiva de daños se pretende que con dicha posición excepcional en la vertiente privada de la aplicación del Derecho de la competencia, los cartelistas estarán suficientemente motivados como para denunciar la existencia la infracción. En la vertiente pública, la ventaja no puede ser mayor, pues el cartelista que resulta ser el primero en aportar pruebas que bien permitan desarrollar una inspección o bien que permitan constatar la existencia del cártel, obtiene la exención total de la multa de la CNMC o de la Comisión.

El carácter óptimo del sistema del art. 11 de la Directiva 2014/104/UE y, en su virtud, del art. 73 LDC, solo puede ser defendible si el beneficiario de la dispensa, en la relación interna de la solidaridad, sigue manteniendo la misma posición privilegiada. Si la subsidiariedad se mantiene en la relación externa pero, una vez la víctima ha cobrado la indemnización, al beneficiario de la exención se le pueden reclamar cuotas de responsabilidad sin ningún tipo de

diferenciación respecto al resto de infractores, el sistema cae por sí solo. De la relación interna de la responsabilidad solidaria nos ocupamos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO CUARTO
LA RELACIÓN INTERNA DE LA SOLIDARIDAD Y LA
POSICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN

I. Introducción y exposición de los posibles escenarios relativos a la posición del beneficiario de la exención en la relación interna de la solidaridad

En la solidaridad pasiva, la relación interna se refiere a la situación existente a partir del momento en que la deuda solidaria ha sido satisfecha por uno, varios o todos los deudores solidarios. El régimen especial de responsabilidad solidaria que presenta la vigente LDC para los casos de daños derivados de la vulneración del Derecho de la competencia ofrece el criterio de distribución de cuotas de responsabilidad interna, con ciertas excepciones que afectan al beneficiario de la dispensa. Nada más. Es por ello por lo que las cuestiones restantes tendrán que resolverse según las disposiciones del Código civil concernientes a la vertiente interna de la responsabilidad solidaria.

En Derecho civil español, desde el pago de la deuda, la obligación solidaria se extingue y la relación entre el acreedor y los deudores llega a su fin. Tiene lugar, desde entonces, un conjunto de relaciones existente únicamente entre estos últimos.

En la solidaridad, la situación en que cada codeudor responde por el todo se da únicamente en la relación externa, esto es, frente al acreedor común, en aras de que este tenga más posibilidades de cobrar definitivamente su crédito. No obstante, en realidad, cada codeudor no es efectivamente responsable de toda la deuda. La vertiente interna de la responsabilidad solidaria tiene por finalidad, precisamente, que el deudor o deudores que hayan pagado la deuda al acreedor puedan reclamar al resto de codeudores la cuota de

responsabilidad que corresponda a cada uno¹¹⁶. Si alguno de los codeudores resulta ser insolvente, el resto tiene que asumir el déficit a prorrata de la parte que corresponda a cada uno.

Las acciones de regreso en la relación interna de la solidaridad se hallan reguladas en el art. 1145 CC:

El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.

El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno.

El Código civil no añade mención específica acerca del criterio de distribución de las cuotas de responsabilidad entre los codeudores solidarios, una vez la obligación solidaria se ha extinguido. En su virtud, si al respecto no existe previsión legal o pacto previo (o incluso posterior, una vez extinguida la obligación solidaria) entre los acreedores, hay que atender al régimen general del Código civil en los supuestos de concurrencia de dos o más sujetos obligados. En efecto, el art. 1138 CC dispone que, a falta de previsión específica,

¹¹⁶ Se trata, tal y como lo denomina Jorge CAFFARENA LAPORTA (1980), *op. cit.*, p. 251, de la “nivelación” entre los codeudores solidarios.

la deuda se presume dividida en tantas partes iguales como deudores haya¹¹⁷.

En lo que atañe al régimen de responsabilidad solidaria por daños derivados de la vulneración del Derecho de la competencia, la relación interna se halla regulada en el apartado 5º del art. 73 LDC. En esta materia, sí que contamos con una regla especial que establece el criterio de distribución de las responsabilidades internas:

5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.

El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de

¹¹⁷ Por todos, M^a Asunción ESTEVE PARDO (2014), *op. cit.*, p. 96; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2010), *op. cit.*, pp. 129-131. Del mismo modo lo ha venido reconociendo la jurisprudencia del TS; por ejemplo, destacamos la STS, 1^a, 26.6.2009 (ROJ 5416/2009): “De modo que la Sala de instancia aplica correctamente la presunción de división por partes iguales que la jurisprudencia de esta Sala, distinguiendo en la obligación solidaria entre las relaciones externas con el acreedor de las relaciones internas entre codeudores, obtiene de la aplicación combinada de los artículos 1145 y 1138 del Código civil , y que entre otras razones cabe apoyar en el propio tenor literal del inciso inicial del artículo 1138 CC , dividiéndose entonces, en consecuencia, la deuda entre los deudores por partes iguales (SSTS 26 de octubre de 2000, 11 de marzo y 16 de julio de 2001, 26 de octubre de 2002, 4 de mayo de 2006, etc.)” (FD 3º).

cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.

En aras de intentar exponer una visión más clarificadora de la relación interna en la solidaridad por daños anticompetitivos desde el prisma del beneficiario de la exención, procedemos a ilustrar los distintos escenarios más relevantes que pueden acaecer, distinguiendo primeramente según si el demandante damnificado es contratante directo o indirecto del beneficiario de la dispensa, si es contratante directo o indirecto de otro cartelista, o bien si es contratante directo o indirecto de una empresa que no forma parte del cártel. Nos basaremos en un hipotético cártel compuesto por cuatro empresas.

Antes, sin embargo, conviene destacar una cuestión que resulta crucial para comprender el juego de posibilidades dentro de la relación interna entre los cartelistas teniendo el beneficiario de la exención como núcleo de todos los escenarios. Debemos tener presente que, internamente, la posición diferenciada del beneficiario de la dispensa parece que tiene lugar en dos supuestos: uno, cuando el reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto del propio beneficiario de la exención; y dos, cuando el reclamante es un comprador proveedor directo o indirecto de otro cartelista que no es el beneficiario de la exención.

Y es que, en virtud del primer inciso del 2º párrafo del art. 73.5 LDC, para el beneficiario de la dispensa se establece la regla de que su contribución *no excederá de la cuantía del perjuicio que haya*

ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Y, a continuación, el siguiente y último inciso del mismo párrafo dispone que el beneficiario de la dispensa responde según su contribución relativa al perjuicio cuando este se haya ocasionado a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores.

En consecuencia, si la víctima es contratante del beneficiario de clemencia, la excepción para con este tendrá sentido cuando alguno de los cartelistas restantes, en la relación interna, sea insolvente. Ello, al menos, en el ámbito del Derecho español, pues tal y como hemos expuesto, el párrafo 3º del art. 1145 CC dispone que, internamente, la insolvencia de alguno de los codeudores es suplida a prorrata por el resto, según la cuota de responsabilidad de cada uno. Así, según la regla especial del primer inciso del 2º párrafo del art. 73.5 LDC, en la relación interna, el beneficiario de la dispensa solo responde hasta el límite de su cuota respecto a sus contratantes directos o indirectos. Parece, pues, que dicha regla especial lo exceptúa de la regla de prorrata del Código civil. En virtud de ello, entendemos que el exceso de cuota que el beneficiario de la exención tendría que haber asumido por la insolvencia de algún codeudor tendrá que ser asumido por el resto de cartelistas según la regla de prorrata.

En el epígrafe correspondiente analizaremos, sin embargo, que en este escenario, si quien paga a los reclamantes contratantes del beneficiario de la dispensa es este mismo y el resto de cartelistas resulta ser insolvente, las acciones de repetición de aquel no

permitirán cubrir la parte de la indemnización que excede de la cuota que le corresponde.

Y, en segundo lugar, la situación excepcional del beneficiario de la exención aparecerá cuando el reclamante sea un comprador o proveedor directo o indirecto de un miembro del cártel que no coincida con aquel. Según la exposición literal del art. 73.5 LDC, en este caso, el beneficiario de la dispensa, internamente, no responde. Por un lado, dicho precepto establece el límite de su cuota en atención a su proporción de daño producido a sus contratantes directos o indirectos; así pues, este escenario no puede ser otro que la reclamación hecha por un contratante del beneficiario de clemencia, pues si el demandante es un comprador o proveedor de otro cartelista, en el pleito son objeto de discusión los daños sufridos por este, y no los sufridos por los contratantes del beneficiario de la dispensa. Y, por otro lado, el mismo art. 73.5 dispone que si el reclamante es un afectado distinto de los contratantes de los cartelistas, el beneficiario de la exención responde sin excepción alguna, esto es, según su contribución al daño causado a la víctima.

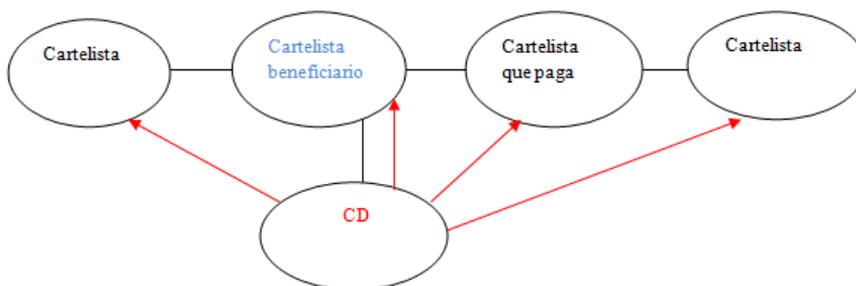
Por consiguiente, si el damnificado es contratante de un cartelista que no es el beneficiario de la inmunidad, este, en la relación interna, no responde. No obstante, en el capítulo precedente hemos analizado que, externamente, ante las víctimas, el beneficiario de la exención puede tener que pagar la indemnización en el caso de que el resto de infractores resulte ser insolvente. Según la literalidad del art. 73.5 LDC, seguidamente, en la relación interna, debería poder reclamar la cuota al resto de cartelistas en unas proporciones

que excluyan la parte de responsabilidad del propio beneficiario de la dispensa. Sin embargo, se encontraría con el problema de que quien es insolvente en la relación externa, probablemente, lo seguirá siendo cuando proceda a interponer las reclamaciones internas.

Veremos, además, que este mismo escenario consistente en que el reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto de un miembro del cártel que no es el beneficiario de la exención, plantea el siguiente interrogante: si quien paga al acreedor es un cartelista distinto del beneficiario de clemencia, ¿cómo se reparten el resto de los infractores la cuota que aquel se ahorra?

1. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención

1.1 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario



En este supuesto, el cartelista que paga tiene la acción de reembolso contra el resto de cartelistas, incluido el beneficiario de la dispensa, por la responsabilidad relativa al perjuicio que hayan causado al demandante. Teniendo en cuenta que el perjudicado es contratante

directo (y lo mismo si lo fuera indirectamente) del beneficiario de clemencia, pues, este responderá por su cuota de responsabilidad relativa al daño causado a susodicho reclamante.

Aquí, el beneficiario de la exención ostentará una posición privilegiada cuando alguno de los cartelistas, en la relación interna, resulte ser insolvente. En este caso, en aplicación del párrafo 3º del art. 1145 CC, la insolvencia de uno o varios se suple a prorrata por el resto de codeudores. Según la regla especial de la LDC que nos ocupa, sin embargo, internamente, el beneficiario de la exención no puede responder más de lo que tendría que responder según su contribución al daño ocasionado a sus contratantes directos o indirectos. Por consiguiente, también según lo dispuesto en el último inciso del art. 1145 CC, la porción que se ahorra el beneficiario de la inmunidad por lo que tendría que haber pagado de más debido a la insolvencia de algún cartelista tendrá que ser asumida por el resto de codeudores solventes, a prorrata de sus respectivas cuotas en el daño causado¹¹⁸.

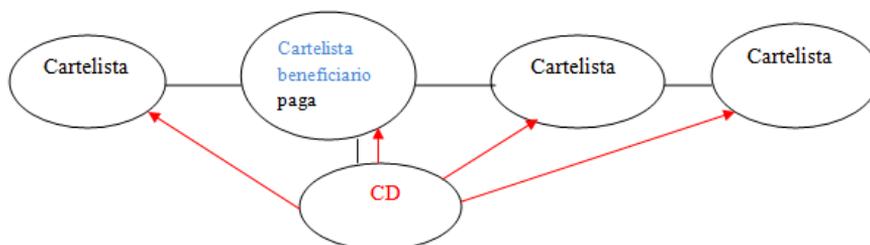
El ahorro del beneficiario de la dispensa se produciría incluso si, internamente, este resulta ser el único solvente, aparte, obviamente, del cartelista que ha pagado la indemnización a la víctima. O también si el resto de cartelistas son solventes pero limitadamente, esto es, que pueden pagar parte pero no todo el importe de sus

¹¹⁸ La aplicación supletoria del art. 1145 CC entendemos que queda justificada porque el caso que nos planteamos deriva del problema de la insolvencia de algunos de los codeudores y, para tal supuesto, la LDC no prevé regla específica alguna. Es decir, la participación del beneficiario de clemencia en el exceso generado por la insolvencia de algún infractor queda excluida por la LDC, pero el resto de cartelistas sigue teniendo el problema de la insolvencia de alguno de ellos y, en ausencia de norma especial, consideramos aplicable la regla de prorrata supletoria del Código civil.

propias cuotas o la proporción extra que deberían asumir en virtud de la regla de prorrata por la insolvencia de otros. En estos casos, el beneficiario de clemencia seguiría respondiendo por su contribución en el daño ocasionado y el resto lo tendría que asumir el infractor que ha resarcido al reclamante.

En definitiva, una vez el cartelista que ha resarcido a la víctima repite internamente contra el resto, si uno de estos resulta ser insolvente, la parte alícuota de cada infractor acrece a prorrata excepto para el beneficiario de la exención, el cual, si el cartelista que ha pagado se dirige a él reclamándole la porción extra en virtud de la insolvencia de alguno, podrá oponerle la excepción legal del art. 73.5 LDC.

1.2 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario



Tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior, en la relación externa frente al acreedor común, cuando el reclamante es contratante directo o indirecto del beneficiario de la dispensa, este no ostenta ninguna posición privilegiada respecto del resto de miembros del cártel. De este modo, se puede dar la situación en que

el beneficiario de la exención tenga que pagar la indemnización al perjudicado.

Cuando esto ocurre, el beneficiario de la inmunidad, que ha abonado los daños y perjuicios al demandante, deberá ejercitar la acción de repetición contra el resto de infractores por la responsabilidad relativa de estos en el daño generado al perjudicado.

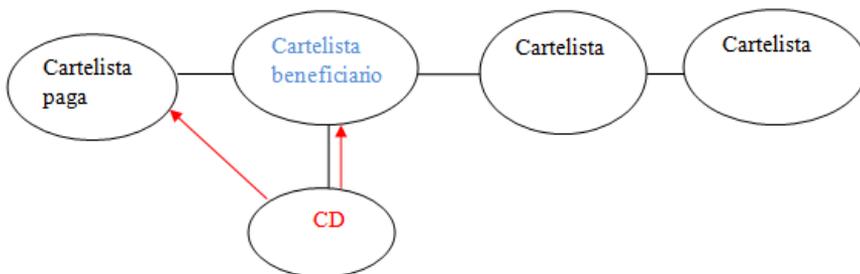
Si alguno de los cartelistas resulta ser insolvente, la cuota de este tendrá que ser suplida por el resto, sin contar el propio beneficiario de clemencia. Incluso si únicamente restara un infractor solvente, este es el sujeto a quien el beneficiario de la inmunidad tendría que reclamar todo el importe satisfecho a la víctima, en descuento de su propia cuota de responsabilidad. En este supuesto, pues, la excepción de la que goza el beneficiario de la exención tendrá que ser opuesta por él mismo, pues es quien, por el hecho de haber satisfecho la indemnización, tiene que ejercitar el derecho de repetición contra el resto de infractores.

Sin embargo, se podría dar el caso de que todo el resto de cartelistas fuera insolvente, menos el beneficiario de la dispensa. O bien que los infractores tengan una solvencia limitada, de modo que restaría por pagar una cantidad que excede de la cuota de responsabilidad del beneficiario de la exención frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos, pero que el resto de cartelistas no pueden llegar a asumir del todo. El beneficiario de la inmunidad se encontraría, pues, con que ha pagado íntegramente la indemnización y que no puede obtener la cuota de nadie, o bien que lo que puede

obtener del resto de miembros del cártel no cubre el importe total de la indemnización, aun descontando la responsabilidad relativa del propio beneficiario de la exención.

Esta problemática podría representar, al menos desde el prisma de la relación interna, el fracaso del juego de privilegios brindados al beneficiario de clemencia, pues no se cumple con la finalidad de la norma consistente en que el beneficiario de la dispensa no responda por más de su contribución al daño ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. No obstante, también sería admisible el análisis que defendiera que la cobertura de las insolvencias ajenas es un riesgo propio de los regímenes de responsabilidad solidaria y que, en este sentido, el art. 73.4 a) deja muy claro que el beneficiario de la exención responde solidariamente *ante sus compradores o proveedores directos o indirectos*.

1.3 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario

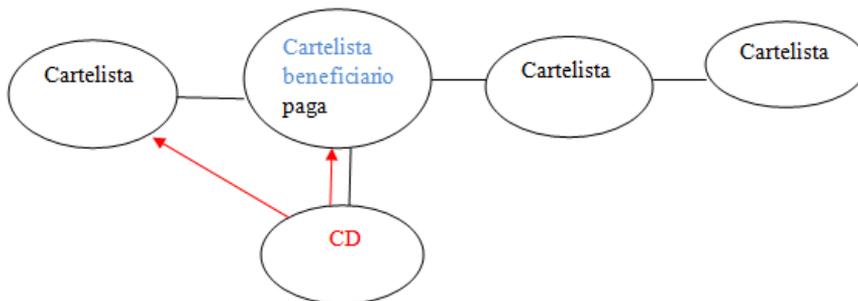


En el capítulo precedente ya ha sido objeto de análisis que este escenario no resulta ser la opción óptima, desde el punto de vista de los intereses del contratante perjudicado por el cártel. Partiendo del

carácter vinculante de las resoluciones sancionadoras de la CNMC o de la Comisión que constatan la naturaleza del cártel, sus miembros, y su ámbito temporal y territorial, así como partiendo del riesgo de sentencias contradictorias en cuanto a la existencia del daño, a su cuantificación o al nexo de causalidad entre aquel y la víctima cuando el reclamante ejercita el *ius variandi*, a este le compensa demandar desde el primer momento a todos los cartelistas.

De todos modos, planteándonos el caso, aquí, al beneficiario de la exención se le puede reclamar por su cuota de responsabilidad relativa al perjuicio causado al reclamante, que en este escenario es un contratante directo o indirecto suyo. Y, nuevamente, en caso de que algún cartelista resulte ser insolvente, al beneficiario de la dispensa no se le podrá reclamar la parte proporcional en exceso en virtud del acaecimiento de dicha insolvencia, que tendrá que ser asumida por el resto a prorrata. Ni siquiera si todo el resto de infractores resultan ser insolventes, total o limitadamente. En caso de que el cartelista que ejercite las repeticiones reclame al beneficiario de clemencia más de lo que ha contribuido en el daño que el cártel ha ocasionado a su contratante directo o indirecto, aquel podrá oponerle la excepción que le brinda el propio art. 73.5 LDC.

1.4 Un contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario

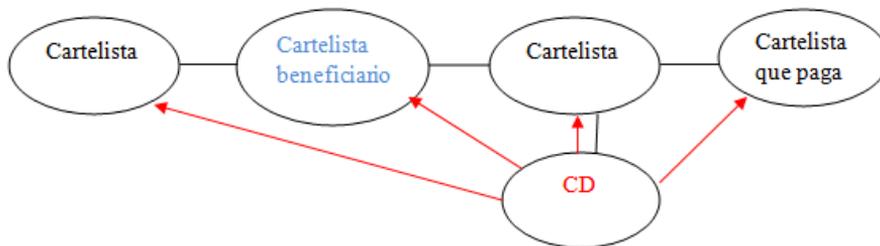


Nos encontramos en la misma situación del escenario anterior, con la diferencia que aquí, quien paga al acreedor es el beneficiario de la inmunidad, el cual podrá interponer la acción de reembolso contra los infractores que no han pagado, por las respectivas cuotas de participación en el perjuicio.

Si, internamente, alguno de los cartelistas resulta ser insolvente, la cuota en cuestión tendrá que ser asumida por el resto; el beneficiario de la exención solo tiene que asumir, reiteramos, hasta el límite de su contribución al daño ocasionado a sus propios contratantes, que en el caso presente que nos planteamos, son los demandantes. El problema, de nuevo, surge en los casos en los que todo el resto de cartelistas resulten ser insolventes, o si lo son de modo limitado, de modo que del total, el beneficiario de la inmunidad no puede recabar la cantidad suficiente en aras de que solo asuma su cuota de responsabilidad respecto a sus contratantes.

2. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención

2.1 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario



En este escenario, el cartelista que paga puede repetir contra el resto de infractores por la responsabilidad relativa de cada uno en el perjuicio ocasionado. El beneficiario de la dispensa, en cambio, no responde. Así se desprende de la literalidad del art. 73.5 LDC y 11.5 de la Directiva de daños. La regla general que se establece para el beneficiario de la inmunidad es que solo responde hasta el límite de su contribución al daño ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Seguidamente, los preceptos ya hacen referencia al supuesto de que el reclamante sea un perjudicado que no ha contratado con los cartelistas; en este caso, el beneficiario de clemencia responde al igual que el resto, según su responsabilidad relativa.

Si la norma no prevé nada específico sobre el escenario en que el reclamante es contratante de un infractor que no es el beneficiario de la exención, debemos acudir a la norma general establecida para este: solo responde hasta el límite de la cuota sobre el daño

ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Teniendo en cuenta que los compradores o proveedores directos o indirectos no son los reclamantes del presente supuesto que nos planteamos, el beneficiario de la inmunidad, internamente, no responde.

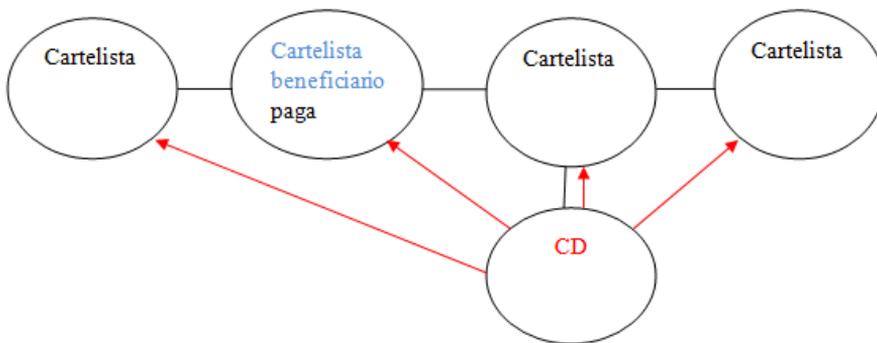
Una interpretación en otro sentido supondría asumir que en la relación interna, en aras de conocer el límite de responsabilidad del beneficiario de la exención respecto a sus contratantes, se tienen que acreditar daños que no se han discutido en la relación externa, pues las víctimas que los han sufrido no los han reclamado en el pleito en cuestión. El argumento parece totalmente inviable, ya que las obligaciones en la relación interna estarían desvinculadas de la obligación solidaria principal que se ha extinguido, en la relación externa, con el pago de la indemnización por parte de un cartelista.

Por consiguiente, si el reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto de un infractor que no es el beneficiario de la dispensa, el cartelista que paga no podrá reclamar a aquel infractor ninguna cuota de responsabilidad. En caso de que así lo intentase, el beneficiario de clemencia opondría la excepción legal del art. 73.5 LDC, en el sentido de que internamente, no responde de su contribución relativa al daño que el cártel ha ocasionado a la víctima, cuando esta es un comprador o proveedor directo o indirecto de otro infractor.

En este punto nos tenemos que preguntar, sin embargo, la forma en que el resto de los cartelistas se reparte la cuota del beneficiario de la exención. Ni la Directiva de daños ni la vigente LDC nos ofrecen

una solución explícita a esta problemática concreta. Tratándose, no obstante, del juego de reclamaciones en la relación interna, entendemos que los jueces y tribunales atenderán al mismo criterio del art. 73.5 LDC, de modo que la distribución de responsabilidades sería a prorrata de las distintas contribuciones en la infracción conjunta. Y si algún cartelista resulta ser insolvente, la suplencia tendrá que solucionarse también a prorrata, pero al amparo del art. 1145 CC, pues en este caso, la regla solucionaría el problema específico de la cobertura de déficits a razón de la insolvencia.

2.2 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario

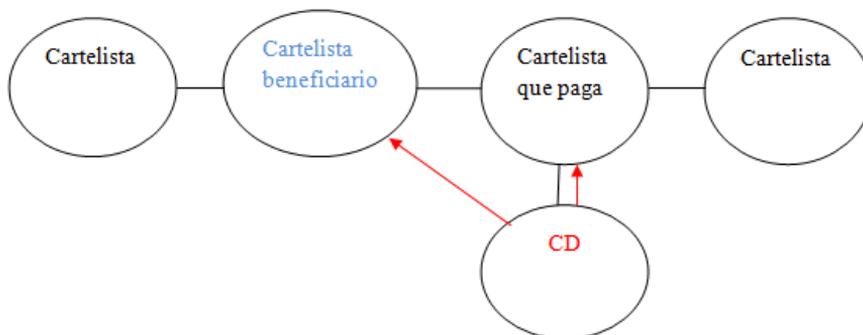


En atención a la estructura de la relación externa que ya ha sido objeto de análisis, que el beneficiario de la inmunidad sea quien pague todo o parte de la indemnización a la víctima que no es contratante directo o indirecto suyo solo puede tener lugar en el caso de que el resto de cartelistas resulten ser insolventes. Recordemos que el art. 73.4 b) LDC dispone que el beneficiario de clemencia solo responde ante otras partes perjudicadas que no sean sus compradores o proveedores directos o indirectos *cuando no se*

pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia. Tengamos también presente de nuevo que, para que se dé la situación de que el beneficiario de la dispensa tenga que resarcir al demandante que no es contratante directo o indirecto suyo, se tiene que haber demandado a todos los cartelistas, pues únicamente es posible comprobar que no se ha podido obtener el pleno resarcimiento de los demás cartelistas si se ha intentado ejecutar a todos estos. Y, a su vez, el art. 542 LEC limita la eficacia de los títulos judiciales a aquellos deudores que han sido parte del proceso.

Pues bien, si asumimos que si el beneficiario de la exención paga en la relación externa es debido a que el resto de infractores son insolventes total o limitadamente, estos, en la relación interna, presumiblemente seguirán padeciendo la misma insolvencia. De este modo, el beneficiario de la dispensa acabaría asumiendo toda la indemnización, o bien la porción de las distintas cuotas que falte por pagar por parte de cada cartelista, en caso de insolvencia limitada. El supuesto nos encaja por dos motivos: porque la LDC no dedica una regla específica a la situación interna del beneficiario de la inmunidad cuando la reclamación es interpuesta por un contratante de un cartelista ajeno a aquel; y porque el art. 73.4 b) ya prevé que el beneficiario de la exención responde, subsidiariamente, en caso de que todo el resto de infractores resulte ser insolvente.

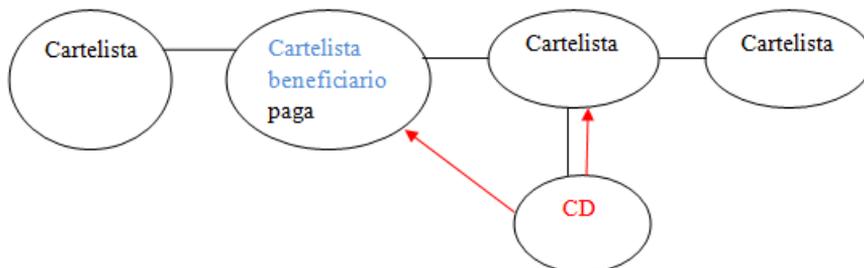
2.3 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga un cartelista ajeno al beneficiario



El cartelista que ha pagado no puede repetir contra el beneficiario de la dispensa, pues este, internamente, cuando el reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto de otro infractor, no responde. Esta es la excepción que deberá oponer el beneficiario de clemencia, en caso de recibir una reclamación del cartelista que ha satisfecho la indemnización.

De nuevo, este escenario plantea, ante el silencio de la LDC, la duda acerca del criterio de reparto de la parte alícuota que el beneficiario de la exención, por imperativo legal, no debe asumir. Nos remitimos al razonamiento aducido anteriormente, según el cual entenderíamos aplicable, al tratarse de una situación de la relación interna, la regla de prorrata a razón de las distintas cuotas de responsabilidad relativa en el cártel. Y, si alguno de los cartelistas restantes es insolvente, deberá aplicarse, de nuevo, la regla de la suplencia a prorrata basada, en este caso, en el art. 1145 CC.

2.4 Un contratante directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención no demanda a todos los miembros del cártel y paga el beneficiario



No tiene sentido plantearnos este escenario, pues no será posible tenerlo en cuenta como la reclamación que interpone la víctima en un primer momento o ulteriormente, si antes no se ha intentado ejecutar el patrimonio de todo el resto de cartelistas. Tal y como ya hemos visto, que el beneficiario de la exención pague la indemnización al acreedor común en la relación externa supone, en virtud de la regla de subsidiariedad del art. 73.4 b) LDC, que todo el resto de infractores han sido demandados y condenados, y que la ejecución frente todos ellos ha resultado infructuosa. Consiguientemente, que el reclamante sea un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la dispensa es incompatible con que este tenga que pagar la indemnización cuando todo el resto de infractores no han sido demandados y condenados.

Ahora bien, el supuesto puede tener lugar si lo situamos como la última reclamación que interpone el damnificado. Es decir, puede ser que la víctima, en ejercicio del *ius variandi*, haya ido interponiendo sucesivas reclamaciones a medida que se ha ido encontrando con las ejecuciones infructuosas respecto del resto de

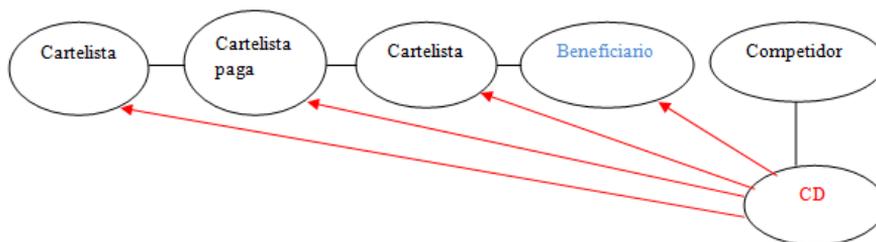
infractores; planteamiento que, como hartamente ya hemos razonado en este trabajo, es la estrategia menos óptima que puede adoptar el reclamante. No obstante, si el damnificado optara por esta vía, el beneficiario de la exención podría ser reclamado individual o conjuntamente con otros cartelistas, pero no todos, si todo el resto ha sido reclamado anteriormente y las respectivas fases de ejecución no han tenido resultados satisfactorios.

En este caso, si el beneficiario de la dispensa acaba pagando la indemnización a un infractor que no es contratante directo o indirecto suyo, en principio tendría el derecho a repetir contra el resto excluyendo su propia cuota que, tal y como ya hemos defendido, tendría que ser asumida por el resto a prorrata de su responsabilidad relativa. De todos modos, este segundo escenario es poco probable, pues si los cartelistas ya eran insolventes en la relación externa, también lo serán en la interna.

3. Demandante que es comprador o proveedor directo o indirecto de una empresa ajena al cártel

Los escenarios que se plantean a continuación se refieren a las reclamaciones de daños ejercitadas por una víctima que, a pesar de que no ha sido contratante de un miembro del cártel, ha sufrido un perjuicio debido a la existencia de este, por haber contratado con alguno de los competidores de los infractores. Se trata de los daños derivados de un cártel en virtud del efecto paraguas del mismo, que ya ha sido objeto de exposición en el capítulo anterior.

3.1 Un contratante de un competidor del cártel demanda a todos los cartelistas y paga un cartelista que no es el beneficiario de la exención



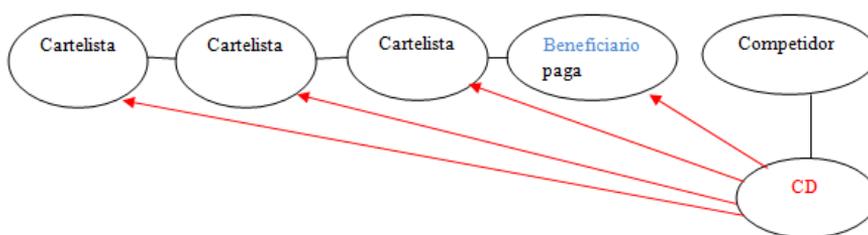
El infractor que asume el resarcimiento a la víctima podrá ejercitar la acción de reembolso contra el resto de cartelistas por la contribución relativa que haya tenido cada uno en la generación del perjuicio. En este caso, el beneficiario de la exención no ostenta, internamente, ninguna posición privilegiada respecto al resto de infractores. En atención al último inciso del art. 73.5 LDC, cuando la víctima es una empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, en la relación interna, el beneficiario de la inmunidad responde en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio.

En caso de insolvencia de alguno de los cartelistas en la relación interna, según el reiterado tercer párrafo del art. 1145 CC, deberá ser suplida a prorrata por el resto de codeudores solventes, incluido el beneficiario de la exención del pago de la multa.

Apréciese, por consiguiente, que en la relación externa, el beneficiario de la exención ostenta una posición privilegiada que, desde el punto de vista interno, deja de ostentar. Externamente, el beneficiario de la dispensa, al ser la víctima reclamante “otra parte perjudicada”, según el art. 73.4 b), ya hemos razonado que responde

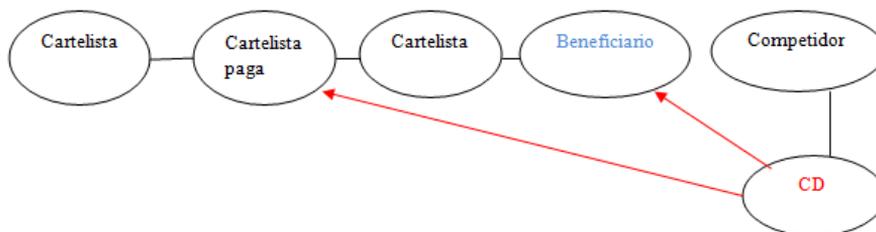
subsidiariamente. Pero, una vez la indemnización es satisfecha por otro cartelista, este puede repetir contra el beneficiario de la dispensa de la misma forma que lo haría contra cualquier otro infractor. En definitiva, el sistema sostiene un privilegio en la relación externa de la solidaridad que no se mantiene en la interna.

3.2 Un contratante de un competidor del cártel demanda a todos los cartelistas y paga el beneficiario de la exención



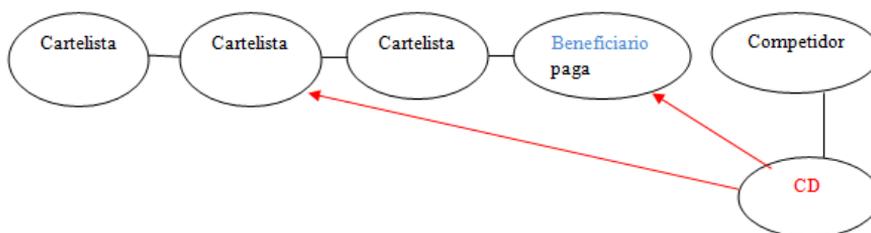
Nuevamente, en virtud de la regla de subsidiariedad del art. 73.4 b) LDC brindada al beneficiario de la inmunidad en la relación externa, este supuesto solo podrá darse si todo el resto de cartelistas resulta ser insolvente, incluso a pesar de que se haya intentado la ejecución forzosa de sus patrimonios. Del mismo modo que antes, el escenario también supondrá la insolvencia total o limitada del resto de cartelistas en la relación interna. El beneficiario de la exención no tendrá más remedio que asumir la parte que excede de su propia contribución relativa y que el resto de infractores no ha podido pagar.

3.3 Un contratante de un competidor del cártel no demanda a todos los cartelistas y paga un cartelista que no es el beneficiario de la exención



En este caso, el beneficiario de la inmunidad tampoco gozará de ninguna posición privilegiada y responderá por su propia porción de responsabilidad en el daño generado en el contratante de un competidor de los cartelistas. A su vez, las posibles insolvencias tendrán que ser asumidas a prorrata. Reiteramos que, en este escenario, el beneficiario de la dispensa deja de ostentar la posición privilegiada como responsable subsidiario que ostentaba en la relación externa. El último inciso del párrafo 2º del art. 73.5 LDC no culmina la regulación otorgando la subsidiariedad que ofrece el art. 73.4 b) en la relación externa.

3.4 Un contratante de un competidor del cártel no demanda a todos los cartelistas y paga el beneficiario de la exención



Del mismo modo que hemos razonado anteriormente en el supuesto en que un comprador o proveedor directo o indirecto de un

cartelista que no es el beneficiario de la inmunidad no demanda a todos los cartelistas y paga aquel, el presente escenario solo podrá tener lugar si la reclamación contra el beneficiario de la inmunidad (dirigida solamente contra este o conjuntamente con otros miembros del cártel pero no todos) viene precedida de otras reclamaciones al resto de cartelistas cuyas ejecuciones respectivas no han permitido resarcir a la víctima por completo.

De todas formas, si se diera el caso, el cartelista, probablemente, no podría repetir contra el resto por las respectivas cuotas de responsabilidad relativa, pues presumiblemente continuarán siendo insolventes en la relación interna.

II. El criterio de distribución de cuotas de responsabilidad en la relación interna: la responsabilidad relativa por el perjuicio causado

1. El art. 73.5 LDC prevé un criterio de distribución de la responsabilidad interna entre los cartelistas

Según el art. 1145 CC, en la solidaridad pasiva, una vez que la deuda ha sido satisfecha al acreedor común, el codeudor que ha pagado tiene derecho a exigir al resto de deudores solidarios *la parte que a cada uno corresponda*. En esto consiste la relación interna de la solidaridad: la obligación solidaria que vincula a todos los codeudores frente al acreedor se extingue y el codeudor que ha asumido la deuda puede repetir contra el resto por la cuota que toca

afrontar a cada uno, con la finalidad de evitar que aquel asuma más de lo que realmente le corresponde.

En aras de determinar “la parte que a cada uno corresponde”, hay que atender a los pactos que existan entre las partes, a la ley que disponga un régimen de responsabilidad solidaria o bien a la sentencia judicial, sobre todo en los supuestos de solidaridad impropia por daños. En ausencia de estos elementos, conviene aplicar el art. 1138 CC, el cual dispone que la deuda se divide en tantas partes iguales como deudores haya¹¹⁹.

En la materia que nos ocupa, sin embargo, la propia norma que establece el régimen de responsabilidad solidaria por ilícitos *antitrust* prevé el criterio de distribución de responsabilidad en la relación interna. El criterio es el de la distribución en función de las respectivas contribuciones de los infractores al daño ocasionado. El precepto que lo recoge es el párrafo 1º del art. 73.5 LDC:

El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.

El 2º párrafo contempla las especificidades del beneficiario de clemencia.

¹¹⁹ En atención a la clasificación de las obligaciones con pluralidad de sujetos que emplea DÍEZ-PICAZO, las del art. 1138 CC se denominarían “parciarias”; para la pluralidad de sujetos en el caso de obligaciones indivisibles (las del art. 1139 CC) emplea el término “mancomunadas” o “conjuntas”; y para las del art. 1137 CC, obligaciones solidarias. Luís DÍEZ-PICAZO (1996), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edición, Civitas, Madrid, pp. 169 y 170.

En lo que atañe al funcionamiento de la relación interna de la solidaridad, no obstante, la norma especial que prevé el régimen de solidaridad para las reclamaciones de daños derivados de un cártel solo prevé el mencionado criterio de reparto de las responsabilidades internas. En cuanto al resto de cuestiones, tendrán que aplicarse las normas supletorias sobre la solidaridad que prevé el Derecho civil español. Es el caso, tal y como se ha analizado anteriormente, de la situación de posibles insolvencias de los codeudores, en cuyo caso resultaría aplicable el art. 1145 CC.

En cuanto al criterio de distribución de responsabilidades internas según las respectivas contribuciones al daño, sin embargo, a lo largo de la vigente LDC no encontramos una referencia explícita que determine los parámetros del cálculo de susodichas responsabilidades relativas. Podemos destacar, únicamente, la excepción de responsabilidad que el apartado 2º del art. 73 LDC prevé para las pymes. La disposición excepcional consiste en que estas solo están sujetas a la cláusula general de responsabilidad solidaria del primer apartado frente a sus propios compradores directos e indirectos si concurren, cumulativamente, dos requisitos: que durante la infracción, su cuota en el mercado correspondiente sea inferior al 5 % y que su declaración como responsables solidarios merme irremediamente su viabilidad económica y que cause la pérdida de valor de todos sus activos¹²⁰.

¹²⁰ Parece que la regla es incompleta, pues al hablar únicamente de la excepción frente a los compradores directos o indirectos de las pymes, solo se refiere a la vertiente externa de la solidaridad y olvida las relaciones internas, una vez un corresponsable ha resarcido a la víctima. Si el perjudicado reclamante no es contratante de la pyme que cumple con los dos requisitos mencionados, aquella

Pues bien, el apartado 3º del mismo art. 73 LDC prevé que dicha excepción no tendrá lugar en dos posibles supuestos: si la pyme en cuestión es la que hubiere dirigido la infracción conjunta o coaccionado a otras empresas a participar, o bien si la empresa ya hubiere sido anteriormente declarada culpable. A pesar de que, reiteramos, la regla de responsabilidad interna del apartado quinto no da más pistas de los criterios para calcular las responsabilidades relativas, quizá, en la práctica judicial, puede pensarse en el uso del criterio mencionado en la excepción de la excepción para las pymes: la dirección o la coacción en la causación del cártel.

Por su parte, el articulado de la Directiva de daños tampoco da más pistas acerca de los elementos a tener en cuenta para determinar, en la práctica, las distintas cuotas de responsabilidad relativa. Sí que lo hacen, sin embargo, los considerandos del propio texto europeo. Así, el Considerando 37 dispone:

“Cuando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia (como en el caso de un cártel) es adecuado disponer que esos coinfractores sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción. Si uno de los infractores ha

no está sujeta a la responsabilidad solidaria; sin embargo, si internamente el infractor que ha pagado la indemnización puede repetir contra la pyme por la respectiva cuota de responsabilidad, la excepción para con aquella desaparece y la regla carece de sentido. El apartado 5º del art. 73 LDC, que rige la relación interna de la solidaridad, solo establece excepciones para el beneficiario de clemencia. Por lo tanto, hay que entender que a las pymes les resulta de aplicación la cláusula general de susodicho apartado: *5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.*

abonado una compensación superior a la cuota que le correspondía, le debe asistir el derecho de exigir una contribución a los demás coinfractores. El cálculo de dicha cuota, que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, y el establecimiento de los criterios pertinentes, como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, han de hacerse con arreglo al Derecho nacional aplicable, respetando siempre los principios de efectividad y equivalencia”.

Y la última parte del Considerando 38 confirma que la responsabilidad relativa del beneficiario de la exención tiene que calcularse con los mismos criterios con que se determina las contribuciones entre los infractores:

“[...] Por consiguiente, conviene que el beneficiario de la dispensa quede exento, en principio, de ser conjunta y solidariamente responsable de la totalidad del perjuicio y que cualquier contribución que deba asumir frente a los coinfractores no exceda del importe del perjuicio causado a sus propios compradores directos o indirectos, o, en caso de que se trate de un cártel de compras, sus proveedores directos o indirectos. En la medida en que un cártel haya causado perjuicios a terceros distintos de los clientes o proveedores de los infractores, la contribución del beneficiario de la dispensa no debe exceder de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por el cártel. Esa cuota debe calcularse de conformidad con las mismas normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. El beneficiario de la

dispensa solo debe seguir siendo plenamente responsable frente a las partes perjudicadas distintas de sus compradores o proveedores directos o indirectos en caso de que estos no puedan obtener pleno resarcimiento de los restantes infractores”.

Es decir, en lo que atañe a los parámetros para calcular la responsabilidad relativa interna de cada cartelista (incluido, según el Considerando 38, el beneficiario de la dispensa), el Considerando 37 se remite a los criterios utilizados en los Derechos nacionales, haciendo mención a parámetros tales como “el volumen de negocios”, “la cuota de mercado” o “la función del infractor en el cártel”.

Hablar de contribuciones al daño ocasionado nos conduce a tratar, inevitablemente y sin ánimo de exponer un análisis exhaustivo de la materia, el nexo causal. Y, por su parte, el Considerando 37 de la Directiva 2014/104/UE, junto con la ausencia de una mayor concreción por parte de la transposición a nuestro ordenamiento, nos lleva a atender al sistema de aplicación de los criterios sancionadores por parte de la CNMC y de la Comisión. De ambas cuestiones nos ocupamos, por separado, en los siguientes apartados.

2. La relación de causalidad y el cártel como una infracción conjunta

2.1 Las cuotas de responsabilidad de cada infractor se determinan en la relación interna de la solidaridad

No debe confundirse la relación de causalidad con las específicas contribuciones de cada cartelista en el daño económico ocasionado por el cártel. La distinción obedece al hecho de que el cártel es una infracción basada en la actuación ilícita conjunta de sus miembros. Nos explicamos.

La prueba del nexo causal opera en la relación externa de la responsabilidad solidaria. Aquí, la víctima tiene que cuantificar el daño económico que ha sufrido y acreditar que dicho daño es consecuencia del cártel. Es decir, la relación de causalidad que se debe acreditar es entre el cártel y el resultado dañoso que aquel ha ocasionado al demandante. El damnificado no tiene que demostrar el nexo causal relativo a cada infractor demandado y, de esta forma, los cartelistas no se pueden oponer a la reclamación en atención a la mayor o menor participación en el cártel o en el perjuicio específico que han generado en virtud del acuerdo anticompetitivo¹²¹.

El régimen de solidaridad de la LDC gira en torno al cártel y al concepto de infractor, y estos dos elementos, junto con el

¹²¹ Según Josep SOLÉ FELIU (2008), “Pluralidad de causantes del daño y solidaridad”, *Revista de derecho privado*, nº 1, enero de 2008, pp. 35-36, los casos de actuación dañosa conjunta justifican el establecimiento del nexo causal respecto de todos los participantes, sin necesidad de concretar la causalidad respecto cada conducta individual.

componente subjetivo del dolo o culpa, en las acciones *follow-on*¹²², ya son aportados bien por las resoluciones sancionadoras firmes de la CNMC o bien por decisiones de la Comisión (en caso de cárteles de ámbito de la UE). Y estas resoluciones y decisiones, en virtud del art. 75.1 LDC y art. 16.1 del Reglamento 1/2003, son irrefutables para los jueces y tribunales nacionales. Por consiguiente, un cartelista, por el mero hecho de ser infractor y haber participado en el ilícito anticompetitivo, ya es un potencial demandado, pues todos los miembros del cártel, externamente, responden solidariamente por una infracción que requiere una actuación conjunta.

Así pues, la víctima tiene que probar dos elementos: el nexo de causalidad¹²³ y el daño económico concreto que ha sufrido. El

¹²² Recordemos que la acción *stand-alone* es poco probable que coexista con el beneficiario de la exención y que la posición de este es lo que constituye el núcleo de estudio del presente trabajo. De todos modos, constatamos que en las acciones independientes sí que será objeto de discusión en el pleito los tres elementos de la responsabilidad extracontractual: la infracción anticompetitiva, el daño y el nexo causal. La reflexión es compartida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

¹²³ El análisis exhaustivo de la relación de causalidad entre el cártel y el daño sufrido por la víctima excede del ámbito de estudio del presente trabajo. No obstante, apuntamos que, sobre dicha materia, el Considerando 11 de la Directiva de daños se remite a los ordenamientos de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de efectividad y equivalencia: “De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia. Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia”.

De todos modos, ante la ausencia de una concreción de los elementos relativos al nexo causalidad en la transposición al Derecho español, probablemente, bastará la acreditación documental de que la víctima reclamante, directa o indirectamente, haya contratado bienes o servicios afectados por el cártel en cuestión. De esta forma lo razona parte de la jurisprudencia española existente, a día de hoy, en relación con el “cártel de los camiones”. Así, a título de ejemplo, en el FJ 2º de las SSJM nº 3 de Valencia, de 20.2.2019 (ROJ 34/2019), revocada por la SAP de Valencia, Sec. 9, de 5.12.2019 (ROJ 4150/2019) por estimar la falta de legitimación pasiva de la demandada; de 13.3.2019 (ROJ 187/2019); de 7.5.2019 (ROJ 222/2019); de 15.5.2019 (ROJ 510/2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019), el juzgador razona: “En efecto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal con el daño eventualmente sufrido eran facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia y por la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor”.

El fragmento, coincidente en las cinco resoluciones citadas, hace referencia a la situación de las reclamaciones por daños anticompetitivos con anterioridad a la Directiva; sin embargo, las sentencias llegan a la misma conclusión en atención a la interpretación conforme del texto europeo. En su virtud, el FJ 4º de las resoluciones citadas dispone: “En nuestro caso, la acción, la culpabilidad, el nexo causal, son elementos cuya constatación material y relevancia jurídica se consumen en el efecto vinculante de la Decisión, el juicio de imputación del que resulta la legitimación pasiva de las demandadas y, en fin, por la adquisición por el actor de camiones de la clase de los afectados por los acuerdos colusorios, todo ello sin necesidad de motivación más intensa”. En el mismo sentido se pronuncian las SSJM nº 1 de Pontevedra, de 30.8.2019 (ROJ 975/2019); de 10.9.2019 (ROJ 976/2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019), en su FJ 3º: “En concreto, la prueba de la acción ilícita y del nexo causal eran ya facilitadas por la constatación administrativa de una conducta infractora del derecho de la competencia, junto con la existencia de un vínculo contractual, directo o indirecto, entre el perjudicado y el infractor”. Aunque, también en estas sentencias, el relato se refiera a la situación anterior a la Directiva de daños y a pesar de que, en este caso, Su Sª no esté favor de la interpretación conforme a la misma, se defiende que, de todos modos, ya existía homogeneidad en la materia tanto en la jurisprudencia del TJUE (STJCE de 13.7.2006, Manfredi, C- 295/04, ECLI:EU:C:2006:461) como en el TS (la STS, 1ª, 7.11.2013 (ROJ 5819/2013), relativa al “cártel del azúcar”).

El planteamiento, sin embargo, olvida los casos en que el demandante no es un comprador o proveedor directo o indirecto de un cartelista, sino un contratante de una empresa ajena al cártel que se ha aprovechado del incremento de precios generado por este (el denominado “efecto paraguas” al que ya hemos hecho referencia anteriormente). En estos escenarios, a la víctima no le bastará con aportar documentación que acredite la relación comercial entre aquella y el cártel, pues dicha vinculación no existe. Consiguientemente, entendemos que el esfuerzo argumentativo sobre la relación de causalidad deberá ser mayor y, tal y como apunta la remisión a los Derechos nacionales del Considerando 11 de la Directiva, entrarán en juego los criterios de imputación objetiva usados en nuestro ordenamiento, tales como la causalidad adecuada o la prohibición de regreso. De

elemento del daño se dividiría en dos partes: la constatación de su producción y la cuantificación del mismo. La acreditación de su producción, sin embargo, queda cubierta por la presunción que establece el art. 76.3 LDC:

Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.

Corresponde, pues, a los cartelistas demandados probar (si se quiere, en abstracto) que el cártel en cuestión no genera daños y perjuicios¹²⁴. La víctima, en cambio, sí que tiene que hacer el

hecho, a esta conclusión llega el TJUE en las dos sentencias relativas al cártel de ascensores y escaleras mecánicas sancionado por la Comisión en 2007 (véase la nota 91): “Por consiguiente, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones” (apartados 33 y 34 de la STJUE de 5.6.2014, Kone, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317); y: “No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en el presente asunto, el Estado Federado de Alta Austria ha sufrido tal perjuicio de forma concreta, examinando, en particular, si dicha autoridad tenía o no la posibilidad de realizar inversiones más lucrativas y, en caso afirmativo, si dicha autoridad aporta las pruebas necesarias de la existencia de un nexo causal entre dicho perjuicio y el cártel controvertido” (apartado 33 de la STJUE de 12.12.2019, Otis y otros, C-435/18, EU:C:2019:1069).

¹²⁴ Así pues, en lo que atañe a la prueba del daño, compartimos de nuevo, a título ilustrativo, el razonamiento de las SSJM nº 3 de Valencia, 20.1.2019 (ROJ 34/2019), revocada por estimar falta de legitimación pasiva de la demandada, por la SAP de Valencia, Sec. 9, de 5.12.2019 (ROJ 4150/2019); de 13.3.2019 (ROJ 187/2019); de 7.5.2019 (ROJ 222/2019); de 15.5.2019 (ROJ 510/2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019), referentes al “cártel de los camiones”: “El tercero de los elementos, el daño, podía descomponerse en dos subelementos: constatación y cuantificación” (FJ 2º de las cinco sentencias).

Si bien, nuevamente, el argumento se refiere al escenario anterior a la Directiva 2014/104/UE, las resoluciones aceptan la interpretación conforme a la misma y

llegan a la misma conclusión. De hecho, consideran, bajo nuestro punto de vista, acertadamente, que en cuanto al elemento de la constatación del daño, la regla de presunción de daños del art. 76.3 LDC “positiviza” la doctrina *ex re ipsa* que ya formaba parte del acervo jurisprudencial europeo y español (por ejemplo, en la STJCE de 13.7.2006, Manfredi, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 o en la STS, 1ª, de 7.11.2013 (ROJ 5819/2013), relativa al “cártel del azúcar”): “En efecto, el art. 17 de la Directiva, que no es un instrumento sustantivo o procesal novedoso, sino la consumación de la evolución del plano sustantivo y procesal anterior mediante su expresión más precisa, señala que cada uno de los intervinientes en el proceso, entre los que se incluye al juez, tienen una función distinta en relación con la articulación de esa presunción *ex re ipsa* y la actividad probatoria a desarrollar en el caso. Así, el precepto positiviza el núcleo de la presunción, cuando señala que en un proceso *follow on* seguido tras las infracciones de cárteles se presume, a favor del actor que ha entrado en relación con el cártel, la existencia de daños susceptibles de compensación. Entonces es el demandado quien está llamado a acreditar que esos daños no se han producido. A su vez, porque en el proceso ya se presume la existencia de esos daños, el actor no debe esforzarse en probar su efectiva producción: le basta con cuantificarlos de manera razonable” (FJ 4º de las cinco sentencias citadas).

También en relación con la constatación de la producción del daño, comparten la misma posición las SSJM nº 1 de Pontevedra, de 30.8.2019 (ROJ 975/2019); de 10.9.2019 (ROJ 976/2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019) las cuales, a pesar de referirse a la situación normativa y jurisprudencial anterior, también en este caso consideran que los principios de dicha situación coinciden con los de la Directiva de daños y, consiguientemente, con los de la vigente LDC: “En cuanto al daño sufrido por el perjudicado, su constatación venía facilitada por la aplicación de la regla *in re ipsa*, conforme a lo que se presume la existencia del daño cuando se imputa al demandado un ilícito del que, como regla general, se derivan daños de la clase de los descritos en la demanda; mientras, para su cuantificación, dadas las innegables dificultades, se estimaba suficiente el esfuerzo de recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación (STS nº 651/2013)” (FJ 3º de las tres resoluciones citadas).

En este mismo sentido, además, resulta clarificador el Considerando 47 de la propia Directiva de daños: “Para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios. Dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción. Conviene limitar esta presunción *iuris tantum* a los cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio”.

Por último, desde el punto de vista doctrinal, también asume esta estructura Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), *op. cit.* pp. 35-36: “e) En cualquier caso, sea

esfuerzo de cuantificar los daños que ha sufrido en virtud del cártel^{125 126}.

Así pues, la parte actora tiene que centrarse en la cuantificación del daño y en aportar la documentación que revele que, directa o indirectamente, ha contratado bienes o servicios afectados por el cártel¹²⁷. En esta última prueba consistirá, esencialmente, la relación

cual sea el alcance del efecto vinculante de la previa decisión de la autoridad de la competencia, al demandante en una acción por daños le corresponde acreditar el daño sufrido y su cuantificación (art. 76.1 LDC), y la relación de causalidad, esto es, que el perjuicio sufrido fue causado por la conducta infractora. La prueba del daño se facilita en el caso de infracción por cártel, pues el art. 76.3 LDC, transponiendo casi de forma casi literal el art. 17 de la directiva, prevé que “se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario”. De tal forma que corresponderá al infractor acreditar que en ese caso no se produjo el daño. En estos casos, y en otros en que por aplicación de la jurisprudencia sobre los daños ex re ipsa loquitur, fuera evidente que la infracción ha ocasionado perjuicios, corresponde al demandante acreditar que se encuentra dentro del círculo de los afectados y en qué medida lo ha sido”.

¹²⁵ Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios.

1. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante./2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños./[...]/4. En los procedimientos relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, las autoridades de la competencia españolas podrán informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores deban satisfacer a quienes hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el tribunal competente.

¹²⁶ Tal y como razona Pieter VAN CLEYNENBREUGEL (2019), “The Presumption of Harm”, en Magnus STRAND, Vladimir Bastidas VENEGAS y Marius C. IACOVIDES (editores), *EU Competition Litigation. Transposition and First Experiences of the New Regime*, Swedish Studies in European Law, Vol. 12, Hart Publishing, p. 206: “Second, the presumption only relates to the existence of harm emanating from a cartel. It does not allow claimants to escape from having to quantify the harm suffered”.

¹²⁷ Tal y como hemos ido reiterando hasta ahora, destacamos que el planteamiento cambiaría en el supuesto de acciones *stand-alone*. En estas,

de causalidad entre el cártel y el daño específico que ha sufrido la víctima. Que el cártel tiene capacidad para generar daños y perjuicios a quienes, directa o indirectamente, han adquirido productos servicios afectados, se presume.

En cambio, las participaciones de cada cartelista en la infracción conjunta tendrán que ser discutidas en la relación interna de la solidaridad, una vez la víctima ha obtenido la indemnización completa. Es en la esfera interna, pues, donde entrarán en juego los criterios para determinar el nexo causal relativo a cada infractor. En lo que atañe a dichos criterios, ya hemos apuntado que el Considerando 37 de la Directiva 2014/104/UE se remite a su determinación según lo previsto por los Derechos nacionales.

Esta estructura solo puede entenderse, en efecto, por el hecho de que el cártel es un supuesto de infracción conjunta de sus miembros. La actuación conjunta de los cartelistas explica que, ante la víctima, todos y cada uno de los infractores responden por todo el perjuicio. En este sentido, pues, se pretende justificar la imposición de un régimen de responsabilidad solidaria. La víctima no tiene que acreditar que una relación comercial directa o indirecta con un cartelista en concreto le ha generado un daño; le basta probar que es el cártel quien se lo ha generado. Y, una vez indemnizado el daño por completo, las cuotas de responsabilidad relativa de cada

insistimos en que el reclamante tiene que demostrar la existencia del cártel (incluyendo el elemento material, personal, temporal y territorial), la relación de causalidad y debe cuantificar el daño.

cartelista tendrán que ser discutidas entre ellos, en la relación interna¹²⁸.

¹²⁸ De este modo, coincidimos con el razonamiento de la SJM nº 3 de Madrid, 7.5.2018 (ROJ 162/2018), revocada parcialmente por la SAP de Madrid, Sec. 28, 7.2.2020 (Roj 2/2020), por motivos ajenos a la materia ahora objeto de análisis, relativa al “cártel de los sobres de papel”: “El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo” [...] “Por tanto, es indiferente en el presente caso que algunas de las demandadas no hubieran tenido relaciones comerciales con la actora, pues estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, en que todas las partícipes del cártel responden en tal forma del daño causado como consecuencia de la existencia del mismo, sin perjuicio de las posteriores reclamaciones que pueden dirigirse entre ellas mismas con posterioridad. Es en el ámbito de éstas acciones posteriores de repetición en donde tiene cabida la consideración de la distinta participación, cuantitativa o cualitativa, de las partícipes en el cartel, elemento oponible entre ellas pero no frente a terceros perjudicados por el cártel” (FJ 4º). En efecto, en este supuesto la sentencia aplica la doctrina de la solidaridad impropia, debido a la situación temporal de los hechos del caso y al rechazo a una interpretación conforme a la Directiva. De todos modos, no resulta decisivo si la solidaridad nace de la sentencia o de la ley: el elemento importante es que, en este tipo de reclamaciones, quien ocasiona daños y perjuicios a las víctimas son los cárteles como supuesto de actuación conjunta de sus miembros.

También en lo que atañe al “cártel de los sobres de papel”, en el mismo sentido razonan las SSJM nº 7 de Barcelona, de 6.6.2018 (ROJ 2166/2018) y de 21.12.2018 (ROJ 4995/2018): “Pues bien, de acuerdo con esta normativa y partiendo de la configuración que se hace del derecho al pleno resarcimiento en el art. 3 de la Directiva, regido por el principio de efectividad (art. 4), se considera que el art. 1.902 del C.C. debe interpretarse conforme con la Directiva de daños atribuyendo una responsabilidad conjunta y solidaria a todos los integrantes del cártel (declarado en la Resolución de la CNC de 23 de marzo de 2011) en la medida en la que todos ellos han infringido el derecho de la competencia por una conducta conjunta. Esta responsabilidad conjunta y solidaria de todos los integrantes del cartel (infractores conjuntos en los términos del vigente art. 73 LDC se debe declarar frente al perjudicado por el hecho dañoso y solamente debe ceder en los casos exceptuados en la propia Directiva, como es el caso del programa de clemencia antes analizado. Y esta responsabilidad conjunta y solidaria de todos los infractores conjuntos se declara sin perjuicio de que, en otro pleito, todo infractor pueda repetir frente a los demás alegando responsabilidad relativa en el perjuicio y probando su cuota de contribución” (párrafo 7.4 del FJ 3º de ambas sentencias). En la misma dirección se pronuncian las SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 10.1.2020 (ROJ 201/2020), y de 13.1.2020 (ROJ 698/2020), que revocan parcialmente el fallo de las dos citadas sentencias de primera instancia: “En nuestro caso, la cuota de mercado de Envel o su integración en el núcleo duro del cártel, que distingue su situación respecto de los

demás sujetos corresponsables, puede ser invocado en las acciones de repetición que puedan interponerse entre ellos. Estos elementos, sin embargo, que no son del todo concluyentes, no puede empañar la idea de la solidaridad entre los corresponsables cuando quien ejercita la acción es el tercero perjudicado por los actos de infracción” (párrafo 29 del FJ 5º de ambas sentencias).

Sobre esta misma cuestión, en la jurisprudencia española referente al “cártel de camiones” también encontramos relatos que van en la misma dirección. Destacamos las SSAP de Valencia, Sec. 9, de 16.12.2019 (ROJ 4151/2019) y (ROJ 4152/2019): “La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. Por ello, 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 (relación interna)” (FJ 6º de la SAP con ROJ 4151/2019 y FJ 5º de la SAP con ROJ 4152/2019).

Asimismo, en términos similares se expresa la SAP de Murcia, Sec. 4, de 20.6.2019 (ROJ 1308/2019; MP: Rafael Fuentes Devesa), cuyo FJ 3º expone: “Esta acción de daños (que es la forma abreviada con la que se conoce la acción de indemnización de los daños y perjuicios derivados de comportamientos contrarios al derecho de la competencia) se viene conceptuando como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que lo que ocasiona el daño no es el vínculo contractual entre infractor y perjudicado, sino el comportamiento contrario a la competencia. Así se expresa el considerando 13 de la Directiva de daños y explica la solidaridad de los integrantes del cartel por los daños ocasionados, más allá de que el perjudicado solo pueda tener vínculo contractual con uno de sus integrantes , o inclusive que sea posible exigir a los participantes en un cártel una indemnización por los daños causados por una empresa ajena al cártel que, aprovechándose de los excesivos precios del mercado, incrementó los precios de sus propios productos más de lo que hubiera hecho de no existir el cártel ("efecto paraguas o umbrella pricing"), como recoge la STJUE de 5 de junio de 2014, asunto Kone C- 557/12”.

O la SJM nº 7 de Barcelona, de 12.9.2019 (ROJ 1121/2019), confirmada parcialmente por la SAP de Barcelona, Sec. 15, 17.4.2020 (ROJ 2567/2020), aunque no desarrolla esta cuestión, que argumenta: “13. Por tanto, la legitimación pasiva y la responsabilidad de la parte demandada viene determinada por su consideración como infractor en la Decisión, por el mero hecho de ser infractor, con independencia de la existencia de una relación contractual directa (como apunta el Considerando 13 de la Directiva) y con independencia de la intensidad, grado de participación o periodo temporal, de su contribución en la infracción. Hay que tener en cuenta, en este sentido que el TJUE ha admitido la posibilidad de exigir a los participantes en un cártel una indemnización por los daños causados por una empresa ajena al cártel que, aprovechándose de los excesivos precios del mercado, incrementó los precios de sus propios productos más de lo que hubiera hecho de no existir el cártel ("efecto paraguas o umbrella pricing"),

Es por ello por lo que el concepto de cártel como una actuación dañosa conjunta de sus miembros tiene que tener consecuencias directas sobre la determinación de los criterios para establecer las distintas cuotas alícuotas de cada cartelista, en la relación interna. Dedicemos unas líneas a esta cuestión.

2.2 El cártel como un supuesto de actuación conjunta

Que un cártel consiste en un acuerdo o práctica concertada de sus miembros se desprende de la propia definición de la infracción. La premisa supone, pues, la suma de voluntades y conductas de cada cartelista en una actuación conjunta que resulta perjudicial para el mercado. La mera infracción ya implica, por consiguiente, el componente subjetivo de, como mínimo, la culpabilidad de los cartelistas. Ello explica que, desde el punto de vista tanto doctrinal como jurisprudencial, no resulta controvertida la afirmación de que en las acciones de seguimiento no es necesario acreditar el elemento de la culpabilidad, pues queda incluido en el concepto de infracción y la constatación de esta, a su vez, vincula a los jueces y tribunales¹²⁹ (art. 75 LDC o art. 16 del Reglamento 1/2003).

como recoge la STJUE de 5 de junio de 2014, (asunto Kone C- 557/12). 13.1. En términos de causalidad puede resultar chocante que se condene a quien, por ejemplo, no participó en el cártel en la fecha en que se vendió el camión. Pero el régimen de responsabilidad de la Directiva 2014/104/UE y la LDC se basa en el concepto de infractor, frente al concepto de perjudicado. El concepto de infractor es objetivo y se acerca a un régimen jurídico de responsabilidad objetiva por el mero hecho de ser infractor y estar comprendido en el ámbito temporal, material, territorial y personal de la Decisión. Es en la acción de regreso en que se establecen los criterios causales de responsabilidad subjetiva al hablar de responsabilidad relativa, basada en su contribución. Resulta claro y explícito el Considerando 37 de la Directiva en esta materia”.

¹²⁹ Jurisprudencialmente, a modo de ejemplo, así se justifica en el FJ 4º de las SSJM nº 3 de Valencia, de 20.2.2019 (ROJ 34/2019), revocada por la SAP de

Por consiguiente, a priori podemos tener la impresión de que el régimen de solidaridad por los daños derivados de un cártel se justifica por el hecho de que aquel es el resultado de un acuerdo o práctica conjunta de sus miembros, de forma que la víctima no puede distinguir las distintas cuotas de responsabilidad individual

Valencia, Sec. 9, 5.12.2019 (ROJ 4150/2019) por estimar la falta de legitimación pasiva de la demandada; de 13.3.2019 (ROJ 187/2019); de 7.5.2019 (ROJ 222/2019); de 15.5.2019 (ROJ 510-2019); y de 13.9.2019 (ROJ 1002/2019), concernientes al “cártel de camiones”: “En nuestro caso, la acción, la culpabilidad, el nexo causal, son elementos cuya constatación material y relevancia jurídica se consumen en el efecto vinculante de la Decisión, el juicio de imputación del que resulta la legitimación pasiva de las demandadas y, en fin, por la adquisición por el actor de camiones de la clase de los afectados por los acuerdos colusorios, todo ello sin necesidad de motivación más intensa”.

Desde el prisma de la doctrina, destacamos el razonamiento de Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), *ob. cit.*, p. 33: “c) La acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por una conducta contraria al derecho antitrust responde a la estructura propia de las acciones de responsabilidad civil, en las que además de una conducta antijurídica imputable a las perdonas frente a quienes se ejercita la acción (una infracción del derecho de la Competencia que presupone el dolo o la culpa, en cuanto que no se exige su acreditación) [...]”.

De hecho, la asunción del componente subjetivo por la existencia del propio cártel es tal, que buena parte de las resoluciones sancionadoras ni siquiera se pronuncia al respecto. De los cárteles más recientemente sancionados por la CNMC únicamente se pronuncia, de modo explícito, la Resolución de 12.11.2009, referente al “cártel del seguro decenal”: “El Consejo de la CNC considera que en el expediente existe evidencia suficiente para afirmar que se trata de una infracción deliberada de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia. Expresiones tales como: (i) que la reunión sería en Cepenven pues “en Unespa no se puede hablar de esto”; esto es, de la conducta de MUSAAT; (ii) “cuidado con el Tribunal de la Competencia y los acuerdos entre los líderes de los mercados”; (iii) o “con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia”, que las dos MAPFRE manifestaron con el objeto de relajar el acuerdo de precios mínimos. También es relevante en este sentido el hecho de que SUIZA en su informe de la reunión celebrada el 7/05/2002 hubiese borrado de la lista de asistentes a sus competidores SCOR y MRSEP (HP 18). Estas conductas y expresiones de las imputadas (referenciadas al final del Fundamento de Derecho Tercero), acreditan por sí mismas que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su acuerdo de precios mínimos” (FD 10º).

de cada infractor¹³⁰. Aparte, claro está, de la función de garantía que tal sistema de responsabilidad supone para la víctima damnificada, en la relación externa.

Sin embargo, la afirmación tambalea cuando la norma especial (el art. 73.5 LDC) dispone que, en la relación interna de la solidaridad, las responsabilidades de cada cartelista se discutirán según la contribución relativa al perjuicio de cada uno. Al respecto, el Considerando 37 se remite, para el establecimiento de dichos criterios, a los Derechos nacionales, aunque menciona, como ejemplos, a los parámetros de “cuota de mercado”, “volumen de negocios” o “función en el cártel”. Estos son criterios que utiliza la CNMC o la Comisión para multar a los cartelistas, y en el siguiente epígrafe ofreceremos una visión general del sistema de su aplicación. El legislador español no ha aprovechado la ocasión para especificar el sistema de concreción de las cuotas de responsabilidad relativas al perjuicio ocasionado, en sede de la vertiente interna.

Ya avanzamos que los parámetros sancionadores aplicados en el *public enforcement* permiten determinar la mayor o menor incidencia de cada infractor en la viabilidad del cártel. Ello conduce

¹³⁰ Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *ob. cit.*, p. 366: “Quienes actúan de forma conjunta en una actividad que causa daños a terceros responden solidariamente. La regla, de acuerdo con la tesis mantenida en este trabajo, sólo cesa cuando las características de la actividad llevada a cabo o el relato de los hechos permitan individualizar las responsabilidades”. Ello explica, tal y como hemos reiterado hasta ahora, que los jueces y tribunales españoles, con anterioridad a la Directiva de daños y ante la ausencia de una norma especial que previera la solidaridad, hayan venido aplicando la solidaridad impropia en los casos de reclamaciones por daños derivados de cárteles. Las sentencias, sin embargo, no especifican nada acerca de las acciones de repetición en la relación interna.

a la conclusión de que en los cárteles, a pesar de que son el resultado de una actuación conjunta de sus miembros, se pueden individualizar responsabilidades. La solidaridad, en ese caso, se justificaría, ahora más que nunca, en la función de garantía del crédito y en el ahorro de esfuerzos de individualización de responsabilidades por parte de la víctima.

3. Los criterios sancionadores en la aplicación pública del Derecho de la competencia

3.1 Los parámetros previstos por la LDC

En el Título V de la vigente LDC se articula el régimen sancionador para las infracciones tipificadas como tales. El art. 62 concreta la clasificación de las infracciones entre leves, graves y muy graves. En atención a la letra “a)” del apartado 4º, los cárteles tienen la consideración de infracciones muy graves:

4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El art. 63 LDC regula las sanciones a imponer *a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley* (apartado 1º). Para las infracciones

muy graves (entre otros, los cárteles), la letra “c” del mismo apartado 1º prevé una multa *de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*. Y, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios de los infractores, la letra “c” del apartado 3º dispone que las infracciones muy graves serán sancionadas *con multa de más de 10 millones de euros*.

Si bien el mencionado art. 63 LDC establece los límites de los importes de las multas, el artículo 64, en su apartado 1º, enumera algunos de los criterios a tener en cuenta para concretar la cuantía de las mismas:

1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.

b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.

c) El alcance de la infracción.

d) La duración de la infracción.

e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

El apartado 2º contempla, como posibles circunstancias agravantes, las siguientes:

a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b) La posición de responsable o instigador de la infracción.

c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62.

Y por último, el apartado 3º enumera algunos criterios atenuantes:

a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución.

d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley.

Observamos que los elementos de “dirección o coacción en la infracción” y “reiteración en la infracción” que hemos visto que sirven de excepción para la posición privilegiada de las pymes a la hora de responder solidariamente por una infracción anticompetitiva, coinciden con los agravantes de *a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley* y de *b) La posición de responsable o instigador de la infracción* del art. 64.2 LDC. A su vez, los elementos que expone el Considerando 37 de la Directiva de daños referentes al “volumen de negocios” y la “cuota de mercado” equivalen, en el caso del primero, al criterio para establecer el límite máximo de la multa (art. 63.1 c) LDC) y, en lo que atañe a la “cuota de mercado”, al parámetro para especificar el importe de la misma (art. 64.1 b) LDC).

Por último, hemos expuesto que la “función en el cártel” que también prevé el Considerando 37 puede coincidir, nuevamente, con la “posición de responsable o instigador” que el art. 64.2 b) dispone como circunstancia agravante.

Conviene hacer una aproximación a la técnica de aplicación de estos criterios por parte de la CNMC a la hora de sancionar cárteles, en aras de determinar si el mismo sistema puede ser objeto de aplicación en las reclamaciones de daños, esto es, en la vertiente privada del Derecho de la competencia.

*3.2 Las resoluciones sancionadoras de la CNMC y la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*¹³¹

En los fundamentos de derecho de las resoluciones de la CNMC relativos a la concreción de la responsabilidad de cada cartelista, generalmente, se suelen apreciar dos partes diferenciadas. En primer lugar, se contemplan los argumentos relacionados con individualización de responsabilidad, en que se valora si consta acreditada, según la documentación que consta aportada en el expediente en cuestión, la participación de cada empresa en el cártel. Y en segundo lugar, las resoluciones sancionadoras contienen un apartado acerca de la procedencia y cálculo de la sanción. En este punto, la CNMC aplica los criterios del art. 64 LDC¹³² que hemos expuesto anteriormente y defiende la cuantía de cada multa.

Para concretar la sanción, la CNMC aplica la Comunicación de 6.2.2009. Dicha Comunicación responde a la Disposición adicional 3ª de la LDC, que prevé que *La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los*

¹³¹ BOE nº 36, de 11.2.2009.

¹³² A modo de ejemplo, resulta ilustrativa la aplicación del agravante del art. 64.2 c) LDC (la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas) por parte de la CNC en la Resolución de 12.11.2009 del ya mencionado “cártel de los seguros y reaseguros” (pp. 77 y ss. de la resolución). La CNC consideró que por parte de las compañías ASEFA, CASER, SUIZA, SCOR y MRSEP habían concurrido las circunstancias de vigilancia y denuncia del cumplimiento del cártel y de retorsión y boicot a quienes optaban por incumplirlo (en concreto, la receptora del boicot fue la compañía MUSAAT).

principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley.

En el caso que nos ocupa, la Comunicación establece ciertas directrices que guían la actuación de la CNMC a la hora de cuantificar las sanciones. Específicamente, dispone que la cuantificación de las sanciones se compone de tres fases:

a) Determinación del importe básico de la sanción.

El importe básico se obtiene del cálculo de la proporción que los criterios del art. 64.1 a) -e) LDC representan sobre el volumen de ventas afectado por la infracción. El cálculo se realiza mediante una fórmula matemática que establece el anexo de la Comunicación, al que nos remitimos. El porcentaje sobre el volumen de ventas, que parte del 10 %, aumenta según la gravedad de la infracción. En el caso de los carteles, como infracciones muy graves, se prevé que la proporción puede aumentar hasta veinte puntos, de modo que el importe básico oscilará entre el 10 y el 30 % del volumen de ventas afectado.

Así pues, aquí entran en juego los criterios de la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos. Por su parte, el volumen de ventas se obtiene de la “la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y

geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados”.

- b) Aplicación del coeficiente de ajuste al importe básico de la sanción. Esta fase consiste en el aumento o reducción del importe básico según la aplicación de los agravantes o atenuantes del apartado 2º y 3º del art. 64 LDC que correspondan. Dicha aplicación se calcula de acuerdo con la fórmula matemática que también presenta el anexo de la Comunicación. La aplicación de cada uno de los agravantes o atenuantes que proceden supone un aumento o reducción del importe básico en un porcentaje de entre un 5 y un 15 %.
- c) Ajuste según los límites del art. 63.1 LDC y del beneficio ilícito obtenido. Por último, la Comunicación de 6 de febrero de 2009 prevé que el importe resultante de aplicar los agravantes o atenuantes al importe básico de la sanción un puede vulnerar los límites de la LDC. Por una parte, se refiere a los límites generales de las sanciones previstos por el art. 63.1 LDC; concretamente para las infracciones muy graves (como es el caso de los cárteles), la letra “c)” de

dicho precepto dispone que la sanción no puede superar “el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”.

Y, por otra parte, la Comunicación establece que el importe de la multa no puede ser inferior al “beneficio resultante de la infracción o beneficio ilícito del infractor”. Ni la LDC ni el RDC ni la propia Comunicación presentan pauta alguna para determinar dicho beneficio¹³³.

En atención al punto 4 del apartado I “Alcance de la Comunicación”, esta debe aplicarse “con carácter general”, sin perjuicio de que, según las circunstancias y la información y documentación que se tenga de cada caso, “la CNC podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en el punto 3 o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no

¹³³ Observamos, sin embargo, que algunas resoluciones sancionadoras sí que hacen mención de ello. Es el caso de la Resolución de la CNC de 25.3.2013, relativa al “cártel de los sobres de papel” que ya hemos presentado en capítulos anteriores. La CNC considera que han quedado acreditados los beneficios ilícitos obtenidos por las cartelistas en atención a “los ingresos obtenidos al fijarse los precios y unos determinados volúmenes de fabricación estables en las diversas licitaciones de sobres electorales, pre-impresos corporativos y de sobres blancos, desde 1977 hasta 2010, así como el reparto del mercado español de sobres de papel mediante el reparto de los grandes clientes, tanto públicos como privados”.

explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la Ley”.

3.3 El Reglamento 1/2003 y las Directrices¹³⁴ para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003

Un cártel que trasciende las fronteras españolas también puede suponer reclamaciones de daños en los tribunales nacionales. Ha sido y está siendo el caso, por ejemplo, del mencionado “cártel de los camiones” que, a día de hoy, es el que está generando la mayor parte de la jurisprudencia española sobre las acciones de daños derivadas de cárteles. Además, anteriormente ya hemos reiterado que, en virtud del art. 16 del Reglamento 1/2003, conviene tener presente que las decisiones de la Comisión que sancionan cárteles vinculan tanto a los jueces y tribunales de los Estados miembros como a las autoridades nacionales de la competencia.

Por consiguiente, entendemos que es procedente hacer una breve mención a las dos principales normas de ámbito de la UE que contienen parámetros dirigidos a cuantificar las sanciones de los infractores: el Reglamento 1/2003 y las Directrices de 2006.

El art. 23.2 a) del Reglamento 1/2003 establece que la Comisión puede sancionar a las empresas que, deliberada o negligentemente, cometan las infracciones previstas en los arts. 101 y 102 del vigente TFUE; las infracciones consistentes en cárteles están insertas en el precepto del art. 101 TFUE. Se especifica que la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado en el

¹³⁴ DOUE nº 2006/C 210/02, de 1.9.2006.

ejercicio anterior (límite que coincide con el del mencionado art. 63.1 c) LDC). El apartado 3º del mismo artículo añade que, a fin de determinar el importe de la multa, además de la gravedad de la infracción, también se tendrá en cuenta su duración.

Con el objetivo de aportar más elementos para determinar la cuantía de las multas a los infractores de los arts. 101 o 102 TFUE, la propia Comisión elaboró las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento 1/2003. El sistema de cuantificación que presenta se estructura en las tres mismas fases que contempla la Comunicación de la CNC de febrero de 2009: la determinación del importe base de la multa (párrafos 12 a 26), el ajuste del mismo (párrafos 27 a 31) y la comprobación de los límites generales (párrafos 32 y 33).

El método de determinación del importe base es muy similar al que utiliza la CNMC en virtud de la Comunicación de 2009: se trata de determinar una proporción en el volumen de ventas de la empresa infractora. Y, en lo que aquí más nos interesa, la mayoría de los criterios que deben aplicarse para conseguir dicha proporción coinciden con los del art. 64.1 LDC. Lo mismo sucede con las circunstancias agravantes y atenuantes. En cuanto a la comprobación de los límites generales, únicamente podemos destacar que, en el caso de las Directrices de la Comisión, no se contemplan los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor.

4. Recapitulación

4.1 Los criterios sancionadores de la aplicación pública del Derecho de la competencia pueden ser empleados como criterios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad en la relación interna de la solidaridad. La necesidad de concreción legislativa

La LDC establece el criterio de distribución de responsabilidades en la relación interna de la solidaridad, en el art. 73.5: *5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.* Los párrafos siguientes disponen las excepciones para el beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia.

Ni el articulado de la LDC ni el de la Directiva de daños prevén concreción alguna para determinar, internamente, las cuotas de responsabilidad relativa de cada cartelista. Únicamente, el Considerando 37 de la norma europea se remite a su establecimiento por parte de los propios ordenamientos nacionales mencionado, a título de ejemplo, ciertos criterios que coinciden con algunos de los parámetros utilizados por las autoridades de competencia para sancionar los cárteles. Dichos criterios también coinciden con los de “dirección y coacción” y “reincidencia” que el art. 73.3 LDC establece para suprimir la excepción de responsabilidad solidaria de las pymes. Todo parece llevarnos, pues, a la distribución de responsabilidades establecida por las

resoluciones sancionadoras de los cárteles, en sede del *public enforcement* del Derecho de la competencia.

De todos modos, hablar de más o menos contribución relativa al perjuicio causado sugiere el tratamiento del tema del nexo causal entre acción u omisión ilícita y daño. Y en este punto resulta indispensable que se tenga en cuenta que las contribuciones de cada infractor en el daño ocasionado por el cártel se discutirán en la relación interna de la solidaridad. Es en la relación externa de las acciones *follow-on* donde la víctima tiene que acreditar el nexo causal entre la infracción (el cártel) y el perjuicio sufrido. Dicha acreditación consistirá, generalmente, en la aportación documental de que el damnificado participó, contractualmente, en el ámbito del mercado afectado por el cártel. Que el cártel produce daños y perjuicios se presume por ley (art. 76.3 LDC). Y el daño, en todo caso, tendrá que ser cuantificado por la víctima, sin perjuicio de la posible estimación por parte de los tribunales, si se acredita que dicha cuantificación es imposible o de muy difícil precisión.

Que en la relación externa se tenga que acreditar el nexo causal entre la infracción y el daño prescindiendo de las cuotas concretas de cada infractor obedece a que el cártel es una infracción conjunta de todos sus miembros. De la propia definición se desprende que el cártel parte de un acuerdo o práctica concertada entre los distintos infractores. Quien causa el daño a la víctima demandante es el propio cártel como una conducta ilícita conjunta de los miembros que lo componen.

Pero, por otra parte, también es cierto nos encontramos con que el art. 73.5 impone que las cuotas de responsabilidad de cada cartelista deben dilucidarse en la relación interna, en atención a la contribución relativa de cada integrante en el perjuicio ocasionado. Consiguientemente, de la lectura del precepto junto con la remisión del Considerando 37 de la Directiva, parece que se desprende que es posible individualizar la responsabilidad de cada miembro del cártel.

Hemos visto la técnica que tanto la CNMC como la Comisión utilizan en aras de sancionar los cárteles parten de una determinación de un importe base, el cual se obtiene de aplicar los criterios de la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos, como un porcentaje del volumen de negocio afectado por la infracción de cada cartelista. Seguidamente, la proporción resultante se modula si proceden agravantes (tales como la posición de instigador o las medidas de presión para hacer cumplir con el cártel) o atenuantes. Por último, se comprueba que el porcentaje obtenido esté comprendido en los límites generales establecidos en la LDC (o en el Reglamento 1/2003, para el caso de cárteles de ámbito de la UE).

Mediante la aplicación de estas fórmulas por parte del órgano sancionador, se especifica la menor o mayor responsabilidad de cada cartelista en el acuerdo anticompetitivo y, en definitiva, se establece la sanción con el correspondiente importe de la multa, en coherencia con la distribución de responsabilidades en sede de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

Si tenemos en cuenta, por una parte, que el cártel supone la actuación ilícita conjunta de sus miembros y, por otro lado, afirmamos que en la resolución sancionadora de la CNMC o de la Comisión se distribuyen responsabilidades según la intensidad o el papel de cada infractor en la comisión del ilícito, podemos concluir que los criterios que se utilizan en sede del *public enforcement* pueden ser aplicados a la hora de distribuir las partes alícuotas de responsabilidad en la relación interna. Si lo que causa daños y perjuicios civiles es la propia infracción conjunta consistente en el cártel, la gradación de responsabilidad existente en la aplicación pública puede implicar también su existencia en la aplicación privada del Derecho de la competencia.

Al planteamiento no le falta lógica, pues resulta coherente que quien tiene más cuota de mercado o quien ha asumido el rol de instigador del cártel, ha contribuido más para que este haya sido una realidad y, por consiguiente, más ha participado en los daños y perjuicios que la infracción conjunta ha ocasionado. De hecho, en base a este razonamiento, incluso podría llegar a defenderse que procede tener en cuenta la distribución porcentual íntegra de responsabilidad que el órgano sancionador impone en su resolución¹³⁵. Es decir, aplicar exactamente las mismas

¹³⁵ La operación a la que nos referimos consistiría en sumar todos los importes de las multas que el órgano sancionador ha impuesto en la resolución en cuestión. En atención al importe de la multa con que cada cartelista ha sido sancionado, calculamos el porcentaje que la multa de cada uno representa sobre la cuantía total de las sanciones impuestas. Dicho porcentaje es la proporción de responsabilidad que cada cartelista representa en la infracción, como resultado de la aplicación de la fórmula y criterios correspondientes por parte de la CNMC o de la Comisión.

proporciones de responsabilidad utilizadas por la autoridad sancionadora pública en la relación interna de las reclamaciones de daños derivados del cártel.

No obstante, quien defienda la exacta aplicación de la distribución de responsabilidades según los importes de las multas públicas no debe olvidar que la cuantía de dichas sanciones deriva de un importe base modulado que representa un porcentaje sobre el volumen de ventas afectado por la infracción; de esta forma, cuanto mayor sea el volumen de negocio, mayor será la sanción. Con ello, queremos poner de relieve que el método de cálculo de sanciones que utiliza tanto la CNMC como la Comisión tiene especialmente en cuenta el volumen de ventas de cada cartelista afectado por la infracción¹³⁶, y quizá este no es el criterio que mejor representa la contribución en los daños y perjuicios privados que genera el cártel^{137 138}.

¹³⁶ Recordemos que el volumen de ventas, según la Comunicación de 6.2.2009, se define como “la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados”. De modo equivalente lo definen las Directrices para la Comisión, de 2006, en el ámbito de la UE.

¹³⁷ De hecho, según la propia definición del concepto por la Comunicación de 6.2.2009 y por las Directrices de 2006, parece que el “volumen de ventas afectado por el cártel” se vincula más bien con los beneficios ilícitos obtenidos por los cartelistas a raíz de la comisión de la infracción. Sobre ellos, en epígrafes anteriores ya hemos apuntado que la Comunicación de la CNC los emplea como límite general que la cuantía de las multas tienen que sobrepasar.

¹³⁸ Entendemos que el punto de vista es compartido por la AP de Barcelona, en las SSAP de Barcelona, Sec. 15, de 10.1.2020 (ROJ 201/2020) y de 13.1.2020 (ROJ 698/2020), al hablar de la cuota de mercado y de la pertenencia en el “núcleo duro” del “cártel de los sobres de papel” como “elementos no

Además, debemos tener presente que el método de cálculo de la Comunicación de 6.2.2009 y de las Directrices de 2006, respectivamente, no se aplicará siempre, impolutamente, en cada supuesto de hecho. La técnica sancionadora y la aplicación de los criterios cambiarán según las circunstancias de cada caso y de la información y documentación que contenga el expediente sancionador¹³⁹. De lo que no hay duda, sin embargo, es de que la defensa de la aplicación de las mismas proporciones de sanción de la resolución sancionadora en la distribución de la relación interna ahorraría al cartelista que ejercita las acciones de regreso el esfuerzo de argumentar la aplicación de los criterios que considere más

concluyentes”: “En nuestro caso, la cuota de mercado de Envel o su integración en el núcleo duro del cártel, que distingue su situación respecto de los demás sujetos corresponsables, puede ser invocado en las acciones de repetición que puedan interponerse entre ellos. Estos elementos, sin embargo, que no son del todo concluyentes, no puede empañar la idea de la solidaridad entre los corresponsables cuando quien ejercita la acción es el tercero perjudicado por los actos de infracción” (párrafo 29 del FJ 5º de ambas resoluciones).

¹³⁹ En este sentido, destacamos la Resolución de la CNC de 25.3.2013, relativa al “cártel de los sobres de papel”. En ella, la autoridad nacional destaca un “núcleo duro” del cártel integrado por las empresas TOMPLA, UNIPAPEL, SAM, PACSA, ATLANTIS y PLANA, bajo la justificación de que dichas entidades participaron en la mayoría de las infracciones anticompetitivas, de que implantaron un mecanismo en las licitaciones públicas que operó repetidamente y de que adoptaron un protocolo para evitar ser descubiertos (pp. 226 y ss. de la resolución). Asimismo, la resolución también tiene en cuenta el rol de “facilitador” o de “conducta de secretariado” por parte de la empresa HISPAPPEL, consistente en la aportación de elementos materiales para que el resto de infractoras se pudieran reunir, así como la aportación de su personal para instrumentar y vigilar el cumplimiento de los acuerdos anticompetitivos (p. 281). Ambos elementos, el “núcleo duro” y el “papel de facilitador”, a pesar de que no son criterios específicamente previstos (ni como parámetros generales ni como agravantes o atenuantes) por la LDC o la Comunicación de 6.2.2009 para sancionar infracciones *antitrust*, son utilizados por la CNC para modular la cuantía de las multas que fueron impuestas.

oportunos para defender las partes alícuotas. Otra cosa es que susodicha aplicación por equivalente convenza a Su S¹⁴⁰.

Todo ello nos conduce a concluir que hubiera sido muy conveniente que el legislador español, en la transposición de la Directiva, hubiera concretado los criterios para determinar las contribuciones relativas al daño ocasionado. El texto europeo se remite a la concreción por parte de los Estados miembros y, en Derecho civil español, no disponemos ni siquiera de una norma general que prevea la contribución relativa al daño como criterio de distribución de cuotas en la relación interna de la solidaridad; de este modo, obviamente, tampoco hay una previsión general acerca de la concreción de susodicha distribución de responsabilidades internas. Por consiguiente, la concreción de la materia en la norma especial

¹⁴⁰ En aras de defender la aplicación de la misma distribución de responsabilidades que establece la resolución sancionadora en el reparto de cuotas en la relación interna, sin embargo, no tendrán que aceptarse argumentos relacionados con el alcance del efecto vinculante de las resoluciones sancionadoras administrativas o judiciales firmes en el ámbito judicial civil (art. 75 LDC). El cartelista que ejercite las acciones de repetición no podrá justificar susodicha aplicación por equivalente mediante el alegato de que la distribución de responsabilidades a efectos de la sanción pública vincula en el *private enforcement* del Derecho de la competencia. El mismo planteamiento tampoco podrá ser opuesto por el destinatario de una acción de regreso, si quien la ejercita apuesta por una distribución de responsabilidades o por una aplicación de los criterios sancionadores distinta de la que impone la CNMC o la Comisión en la resolución sancionadora.

Traer a colación estos argumentos solo puede tener por objetivo generar confusión en una cuestión sobre la cual, reiteramos de nuevo, a día de hoy, jurisprudencial y doctrinalmente no existe controversia alguna: el efecto vinculante del art. 75 LDC se refiere a la constatación de la infracción (acreditación de los hechos y su calificación jurídica) y de los infractores en un ámbito material, territorial y temporal determinado (véase la nota 82). La vinculación que establece el art. 75 LDC no alcanza la existencia y cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas del cártel, ni tampoco la gradación de responsabilidades civiles.

que prevé la solidaridad por reclamaciones de daños contrarios al Derecho de la competencia (la LDC), era necesaria.

El cártel es una infracción basada en la actuación conjunta de sus miembros. Una infracción que es sancionada por organismos públicos mediante la aplicación de unos criterios que permiten especificar el mayor o menor papel o incidencia de cada infractor en el propio cártel. Por lo tanto, estos mismos criterios (tales como la cuota de mercado, la duración, efectos, posición de instigador) sirven para especificar las contribuciones relativas de cada cartelista en el daño ocasionado a la víctima. Y es que si el cártel, por una parte, genera daños y perjuicios civiles en virtud de la actuación conjunta de sus miembros y, por otra parte, en sede del *public enforcement* se gradúan, mediante la aplicación de ciertos criterios, las proporciones de responsabilidad en el propio acuerdo o práctica concertada, estos mismos criterios podrán usarse para determinar las cuotas en el ámbito de las reclamaciones de daños.

Ahora bien, que puedan emplearse algunos de los criterios no significa que exactamente la misma distribución de responsabilidades de la resolución sancionadora firme (o de la sentencia judicial) pueda aplicarse en la distribución de cuotas internas. Ello, porque tanto la CNMC como la Comisión cuantifican las multas en virtud de una fórmula determinada. El juego y las combinaciones de los criterios empleados para establecer las sanciones en sede del *public enforcement* no tienen por qué ser el mejor método para medir la incidencia en los daños y perjuicios ocasionados. A modo de ejemplo, en líneas anteriores hemos planteado que, quizá, el volumen de ventas afectado por la

infracción no es de los criterios más significativos en aras de determinar los daños económicos sufridos por una víctima del cártel; y en cambio, en virtud de la fórmula que prevén la Comunicación de 2009 y las Directrices de 2006, el parámetro es fundamental, pues el importe base de la sanción se representa con un porcentaje del volumen de negocio de cada infractor afectado por el cártel.

Por consiguiente, la incertidumbre acerca de los criterios para especificar las contribuciones relativas en la vertiente interna es preocupante. Todo dependerá del esfuerzo argumentativo de los cartelistas que procedan a ejercitar las acciones de repetición¹⁴¹. No lo tendrán nada fácil para defender si un criterio es más o menos revelador de la contribución específica de cada infractor en los daños y perjuicios sufridos por la víctima¹⁴². Los jueces y

¹⁴¹ Corresponderá al cartelista o cartelistas que han pagado la indemnización argumentar y justificar la distribución de responsabilidades, pues en atención a la regla de distribución de la carga de la prueba del art. 217.2 LEC, son aquellos quienes ostentan la pretensión compensatoria de las acciones de repetición: 2. *Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.*

¹⁴² Portugal es un ejemplo de ordenamiento de nuestro entorno que ha especificado el criterio a utilizar para determinar las contribuciones relativas al daño ocasionado por el cártel, en la relación interna. El criterio elegido es el de la cuota de mercado, salvo que la otra parte, en atención al papel que el cartelista reclamado haya tenido en la infracción conjunta, pruebe lo contrario: “5 - *O direito de regresso entre coinfratores existe na medida da sua responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração, presumindo-se tal responsabilidade equivalente à média das suas quotas nos mercados afetados pela infração, durante a sua participação nesta, salvo prova em contrário, nomeadamente, quanto ao papel desempenhado por cada coinfrator na infração*” (art. 5.5 Lei 23/2018). El Code de commerce francés también regula la cuestión aunque quizá con más parquedad que en el caso portugués, pues se refiere únicamente a la gravedad de la conducta de cada infractor y al papel en la causación del daño:

tribunales, a la hora de enjuiciar las acciones de repetición, tampoco dispondrán de unas pautas claras sobre la materia. Insistimos en que las únicas referencias de que disponen son: por un lado, el Considerando 37 de la Directiva, que se remite a los Derechos nacionales y menciona, a título de ejemplo, criterios que coinciden con los parámetros sancionadores en la aplicación pública de las normas *antitrust*; y, por otra parte, tienen a su disposición los criterios de las resoluciones sancionadoras, pero aplicados mediante una fórmula que no tiene por qué ser la más adecuada para individualizar las contribuciones de cada infractor en el daño ocasionado¹⁴³.

La crítica de la falta de concreción normativa también puede ser dirigida al legislador de la UE. Es cierto que la Directiva de daños es cauta a la hora de prever materias de Derecho de daños de las que no hay una armonización de la UE previa y cuyas regulaciones,

“Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage” (Art. L481-9 del Code de commerce).

¹⁴³ Nada obstaría a que las sentencias judiciales que condenan solidariamente a los cartelistas demandados establezcan bien los criterios a tener en cuenta para determinar las contribuciones relativas de cada uno de los condenados, o bien directamente la asignación concreta de cuotas. Sin embargo, todo apunta a que, generalmente, ello no sucederá. Puede considerarse que la materia excede el objeto de los pleitos de reclamaciones por daños *antitrust*, pues las contribuciones relativas internas son reclamadas en las acciones de repetición o regreso. Además, a día de hoy, la cuestión nunca ha sido abordada por la jurisprudencia española sobre este tipo de reclamaciones civiles: ni en las sentencias que aplican la solidaridad impropia ni en las que condenan solidariamente en virtud de una interpretación conforme a la Directiva.

entre los distintos Estados miembros, pueden ser muy dispares¹⁴⁴. Sin embargo, la norma europea ya hizo el primer paso, esto es, establecer el criterio de distribución de responsabilidades en la relación interna de la solidaridad: el reparto según las contribuciones relativas al daño ocasionado. En este sentido, a la norma europea le puede ser recriminado que no completó la regulación.

4.2 El cártel es una infracción conjunta en la que es posible individualizar responsabilidades. El régimen de solidaridad queda justificado por las funciones de garantía y de ahorro de concreción de las contribuciones relativas al daño que el cártel ha ocasionado

Al margen de la incertidumbre sobre la determinación de qué criterios utilizados en la sanción del cártel son los más adecuados para calcular las distintas contribuciones relativas internas, de lo que no cabe duda es de que, en los cárteles, es posible individualizar las distintas contribuciones en los daños y perjuicios civiles ocasionados por la propia infracción conjunta. Precisamente porque los cárteles se basan en la actuación conjunta de sus miembros cuya generación de daños y perjuicios en abstracto se presume, y porque

¹⁴⁴ Es también el caso, como ya se ha visto en el presente capítulo, de la remisión a los ordenamientos internos en lo que atañe a la determinación del nexo de causalidad entre infracción y daño. Al respecto, así ya lo preveía el Considerando 10 de la Propuesta de la Directiva: “En ausencia de legislación de la Unión, las demandas por daños y perjuicios se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a reparación por el perjuicio ocasionado por una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y el perjuicio, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se pueden formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reparación garantizado por el Tratado, y que no se pueden formular o aplicar de forma menos favorable que las aplicables a demandas nacionales similares”.

en la cuantificación de las multas realizada por las autoridades de competencia o por la Comisión (u órganos jurisdiccionales) se aplican ciertos criterios para distribuir responsabilidades individuales en susodicha infracción conjunta, es posible determinar las cuotas de responsabilidad en la relación interna.

En virtud de esta afirmación, ¿el régimen de responsabilidad solidaria que impone la Directiva de daños y la vigente LDC queda suficientemente justificado? Si es posible individualizar las responsabilidades de cada infractor, podría defenderse que la solidaridad resulta innecesaria, y que la carga de acreditar y argumentar las partes alícuotas de responsabilidad por el daño respecto a cada cartelista debería corresponder a la víctima reclamante.

No obstante, este argumento obvia dos de los principales fundamentos de toda responsabilidad solidaria: las funciones de garantía y de ahorro de costes para la víctima. En cuanto a la primera, el beneficio que aporta la solidaridad es indudable, pues permite al damnificado dirigirse contra uno, varios o todos los infractores a la vez, y cada uno responde por todo el daño; así, la víctima tiene más patrimonios a su merced y se le garantizan más posibilidades de obtener el pleno resarcimiento. Y en cuanto a la segunda, conviene precisar que el ahorro se referiría a la dificultad para la víctima reclamante de individualizar y justificar, en su demanda, la distribución de responsabilidades de los reclamados¹⁴⁵.

¹⁴⁵ En efecto, hemos visto que la doctrina ha vinculado la función de ahorro más bien con los costes de identificación de los causantes del daño. Sin embargo, en

En definitiva, los cárteles son un ejemplo de actuación ilícita conjunta en los que, por sus propias características y por la actividad de sus miembros, es posible determinar las distintas contribuciones de cada uno en los daños civiles que la infracción *antitrust* ha ocasionado. El régimen de solidaridad, en detrimento de un sistema de responsabilidad individual, se justifica por su función de garantía del cobro de la indemnización de la víctima y por el ahorro del esfuerzo argumentativo y probatorio de la individualización de responsabilidades.

las acciones *follow-on*, dicha justificación carece de sentido, pues la resolución sancionadora (o sentencia judicial) firme constata la infracción y los infractores en un ámbito territorial y temporal determinado, y dicha constatación vincula a los jueces y tribunales que atiendan las reclamaciones de daños. En el ámbito que nos ocupa, pues, el ahorro de costes se referiría a la dificultad, por parte de la víctima, de concretar la responsabilidad de cada cartelista demandado.

Es decir, si en las reclamaciones por daños *antitrust* operara el sistema de responsabilidad individual, el éxito total de la reclamación, esto es, poder cobrar todo el daño sufrido, podría correr peligro no solo porque la víctima tiene menos garantía de cobro, sino porque quizá, la distribución de cuotas o los criterios propuestos no convence a Su S^a. Así, el juzgador podría considerar, por ejemplo, que no procede la declaración de responsabilidad de uno de los cartelistas demandados individualmente, o que debe responder en menos proporción de la que pide la víctima. En ese caso, habría una parte del daño global cuantificado por el propio demandante que nunca podrá ser cobrada en virtud de la apreciación del juez, y que quizá sí que hubiere cobrado en un sistema de responsabilidad solidaria en que cada infractor responde por el todo. No solo habría más posibilidad de cobrar el daño cuantificado en el mismo importe, insistimos, por el hecho de que hay más patrimonios disponibles, sino porque la distribución de responsabilidades individuales se juega en la relación interna, entre los cartelistas. Por consiguiente, la aplicación de un régimen de responsabilidad individual podría mermar el principal fundamento de la Directiva 2014/104/UE (y de su transposición por la LDC): *1. La presente Directiva 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 [...] (art. 1.1 de la Directiva). Respecto al supuesto a la posible existencia de acciones *stand-alone*, véase la breve referencia en la nota 115.*

En la materia específica que nos ocupa, además, quizá procede añadir que otra función que justifica la solidaridad es que esta, por su naturaleza y funcionamiento práctico, es el mejor sistema que permite otorgar excepciones de responsabilidad al beneficiario de la exención. Se trata de valorar si el régimen de responsabilidad solidaria del art. 73 LDC ofrece, por una parte, suficientes incentivos a los infractores para acudir a los programas de clemencia y revelar la existencia del cártel y, por otra, si se garantiza suficientemente el derecho de la víctima a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios. No decimos nada nuevo. Ya hemos visto que la propia Directiva 2014/104/UE y sus antecedentes muestran, como uno de los principales objetivos, llegar a la óptima complementariedad entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia.

III. Una cuestión procesal en las acciones de repetición de la relación interna: la casi total necesidad de la acumulación subjetiva de acciones o de la acumulación de procesos

Primeramente procede clarificar que, en la interposición de las acciones de regreso de la relación interna de la solidaridad, no es necesario ahondar en la problemática de la extensión de la cosa juzgada material en el sentido positivo de la sentencia condenatoria respecto de los infractores no demandados en la relación externa. En la responsabilidad por daños *antitrust*, la solidaridad viene impuesta por ley (por la LDC, en la materia que nos ocupa) y esta

establece que, una vez pagada la indemnización, el cartelista que la ha asumido tiene derecho a repetir contra el resto de infractores según sus contribuciones relativas en el daño ocasionado. Ello, independientemente de si los infractores destinatarios de la repetición han sido demandados o condenados, porque el hecho decisivo es que son infractores y, como tales, por disposición legal, pueden responder por su parte alícuota de responsabilidad. La ley establece quiénes son deudores solidarios (en la materia que nos ocupa, todos los miembros de cártel) y, si alguno de ellos paga la indemnización por ser el único a quien la víctima se ha dirigido y es solvente, pagará la indemnización y, seguidamente, podrá repetir contra el resto de infractores por la parte que les corresponda en virtud de las contribuciones relativas al daño ocasionado¹⁴⁶.

Esta cuestión no debe confundirse, sin embargo, con el problema de la eficacia positiva de la cosa juzgada entre las distintas acciones de regreso si el infractor que ha pagado la indemnización no opta por repetir conjuntamente contra todo el resto de cartelistas que le deban su parte alícuota de responsabilidad. La descoordinación de una pluralidad de distintos demandados en procesos distintos conlleva el riesgo de sentencias contradictorias en sede de las acciones de repetición de la relación interna.

¹⁴⁶ La cuestión es distinta y deviene más peliaguda en los supuestos de daños en que se aplica la solidaridad impropia, esto es, cuando esta nace de la sentencia, pues no se parte de una ley o un contrato que establezca quiénes son deudores solidarios. En las acciones de regreso, pues, aparecen problemáticas relacionadas con la prescripción y la eficacia de la cosa juzgada. Para diversos análisis sobre la cuestión, véase M^a Asunción ESTEVE PARDO (2014), *op. cit.*, pp. 104-106; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *op. cit.*, pp. 143-150; y Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *op. cit.*, pp. 93-112.

Dicho riesgo obedece al hecho de que las contribuciones relativas en el cártel generador de los daños y perjuicios resarcidos en la relación externa se discuten y determinan en la relación interna. Si el cartelista que ha asumido la indemnización en favor de la víctima interpone distintas demandas de repetición contra el resto de infractores, en cada proceso judicial será debatida la parte alícuota de responsabilidad de cada demandado, que puede no ser coherente con la distribución de responsabilidades del resto de procedimientos.

En este sentido, tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior, para que una sentencia vincule a un juez respecto a un proceso posterior se requiere la triple identidad de partes, objeto y causa (el sentido positivo de la eficacia de la cosa juzgada del art. 222.4 LEC); no cabe duda de que dicha identidad no se cumple en los supuestos de distintas acciones de repetición contra infractores distintos en reclamación de cuantías que posiblemente sean distintas. De hecho, probablemente, el problema no radicaría específicamente en la eficacia positiva de la cosa juzgada, pues nos referimos a un escenario consistente en una múltiple interposición de distintas demandas de repetición que tendrían lugar más o menos en las mismas fechas, de modo que la diferencia temporal de las distintas presentaciones de las reclamaciones no sería tan importante como para que produjeran una sucesión de publicaciones de sentencias en el sentido de que una fuera el precedente de la siguiente.

En virtud de ello, tanto por la finalidad de que el esquema de la distribución de cuotas relativas de responsabilidad tenga una

coherencia general como por razones de pura lógica y economía procesal, resulta totalmente conveniente que el infractor o infractores que hayan resarcido a la víctima acumulen las distintas acciones de repetición contra todos los demandados en un mismo escrito de demanda, tal y como permite la acumulación subjetiva de acciones del art. 73 LEC:

Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir

Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.

Asimismo, si los distintos pleitos de repetición ya se han iniciado separadamente y se encuentran en la primera instancia, sin que haya finalizado el acto del juicio, a instancia de parte o por acuerdo de oficio del tribunal podría producirse la acumulación de procesos a que se refieren los arts. 74 y ss. de la LEC¹⁴⁷. En virtud de la acumulación, todos los juicios se tramitan en uno solo y se desprende una sola sentencia.

¹⁴⁷ Francisco RAMOS MÉNDEZ (2012), *op. cit.*, p. 111, sintetiza el sentido de la acumulación de juicios de la siguiente forma: “Bajo el rótulo “acumulación de procesos” se refiere la ley a la reunión en un sólo juicio de dos o más que se han iniciado separadamente, en base a que existe un criterio de conexión entre ellos, que justifica una respuesta judicial unitaria./Esta institución se funda no sólo en criterios de economía procesal, sino también de armonía: soluciones homogéneas para los mismos problemas. De ahí que se exija un criterio de conexión entre los juicios que han de acumularse, que justifique su tratamiento unitario. Estos criterios pueden ser más o menos rígidos en orden a la exigencia o conveniencia de la acumulación”.

IV. Síntesis de la posición del beneficiario de la exención en los distintos escenarios de la relación externa e interna de la solidaridad

Tanto en el capítulo anterior como en el presente hemos intentado desarrollar, del modo más preciso posible, los distintos escenarios que se pueden plantear en la relación externa e interna del régimen de responsabilidad solidaria que prevé la vigente LDC para los daños derivados de ilícitos *antitrust*, con especial concreción de la situación del beneficiario de la dispensa. En el análisis de la relación interna ya hemos expuesto los puntos de conexión con la vertiente externa, pues, inevitablemente, para desarrollar la primera, hemos tenido que partir de los distintos escenarios que suceden en la segunda.

Consiguientemente, en el presente apartado procedemos a exponer, sintética y esquemáticamente, las cuestiones y problemas que hemos apreciado de la dinámica conjunta de la relación externa e interna de la solidaridad, con un enfoque a la posición del beneficiario de la inmunidad. Distinguiremos entre si la reclamación la interpone un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la dispensa o bien otra parte perjudicada.

1. Reclamación interpuesta por un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la exención

a) Externamente, el beneficiario de la inmunidad responde solidariamente junto con el resto de cartelistas, sin excepción alguna: puede ser que pague la indemnización a la víctima, sea porque la reclamación se ha dirigido únicamente contra él o no.

b) Internamente, el beneficiario de la exención solo responde hasta el límite de su contribución relativa en el daño ocasionado por el cártel. La afirmación puede dar la primera impresión de que tampoco, internamente, el beneficiario de la inmunidad goza de excepción alguna. Sin embargo, parece que sí que saldrá beneficiado cuando aparezca la insolvencia de uno o varios cartelistas. A falta de una regla especial para la cuestión, consideramos que resulta de aplicación supletoria la norma del Código civil sobre la cuestión: el último párrafo del art. 1145 CC establece el reparto a prorrata de la cuota o parte de la misma que no puede afrontar el infractor insolvente. Según el primer inciso del segundo párrafo del art. 73.5 LDC, el beneficiario de la inmunidad responde, internamente, hasta el límite de su contribución al daño sufrido por sus contratantes. De este modo, el beneficiario de la dispensa podrá oponer que está excluido del reparto a prorrata de la parte que el insolvente no pueda pagar.

c) La anterior excepción en el supuesto de insolvencia, sin embargo, dejará de existir en el caso de que sea el beneficiario de la exención quien haya pagado la indemnización al damnificado y que todo el

resto de cartelistas sean insolventes total o limitadamente, de modo que mediante las acciones de regreso no pueda compensar la parte que en concepto de indemnización ha pagado y que excede de su contribución relativa al perjuicio. Entendemos que la situación puede tener una doble lectura. Una, que el legislador no ha tenido en cuenta la insolvencia de todos los demás infractores en el caso de que quien pague a la víctima sea el beneficiario de la dispensa y que, por tanto, fracasa la regla general que se establece para aquel en la relación interna, consistente en que su parte alícuota no podrá exceder de su contribución relativa al daño. O dos, que el supuesto encaja con la estructura general del régimen de solidaridad, pues, en relación con el beneficiario de la exención, el art. 73.4 a) LDC ya establece que ante sus propios compradores y proveedores directos o indirectos responde solidariamente; el riesgo de asumir la insolvencia de los demás, pues, forma parte del hecho de responder solidariamente.

2. Reclamación interpuesta por otras partes perjudicadas

a) En caso de que la reclamación sea ejercitada por un contratante de un infractor que no es el beneficiario de la inmunidad o bien por el contratante de una empresa ajena al cártel pero que se ha visto damnificada por el mismo en virtud del efecto paraguas, el beneficiario de la exención solo responde en caso de que el resto de cartelistas resulte ser insolvente. En este caso, el beneficiario de la dispensa no responde, pues, conjunta y solidariamente con el resto

de miembros del cártel. Se le brinda una posición como responsable subsidiario, reiteramos, en caso de que el resto no pueda pagar.

b) Internamente, si el reclamante ha sido un contratante de un cartelista que no es el beneficiario de la dispensa, este no responde, el resto de infractores no le pueden reclamar cuota alguna. Así se desprende de la propia norma: la regla general para la responsabilidad del beneficiario de la exención en la relación interna es que responde hasta el límite de su contribución en el daño sufrido por sus propios compradores o proveedores directos o indirectos (primer inciso del segundo párrafo del art. 73.5 LDC); seguidamente, el precepto ya pasa directamente a contemplar la acción ejercitada por un contratante de una empresa ajena al cártel (segundo inciso del art. 73.5 LDC). Así pues, teniendo en cuenta que los daños sufridos por los contratantes del beneficiario de la inmunidad no han sido objeto de indemnización en el pleito en cuestión y que, sobre la relación interna, la norma no especifica nada más, el escenario encaja con la regla de subsidiariedad que se establece para el beneficiario de la exención en la relación externa: solo responde, subsidiariamente, cuando todo el resto resulte ser insolvente (art. 73.4 b)). En efecto, si el beneficiario de la dispensa paga en la relación externa es porque es el único solvente, de modo que muy probablemente, en la relación interna, no podrá repetir contra nadie.

c) Siguiendo con el caso de que la víctima sea un comprador o proveedor directo o indirecto de un cartelista que no es el beneficiario de la exención, la excepción que se brinda a este consistente en que internamente no debe responder (salvo, como

acabamos de decir, que sea el único solvente), la LDC no regula de forma totalmente explícita el reparto de la cuota que se ahorra el beneficiario de la dispensa. Sin embargo, al tratarse de una obligación inserta en las reclamaciones de regreso de la relación interna, deducimos que los tribunales optarán por validar la aplicación de la regla de prorrata según la distribución de cuotas de responsabilidad relativa en el cártel, a la luz del art. 73.5 LDC.

d) Si el demandante es un afectado por el cártel que no contrató directa o indirectamente con ningún integrante del cártel, del mismo modo que el caso anterior, el beneficiario de la exención solo responderá en caso de que todo el resto de infractores sean insolventes. Si quien ha pagado a la víctima no es el beneficiario de la dispensa, sin embargo, se prevé que a este, internamente, se le pueda reclamar por su contribución relativa al daño generado a la víctima. La norma no lo establece en concepto de límite, de modo que en caso de posibles insolvencias del resto, el beneficiario de clemencia estará sujeto a la aplicación de la regla supletoria del art. 1145 CC sobre la distribución a prorrata. Parece que este planteamiento, pues, anula el privilegio consistente en la posición subsidiaria que el art. 73.4 b) LDC brinda al beneficiario de la exención: en la relación externa, mantiene su posición como responsable subsidiario (salvo que concurra la insolvencia de todo el resto de infractores) pero, internamente, le pueden reclamar su contribución relativa en el perjuicio que el cártel ha ocasionado a la víctima reclamante. En consecuencia, aunque externamente responda de forma subsidiaria, el beneficiario de la dispensa puede acabar respondiendo de la misma forma que los otros cartelistas

aunque sea otro infractor quien pague la indemnización; esto es, responderá en atención a su contribución relativa en el daño y con la posibilidad de asumir, a prorrata, las insolvencias de otros.

e) Siguiendo con el supuesto de demanda por parte de un perjudicado ajeno a cualquier relación comercial directa o indirecta con el cártel, si quien paga al damnificado es el beneficiario de la inmunidad, es porque el resto han resultado ser insolventes, de modo que dicha insolvencia seguirá existiendo, muy probablemente, en la relación interna. En este caso, el beneficiario de la exención, que ha asumido el resarcimiento, asume la insolvencia total o limitada del resto; de nuevo, el escenario nos encaja con la previsión de responsabilidad subsidiaria que el art. 73.4 b) establece en relación con el beneficiario de la inmunidad.

Del análisis de todos los escenarios posibles tanto en la relación externa como interna, así como de las conclusiones precedentes, parece ser que, para el beneficiario de la exención, el peor de los escenarios es que concurra la insolvencia de todo el resto de cartelistas, cuando el reclamante es un damnificado que no es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la dispensa. En estos casos, la excepción brindada al beneficiario de la exención desaparece y entra en juego la responsabilidad subsidiaria del mismo. Asimismo, hemos visto que, específicamente, cuando el reclamante es un afectado ajeno al cártel en virtud del efecto paraguas, el beneficiario de la dispensa, aunque externamente goce de la subsidiariedad que le otorga el art. 73.4 b) LDC, en virtud del

último inciso del art. 73. 5, a pesar de que sea otro infractor quien pague la indemnización y, por lo tanto, no se active su responsabilidad subsidiaria, en la relación interna responde del mismo modo que el resto de cartelistas.

El trasfondo de la cuestión sigue siendo el mismo que ya hemos reiterado a lo largo del presente trabajo: si el régimen de solidaridad previsto para la aplicación privada del Derecho de la competencia genera suficientes incentivos como para que los cartelistas se vean atraídos por ellos y opten por participar en los programas de clemencia. Ello, sin privar a la víctima de su derecho a obtener una adecuada compensación por los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del ilícito anticompetitivo.

En un ejercicio de mayor concreción, podemos afirmar que los incentivos del potencial beneficiario de la exención dependerán, en buena medida, pues, de la probabilidad que anticipe que existe que todo el resto de cartelistas resulte insolvente, pues en este caso, si le reclama un damnificado ajeno a sus relaciones comerciales directas o indirectas, tendrá que responder. A estas alturas, resulta lógico que no tengamos datos estadísticos sobre la cuestión. Asimismo, el cartelista puede hacer la reflexión de que quizá, la posibilidad de que él mismo acabe siendo el único solvente no es tan remota, pues el resto de infractores tendrán que afrontar una multa que puede llegar al 10 % de su volumen de negocios o que cuyo importe puede exceder del importe de 10 millones de € (art. 63.1 c) y 63.3 c) LDC). El beneficiario de la exención, en cambio, en virtud de su propia condición, queda exonerado de la sanción pública.

Asimismo, consideramos que todo cartelista puede tener en cuenta la realidad siguiente: puede más o menos anticipar el límite máximo del importe de la multa que puede tener que afrontar en sede de aplicación pública del Derecho *antitrust*, en virtud de las reglas sobre límites del art. 63 LDC o del art. 23.2 el Reglamento 1/2003. Sin embargo, la capacidad de anticipación del importe de responsabilidad en la aplicación privada del Derecho de la competencia se ve significativamente reducida.

Por supuesto, este juego de incentivos tiene lógica si no perdemos de vista que el dilema del potencial beneficiario de la dispensa radica en que la solicitud de la exención de la multa supone la denuncia de la existencia del cártel. En el primer capítulo del presente trabajo hemos justificado que los programas de clemencia han contribuido, claramente, a aumentar la detección de cárteles, teniendo en cuenta el carácter secreto de estos. El dilema del cartelista consiste en que, quizá, si no revela la existencia de la infracción, este nunca será descubierto, de modo que no sería sancionada ni en sede de la aplicación pública ni privada del Derecho de la competencia.

CAPÍTULO QUINTO
LA INCIDENCIA DE LAS RESOLUCIONES
EXTRAJUDICIALES EN LA RESPONSABILIDAD
SOLIDARIA Y EL BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN

I. Introducción al artículo 77 LDC. Concepto de “solución extrajudicial” y contenido de la misma

1. Estructura del art. 77 LDC

El art. 77 de la vigente LDC regula los efectos de los acuerdos extrajudiciales en las reclamaciones de daños. El precepto, dividido en cuatro apartados, reza lo siguiente:

Artículo 77. Efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños.

1. El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó.

2. Los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando los coinfractores que no hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial no pudieran pagar la indemnización restante, la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario.

4. Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.

El apartado 1º dispone que la indemnización a la que tiene derecho la víctima se verá reducida en la proporción que tenga en el perjuicio el cartelista integrante en el acuerdo extrajudicial.

Seguidamente, el apartado 2º, aunque puede plantear dudas acerca de si se refiere al estadio anterior o posterior al total resarcimiento de la víctima, debemos llegar a la conclusión de que se sitúa tanto en la relación externa como interna: así se desprende de una lectura literal de los términos “contribución por la indemnización restante”, y de una interpretación conjunta de los Considerandos 51 y 52 de la Directiva¹⁴⁸. Por lo tanto, entendemos que el apartado 2º, por una

¹⁴⁸ El concepto “contribución por la indemnización restante” puede referirse tanto a una posible reclamación al participante de la solución extrajudicial antes de que se proceda al pleno resarcimiento de la víctima (o a un estadio inmediatamente posterior), como a las acciones de regreso de la relación interna. Parece que así lo clarifica el Considerando 51 de la Directiva: “Por tanto, un infractor que es parte en un acuerdo extrajudicial no debe contribuir en principio a sus coinfractores no participantes en dicho acuerdo cuando estos últimos hayan abonado una indemnización a la parte perjudicada con la que el primer infractor haya llegado previamente a un acuerdo extrajudicial”. Cabe intuir que la Directiva de daños se refiere a las reclamaciones en la relación interna, de las que el participante en el acuerdo debe ser excluido, pues el inciso menciona que el resto de infractores ya ha abonado una indemnización a la parte perjudicada. Además, el Considerando 52, respecto al apartado 4º del art. 77 LDC, veremos se refiere a la compensación del integrante del acuerdo en la relación interna únicamente en el supuesto de una reclamación de daños posterior por parte de otra víctima no participante en la misma solución extrajudicial.

parte, pretende clarificar que frente la parte damnificada, la responsabilidad del infractor que ha formado parte de una solución extrajudicial queda saldada con la porción abonada en virtud de dicha vía alternativa. Y, por otro lado, se dispone que los infractores no participantes en la solución extrajudicial no tendrán derecho de repetición contra quienes han alcanzado un acuerdo con la misma víctima a quien aquellos han abonado la indemnización restante. Dicho de otra forma, en definitiva, el infractor que ha llegado a una solución extrajudicial y ha pagado una cantidad en virtud de la

Del mismo modo lo entiende parte de la doctrina que ya ha analizado la cuestión: María Concepción PABLO-ROMERO GIL-DELGADO (2015), “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 16, primer semestre de 2015, pp. 8-9: “Dos cuestiones importantes se ventilan aquí. La primera que quien haya llegado a un acuerdo y paguen no siguen siendo responsables por la totalidad de los daños. La segunda, que quienes hayan pagado mediando acuerdo no deben contribuir más que con lo ya pagado, aun cuando la cuota parte que les correspondiere en la totalidad de los daños fuera mayor [...] Vistas así las cosas, queda claro que quienes hayan acordado, de una u otra manera, el pago de la indemnización que les corresponde quedan liberados de toda responsabilidad posterior. Y a ellos no puede exigírseles que hagan frente a parte alguna del daño, ni puede tampoco repercutírseles cantidad alguna por lo restante”. Sin embargo, Carlos GÓMEZ ASENSIO (2019), “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *op. cit.*, defiende que la exclusión se refiere, exclusivamente, a una posible reclamación en la misma relación externa: “Por ello, debe observarse que el art. 77.2 LDC se sitúa en un momento anterior al nacimiento del presupuesto objetivo de la acción de regreso –el pago por el coinfractor–, al referir que ningún coinfractor puede exigir del infractor parte del acuerdo extrajudicial una “contribución por la indemnización restante”, exigencia que refiere a un momento anterior al pago por los infractores”.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, destacamos la regulación portuguesa sobre la materia, la cual dispone expresamente que los infractores no participantes en el acuerdo extrajudicial que hayan resarcido a la víctima por la indemnización restante, no podrán repetir, internamente, contra los integrantes de la solución extrajudicial respecto a la misma parte perjudicada: “*Os coinfratores que não participaram num acordo extrajudicial não dispõem de direito de regresso em relação ao infrator que participou nesse acordo, quando os primeiros paguem a indemnização remanescente ao lesado com o qual o infrator tenha chegado a um acordo extrajudicial*” (art. 11.5 de la Lei 23/2019).

misma queda liberado tanto en la relación externa como interna de la responsabilidad solidaria referente a la misma víctima con quien ha transigido.

El apartado 3° dispone que, en lo que atañe al importe de la indemnización no cubierto por el acuerdo extrajudicial, la víctima sí que puede reclamar dicha compensación restante al infractor con quien ha alcanzado un acuerdo extrajudicial si todo el resto de infractores resulta ser insolvente. Entendemos, pues, que la ley regula una suerte de responsabilidad subsidiaria similar a la que se establece para el beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia, externamente, cuando el reclamante no es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo y todo el resto de demandados ser insolvente: el infractor participante en el acuerdo extrajudicial con la víctima reclamante, a pesar de ya haber satisfecho una parte de la indemnización mediante la ejecución de dicho acuerdo, puede tener que satisfacer el importe restante que el demandante no haya podido recabar del resto de infractores. La subsidiariedad, sin embargo, puede ser excluida por el propio acuerdo extrajudicial.

Por último, el apartado 4° establece que en las acciones de regreso, para el cálculo de las distintas contribuciones relativas tendrá que tenerse en cuenta los daños y perjuicios abonados por alguno de los infractores en un acuerdo extrajudicial previo. Tal y como analizaremos más adelante, partiendo de que el infractor que ha alcanzado una solución extrajudicial con la víctima no puede ser reclamado internamente mediante acciones de regreso, veremos que la previsión del art. 77.4 LDC se refiere a un pleito posterior

respecto a otra víctima no participante en el acuerdo extrajudicial existente en la anterior reclamación de daños.

El art. 77 LDC supone la transposición del art. 19 de la Directiva. La estructura de ambos preceptos es la misma. Únicamente destacamos que el primer inciso del apartado 2º prevé, explícitamente, que en principio, la víctima solo podrá reclamar la parte restante de la indemnización a los infractores que no hayan participado en el mismo¹⁴⁹.

Así, el art. 19 de la Directiva de daños establece:

Artículo 19

Efecto de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños

1. Los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfractor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia ocasionó a la parte perjudicada.

¹⁴⁹ De esta misma forma lo establecía la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva: “1. El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en los términos pactados, pudiendo aquella dirigir su acción únicamente contra los otros sujetos infractores, en su caso, para reclamarles la proporción restante”. Quizá puede considerarse que esta fórmula de redacción resulta más coherente, en el sentido de que clarifica mejor que en la relación externa, la responsabilidad del integrante de la vía extrajudicial queda saldada por la aportación indemnizatoria llevada a cabo en virtud de la misma, de modo que el concepto “contribución” del segundo inciso tiene que referirse a las acciones de regreso, una vez la víctima ha sido resarcida por la indemnización restante.

2. *Cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo. Los coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que participó en el acuerdo una contribución en la reclamación restante.*

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros velarán por que, cuando los coinfractores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial no puedan pagar los daños y perjuicios correspondientes a la reclamación restante de la parte perjudicada que alcanzó el acuerdo, esta pueda exigir la reclamación restante al coinfractor con quien se haya alcanzado el acuerdo extrajudicial.*

La excepción recogida en el párrafo primero podrá quedar expresamente excluida en las condiciones del acuerdo consensual.

4. *Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.*

La LDC también contiene previsiones sobre los acuerdos extrajudiciales en relación con la interrupción del plazo de prescripción de las reclamaciones de daños (apartado 4º del art. 73 LDC) y en lo referente al efecto suspensivo de la solución extrajudicial (art. 81 LDC). Dichos preceptos suponen la transposición al ordenamiento español del art. 18 de la Directiva de daños, en el cual se regulan las cuestiones referentes tanto a la prescripción del plazo de la reclamación de daños como al efecto suspensivo de la solución extrajudicial.

2. Distintas posibilidades de “solución extrajudicial”

La LDC no especifica los posibles sistemas de solución extrajudicial de la reclamación civil por daños *antitrust*. Sí que hace mención de ellos el Considerando 48 de la Directiva:

“Es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de

partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia”.

En realidad, los que menciona el Considerando citado coinciden con los sistemas alternativos de resolución de conflictos básicos del Derecho civil: la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Por ahora, interesa comentar en qué ocasiones las resoluciones de estos sistemas adquieren carácter ejecutivo y la forma en que pueden evitar o poner fin al proceso judicial:

a) En lo que atañe a un acuerdo derivado de una negociación, si tiene lugar antes del inicio del pleito civil, solo constituirá título ejecutivo la primera copia de la escritura de su elevación a público, o de la segunda, si está “dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes” (art. 517.2 4º LEC). El acuerdo también puede tener lugar una vez interpuesta la reclamación de daños y ser homologado por el juez, en cuyo caso el acuerdo pondría fin al pleito y constituiría título ejecutivo (art. 415, 19.2 y 517.2 3º LEC).

b) La conciliación también puede tener lugar antes o una vez ya presentada la reclamación de daños por parte de la víctima. La conciliación pre jurisdiccional es un acto de jurisdicción voluntaria regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 3.7.2015) (en adelante, LJV). Del acto de conciliación es concededor el letrado de la

administración de justicia del juzgado de lo mercantil competente. El procedimiento termina, si la conciliación resulta satisfactoria, con un testimonio del acta de conciliación y el decreto del letrado de la administración de justicia; ambos documentos constituyen el título ejecutivo de la resolución de la mediación (art. 147 LJV y art. 517.2 9º LEC).

El acuerdo derivado de la conciliación puede acaecer una vez iniciado el procedimiento judicial, ante el juez competente del mismo, en el acto de la audiencia previa. En este caso, el acuerdo es homologado por Su Sª, pone fin al pleito y deviene título ejecutivo (art. 415, 19.2 y art. 517.2 3º LEC).

c) La mediación se halla regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº 162, de 7.7.2012) (en adelante, LM). Puede consistir un sistema para evitar la vía jurisdiccional o bien para dar fin a la misma; en este último caso, destacamos el tercer párrafo del art. 415.1 LEC, que dispone que las partes, en el acto de la audiencia previa, pueden solicitar la suspensión del proceso que prevé el art. 19.4 LEC¹⁵⁰ con la finalidad de someterse a mediación. Asimismo, de la misma forma que los dos sistemas extrajudiciales anteriores, según el apartado 3º del mismo art. 19 LEC, la sumisión a dichos métodos alternativos puede tener lugar en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de sentencia. Y, también en el caso de

¹⁵⁰ Art. 19.4 LEC: 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

la mediación, el juez homologará el acuerdo resultante que dará fin al pleito (art. 19.2 LEC).

Tanto si la mediación tiene lugar antes o una vez iniciado el proceso civil, el acuerdo, para devenir título ejecutivo, tiene que elevarse a escritura pública (art. 25 LM y art. 517.2 2º LEC).

d) El arbitraje se regula en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 23.12.2003) (en adelante, LA). En este sistema, las partes acuerdan someter la controversia a uno o varios árbitros, quienes pueden ser elegidos directamente por las partes (arbitraje ad hoc) o bien dejar el nombramiento a una institución, junto con la administración del propio arbitraje (arbitraje institucional). El convenio arbitral, aparte de acordar la sumisión de la controversia al arbitraje, puede establecer las normas jurídicas aplicables y, a falta de estipulación en este sentido, el árbitro aplicará las que estime más oportunas; asimismo, los árbitros solo decidirán en equidad si así lo prevé el convenio arbitral. A diferencia de los acuerdos resultantes de los sistemas anteriores, el laudo arbitral produce eficacia de cosa juzgada y frente a él solo cabe el recurso de anulación o de revisión (art. 43 LA). Según el art. 517.2 2º LEC, el laudo arbitral es título ejecutivo cuando es elevado a escritura pública.

Que el laudo tenga eficacia de cosa juzgada, como cualquier sentencia judicial, es significativo, pues en principio, los infractores participantes en el arbitraje no podrían ser reclamados junto con el resto de infractores no integrantes del mismo, ni siquiera aunque, respecto a los primeros, la víctima solicite su responsabilidad

subsidiaria. Consideramos que un procedimiento ulterior estaría vetado por la vertiente negativa de la eficacia de la cosa juzgada material del art. 222 LEC, pues concurriría, respecto a los participantes del arbitraje, la triple identidad de partes, objeto y causa de pedir; ello, sin perjuicio, claro está, de que el laudo pueda ser revisado o anulado. Se trataría de un supuesto que plantearía la contradicción entre el mencionado art. 222 LEC y el art. 77.3 LDC, pues este último dispone que la víctima puede cobrar la indemnización del infractor participante en la vía extrajudicial si el importe completo no lo ha podido recabar de todo el resto, salvo que este extremo haya sido excluido por las partes del acuerdo. Entendemos, de todas formas, que el principio *lex specialis derogat legi generali* haría decantar la balanza a favor del art. 77.3 LDC.

Al igual que el resto de sistemas alternativos de resolución de conflictos, el arbitraje puede tener lugar antes o después de la interposición de la reclamación de daños. Y, también de la misma forma que los supuestos anteriores, en este segundo escenario, la sumisión puede tener lugar en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de sentencia (art. 19.3 LEC).

En las reclamaciones por daños *antitrust*, entendemos que ostentará gran protagonismo el arbitraje administrado por la CNMC. La función de este arbitraje institucional por parte de la CNMC está contemplada por el at. 5.1 b) LCCNMC:

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

[...]

b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

Dicha función arbitral se encuentra desarrollada por el art. 46 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE nº 309, de 31.8.2013):

Artículo 46. Función arbitral

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo.

3. Contenido de la solución extrajudicial y límite al derecho de resarcimiento del perjudicado

Resulta conveniente precisar lo que la víctima del daño derivado por el cártel puede acordar con uno, varios o todos¹⁵¹ los miembros

¹⁵¹ En aras de reducir la incertidumbre que tanto la víctima como para los infractores existe en las reclamaciones por daños *antitrust*, tal y como razona el Considerando 48 de la Directiva, el objetivo legislativo es incentivar que acuda a las soluciones extrajudiciales el mayor número de partes posible: “Es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes

del cártel, mediante los sistemas que hemos expuesto en el epígrafe anterior. La duda que puede surgir es si, en caso de que el damnificado no llegue a un acuerdo con todos los cartelistas, la indemnización pactada en el acuerdo extrajudicial debe corresponderse o no con la parte que la víctima no podrá pedir, en la relación externa de la solidaridad, al resto de cartelistas no participantes en el acuerdo. Es decir, si una vez la víctima ya ha percibido, extrajudicialmente, parte de la indemnización a la que tiene derecho, la reducción que prevé el primer apartado del art. 77 LDC supone otra disminución coincidente con la cuota de responsabilidad relativa del participante en la solución extrajudicial, o bien la reducción se limita a la porción ya recibida en virtud de aquel.

perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia”.

De hecho, nada obsta a que la pluralidad también exista en las partes perjudicadas. Puede ser que un conjunto de víctimas afectadas por un cártel lleguen a un acuerdo extrajudicial con uno o varios miembros del mismo. En ese caso, las pretensiones de cada víctima respecto a la porción de la indemnización no satisfecha por las vías extrajudiciales podrían canalizarse por la acumulación subjetiva de partes demandantes (arts. 71 a73 LEC) o por una acumulación de procesos (arts. 74-80 LEC). En esos supuestos, de todas formas, los distintos escenarios y dinámicas que veremos en este capítulo que se producen en las relaciones externa e interna de la solidaridad, tanto en la fase declarativa y de condena como en la fase de ejecución de sentencia firme, no se verían afectados por el hecho de que del acuerdo extrajudicial forman parte una pluralidad de víctimas, pues las compensaciones entre estas y los infractores tienen que ser objeto de debate respecto a cada daño específico sufrido por cada víctima. Incluso la situación sería la misma si un conjunto de consumidores y usuarios decidiera interponer una acción colectiva, pues el propio art. 22.1 1º LEC prevé que: *1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.*

El apartado 1º del art. 77 LDC (y, equivalentemente, el art. 19.1 de la Directiva de daños) se refiere a la reducción del derecho al resarcimiento de la víctima *en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó*. En efecto, la expresión, trasladada a un supuesto de cártel, se refiere a la contribución relativa del cartelista en la infracción conjunta que ha ocasionado el perjuicio a la víctima¹⁵². De hecho, en este sentido lo clarifica el Considerando 51 de la Directiva:

“Con objeto de fomentar los acuerdos extrajudiciales, el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial. Ello podría suceder en caso de que un infractor que participa en una solución extrajudicial, incluso tras llegar a un acuerdo, siguiese siendo conjunta y solidariamente responsable de resarcir el perjuicio ocasionado por la infracción. Por tanto, un infractor que es parte en un acuerdo

¹⁵² Está de acuerdo con esta conclusión Carlos GÓMEZ ASENSIO (2019), *op. cit.*, pp. 204-205: “En este sentido, la víctima del daño que alcanza un acuerdo extrajudicial con uno de los causantes del mismo, verá reducido su derecho a solicitar el resarcimiento por dicho daño frente al resto de coinfractores, al no poderles reclamar la totalidad del mismo, sino tan solo la parte proporcional restante después de descontar el porcentaje de participación del coinfractor con el que alcanzó el acuerdo, lo que supone una excepción al carácter indistinto del deber de prestación de las obligaciones solidarias contenido en el art. 1.144 CC, el cual permite reclamar a cada uno de los codeudores solidarios la totalidad de la deuda”. También María Concepción PABLO-ROMERO GIL-DELGADO (2015), *op. cit.*, pp. 8 y ss.

extrajudicial no debe contribuir en principio a sus coinfractores no participantes en dicho acuerdo cuando estos últimos hayan abonado una indemnización a la parte perjudicada con la que el primer infractor haya llegado previamente a un acuerdo extrajudicial. El corolario de esta norma de no contribución lo constituye que la pretensión de la parte perjudicada debe ser reducida por la cuota del perjuicio que se le haya ocasionado correspondiente al infractor parte en el acuerdo extrajudicial, con independencia de que el importe del acuerdo sea igual o distinto a la cuota relativa del perjuicio que dicho infractor haya provocado a la parte perjudicada con quien se haya llegado al acuerdo. Esta cuota relativa debe calcularse de conformidad con las normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. Sin esa reducción, el infractor que no participa en la solución extrajudicial se vería indebidamente afectado por acuerdos en los que no ha participado”.

Es decir, según la Directiva 2014/104/UE, aunque no coincida con la parte de la indemnización abonada en virtud del acuerdo extrajudicial, al importe restante de la indemnización que puede pedir la víctima se le tiene que restar el porcentaje sobre el daño total ocasionado que represente la contribución relativa del cartelista participante en el acuerdo.

Procede advertir, sin embargo, que tal planteamiento supone que el cálculo y discusión de las respectivas contribuciones de cada cartelista en el cártel se realiza en la propia reclamación de la víctima. Tal y como hemos desarrollado en el capítulo anterior, la

distribución de las responsabilidades relativas de los cartelistas tiene cabida en la relación interna de la solidaridad. La literalidad del precepto español y europeo y del Considerando 51 de la Directiva de daños implica que se impone a la víctima la carga de probar y defender la distribución de cuotas de responsabilidad entre los demandados o, en su defecto, deberán ser los demandados quienes introduzcan el debate de tal distribución. La regulación presenta, pues, un régimen que, en este sentido, podría defenderse que quizá es más cercano a la responsabilidad individual y no solidaria, ya que no se cumpliría con la principal característica de la relación externa de esta última, consistente en el derecho del acreedor a solicitar la deuda íntegra a cualquiera de los deudores. Y ello a pesar de que el art. 73.1 LDC dispone claramente que, en caso de infracción conjunta del Derecho de la competencia, los infractores responden solidariamente.

El art. 77 LDC, como regla sectorial, supone una excepción al régimen de solidaridad general, pues la víctima no puede reclamar la totalidad de los daños que ha sufrido a uno, varios o a todos los infractores, conjuntamente. Parece que dicha excepción queda justificada porque la función de garantía de la solidaridad sigue, en parte, siendo eficaz. A pesar de la posición subsidiaria del cartelista que ha participado en el acuerdo y del beneficiario de la exención (en caso de que este último no coincida con primero y también ostente la subsidiariedad en su condición de beneficiario de la dispensa), de todo el importe restante de la indemnización sigue respondiendo el resto de cartelistas. No opera, pues, un sistema de

responsabilidad individual en que cada uno responde únicamente de su parte, ni tampoco un régimen de mancomunidad.

De todos modos, también debe destacarse que el cálculo de las distintas cuotas y el descuento de la responsabilidad relativa respecto al participante en el acuerdo que ya ha aportado una porción de la indemnización, siempre da lugar a que la indemnización a la que tiene derecho la víctima es inferior al daño que realmente ha sufrido debido al cártel. Es decir, la previsión del apartado 1º del art. 77 no representa únicamente una regla de cálculo para determinar la indemnización restante, sino que, efectivamente, veremos que supone una constante matemática según la cual, independientemente del número de integrantes del cártel, de la distribución de los porcentajes de responsabilidad de cada infractor y de si el participante de la vía extrajudicial paga el mismo, menor o mayor importe respecto a su cuota relativa, la cantidad restante que puede reclamar la víctima siempre coincide con el importe de restar, del daño total que ha sufrido por el cártel, el importe correspondiente al porcentaje de susodicha responsabilidad relativa del infractor con quien ha alcanzado una solución extrajudicial.

El derecho al pleno resarcimiento de la víctima, pues, sufre un menoscabo. Las regulaciones de la Directiva 2014/104/UE y de la LDC así lo asumen y parece que lo justifican en atención principio de la libertad de pacto entre las partes y con el objetivo de incentivar las soluciones extrajudiciales.

Por otra parte, veremos que esta estructura podría plantear controversia sobre la eficacia positiva de cosa juzgada material en la relación interna. Y es que en la reclamación de la indemnización por parte del damnificado, ya ha habido la discusión y determinación judicial sobre la distribución de responsabilidades relativas o, al menos, la referente al cartelista que ya ha pagado extrajudicialmente. Pero, posteriormente, salvo que concurra la insolvencia de todo el resto de cartelistas, habrá una segunda sucesión de acciones en las que el infractor que ha pagado la indemnización restante, repite contra el resto de infractores no participantes en la solución extrajudicial, de modo que surgirá de nuevo la cuestión del reparto de cuotas de responsabilidad relativa. En esa segunda vertiente no concurrirá la identidad de partes que requiere el art. 222.4 LEC, pues, reiteramos, los que han transigido con la víctima no pueden ser reclamados, internamente. Sin embargo, en aras de que haya una coherencia global referente a las acciones de regreso que tendrán lugar en la relación interna, los juzgadores de esta segunda vertiente deberían tener en cuenta la distribución de cuotas de responsabilidad relativa llevada a cabo en la relación externa.

Por todo lo anterior, quizá podría plantearse, como regulación alternativa, la redacción del apartado 1º del art. 77 LDC que contenía la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva¹⁵³:

¹⁵³ Apréciase que la Comisión General de Codificación propuso la redacción en sentido distinto de la prevista por la Propuesta de Directiva y por la propia Directiva de daños; téngase en cuenta que, obviamente, la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva de daños es posterior a esta. Sin embargo, el art. 77 LDC quedó redactado, finalmente, en la idéntica dirección que la norma europea.

“1. El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en los términos pactados, pudiendo aquella dirigir su acción únicamente contra los otros sujetos infractores, en su caso, para reclamarles la proporción restante.”

Es decir, que el importe que se restaría de la indemnización a la que tiene derecho la víctima, únicamente, sería lo que esta habría cobrado en virtud del acuerdo extrajudicial¹⁵⁴.

En esta estructura alternativa, la situación de la víctima ya queda equilibrada en la relación externa, desde el mismo momento en que cobre la indemnización, la cual, aquí sí, se correspondería con el importe real del daño económico que ha sufrido como consecuencia del cártel. Y es que en la sentencia, el juez debería condenar en el importe en que considere que el daño está oportunamente cuantificado y, a dicho importe, le restaría la cantidad que la víctima ya haya recibido por la vía extrajudicial.

Sin embargo, la regulación de la Propuesta de Ley para la Transposición de la Directiva da respuesta a algunos problemas que hemos destacado, pero no a todos. De hecho, plantea la cuestión de

¹⁵⁴ Parece que es la posición que defiende Helmut BROKELMANN (2015), *op.cit.*, p. 18, a pesar de que no expone un análisis exhaustivo sobre la materia: “El artículo 19, por su parte, establece, de forma similar al artículo 11.4 respecto de los beneficiarios de una dispensa de la sanción, importantes privilegios para el co-infractor que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial con la parte perjudicada. Por un lado, la reclamación del damnificado (es decir, en la relación externa de los responsables solidarios) debe reducirse en la proporción correspondiente al acuerdo alcanzado, lo cual, bien interpretado, ya puede deducirse del artículo 1.148 de nuestro Código Civil”.

que el resto de cartelistas no participantes en la vía extrajudicial podrían verse afectados negativamente por la existencia del acuerdo extrajudicial. Ello sucedería si la porción que paga el infractor participante en el pacto con la víctima es inferior a lo que realmente debe en atención a su cuota de responsabilidad relativa. Por lo tanto, de lo que posteriormente responderían el resto de cartelistas no sería de la diferencia para con dicha cuota relativa, sino del importe satisfecho extrajudicialmente, que sería menos cantidad de lo que corresponde al participante en el acuerdo.

Esta reflexión nos lleva a la conclusión de que el legislador tenía que elegir qué derechos tenían que verse menoscabados: el derecho al pleno resarcimiento de la víctima por el daño que realmente ha sufrido o por el del resto de infractores a no responder por más de lo que deben. La Directiva de daños y la LDC apuestan por la primera opción en justificación, reiteramos, de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y por el objetivo crear incentivos de participación en la vía extrajudicial. No obstante, resulta fácilmente deducible, debido al recorte del derecho al pleno resarcimiento que hemos advertido líneas más arriba, que en el sistema que plantea la LDC al respecto, los incentivos para acudir a la vía extrajudicial que corren peligro son los de la propia víctima del cártel.

No obstante, apréciase que ni la regulación vigente ni la que contenía la Propuesta de Ley de Transposición de la misma incluyen una solución clara al supuesto en que el cartelista parte de un acuerdo extrajudicial previo aporte más de lo que realmente debería responder en virtud de su responsabilidad relativa en el cártel. Podría suceder que, en el cálculo de las distintas cuotas de

responsabilidad efectivas, el juzgador aprecie que el infractor participante en el acuerdo extrajudicial pagó más de lo que debía. Veremos que parece que la situación del participante en el acuerdo extrajudicial pretende equilibrarse en las acciones de repetición que puede interponer el infractor que ha pagado la indemnización a una víctima no participante en el acuerdo.

II. Tres efectos de los acuerdos extrajudiciales: sobre la cuantificación de la sanción pública, sobre la interrupción de la prescripción de la acción de daños y sobre la suspensión del procedimiento judicial civil

1. Las soluciones extrajudiciales como atenuante de la responsabilidad en sede de la aplicación pública del Derecho de la competencia

En el capítulo precedente hemos dedicado unas líneas a los criterios del art. 64 LDC que debe utilizar la CNMC¹⁵⁵ para multar a quienes vulneran el Derecho de la competencia; en especial, cuando la infracción consiste en un cártel. Hemos visto que la letra “c)” del apartado 3º de dicho artículo dispone, como circunstancia atenuante a tener en cuenta para determinar el importe de la sanción:

c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

¹⁵⁵ Las Directrices de 2006, para el ámbito de la UE, no prevén la solución extrajudicial como una circunstancia atenuante a considerar por la Comisión.

Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución.

La regla es el resultado de la transposición a la LDC del art. 18.3 de la Directiva de daños:

3. Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial.

En efecto, el último inciso de la disposición española fue añadido por el Real Decreto-ley 9/2017, en virtud de la transposición de la Directiva de daños al ordenamiento nacional. Apréciase que el atenuante solo tiene lugar si la compensación se ha otorgado a una víctima de la infracción antes de que la CNMC haya emitido la resolución sancionadora. Consiguientemente, la regla va dirigida a una potencial acción de daños *stand-alone*, en virtud de las cuales la víctima tiene que acreditar, además de los daños y la relación de causalidad, la propia existencia de la infracción, su naturaleza y su ámbito material, personal, temporal y territorial.

Se trata, en definitiva, del supuesto en que una empresa se anticipa a la inspección del cártel por parte de la CNMC y reclama la indemnización, extrajudicialmente, a un agente del que tiene certeza que forma parte del cártel. El planteamiento puede tener sentido si el acuerdo extrajudicial se alcanza antes de que la víctima haya interpuesto la reclamación en el juzgado competente, pues una vez admitida a trámite la demanda, en atención al art. 404.3 LEC, el

letrado de la administración de justicia tiene que informar sobre la misma a la CNMC, de modo que muy probablemente esta iniciaría el procedimiento sancionador de oficio:

3. En los procesos en los que sean de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a la Comisión Nacional de la Competencia de la resolución admitiendo la demanda en el plazo previsto en el párrafo primero.

Es decir, si la indemnización tiene que acaecer una vez presentada la demanda y, por lo tanto, presumiblemente, a poco tiempo de que la CNMC inicie la investigación del cártel, entendemos que si, para la víctima, el aspecto temporal no le resulta decisivo, le sale más a cuenta esperar a la firmeza de la resolución sancionadora e interponer, posteriormente, la acción de seguimiento. Y es que las ventajas de las acciones *follow-on*, para la víctima, son múltiples: no tiene que preocuparse de las alegaciones en contra de la existencia y naturaleza del cártel; la resolución establecerá todos los integrantes de la infracción y su ámbito personal, temporal y territorial, de modo que con el sistema de responsabilidad solidaria que establece la LDC, tendrá más patrimonios a su merced sin incurrir en costes de identificación de los infractores; y cabe la posibilidad de que en sede judicial se otorgue una indemnización superior a la acordada previa y extrajudicialmente con alguno de los cartelistas, pues el acuerdo extrajudicial, probablemente, será el resultado de una negociación en que la parte infractora habrá

marcado un límite máximo del importe que puede llegar a pagar en concepto de indemnización.

Lo anterior nos lleva de nuevo, pues, a la consideración que hemos reiterado a lo largo del presente trabajo: a la víctima de un cártel le resulta totalmente recomendable, a pesar que ello le cueste más tiempo, apostar por la acción *follow-on*. El actual régimen de responsabilidad extracontractual por daños *antitrust* de la vigente LDC, en transposición de la Directiva de daños, lo certifica. De esta forma, desde el punto de vista del damnificado, antes que alcanzar un acuerdo con alguno de los infractores antes de presentar la reclamación de daños en el ámbito jurisdiccional, quizá le sería más oportuno denunciar la existencia del cártel a la CNMC, si aún no lo ha hecho un cartelista aspirante a obtener la exención de la multa mediante el programa de clemencia.

Consideramos, en consecuencia, que la resolución de una solución extrajudicial previa a la interposición de la acción *stand-alone* de daños solo estaría justificada por el hecho de que le resulta realmente gravoso el aspecto temporal de esperar a la firmeza de la resolución sancionadora pública, o bien si tiene la seguridad de que el infractor participante en el acuerdo podrá resarcirle con un importe que cumpla con sus expectativas.

2. Interrupción de la prescripción por el inicio de una solución extrajudicial

En capítulos anteriores hemos analizado que el apartado 1º del art. 74 LDC dispone que la acción de responsabilidad extracontractual derivada de la vulneración del Derecho de la competencia prescribe en 5 años. Hemos hecho mención de la regulación del *dies a quo* contenida en el apartado 2º y ha sido objeto de comentario la regla de interrupción de la prescripción del apartado 3º.

En este punto nos interesa, sin embargo, el supuesto de interrupción del plazo de prescripción que prevé el apartado 4º:

4. Asimismo se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.

El precepto es el resultado de la transposición del art. 18.1 de la Directiva:

1. Los Estados miembros velarán por que el plazo para ejercitar una acción por daños se suspenda hasta tanto no concluya cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias que tenga lugar. La suspensión del plazo solo se aplicará en relación con las partes que estén o

*estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia*¹⁵⁶.

Procede clarificar que la regla de interrupción del art. 74.4 LDC no tendrá cabida cuando el sistema de solución extrajudicial se inicie una vez interpuesta la reclamación en el juzgado competente. En líneas anteriores hemos visto que los sistemas de resolución alternativa de conflictos pueden tener lugar una vez iniciado el proceso judicial, en cualquier fase de la primera instancia, recursos y ejecución de sentencia. El art. 1973 CC, además, ya prevé la interrupción prescripción por su ejercicio ante los tribunales.

Por su parte, el inciso [...] *La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia* supone una excepción a la regla general de la interrupción de la prescripción que prevé el Código civil para la relación externa de las obligaciones solidarias:

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a

¹⁵⁶ Apréciase la discordancia entre la norma europea y la LDC respecto a la suspensión y/o interrupción en caso de solución extrajudicial. Si bien hemos visto que el art. 10.4 de la Directiva 2014/104/UE, en cuanto a la prescripción en general, explícitamente daba la opción a los Estados miembros de optar por la suspensión o bien por la interrupción, el citado art. 18 solo hace referencia a la suspensión. El legislador español, sin embargo, fiel al art. 1973 CC, ha seguido optando por la interrupción.

todos los acreedores y deudores (párrafo 1º del art. 1974 CC)¹⁵⁷.

La precisión del art. 74.4 LDC, sin embargo, no cobra importancia si la víctima opta por la estrategia que, anteriormente en el presente trabajo, ya hemos justificado que resulta la más óptima: demandar conjuntamente, en un primer momento, a todos los miembros del cártel. En efecto, la víctima lo puede hacer aunque alguno o varios de los demandados hayan sido parte en un acuerdo extrajudicial, pues cumplirá con las previsiones de la LDC si solicita que la responsabilidad de las partes de la solución extrajudicial sea subsidiaria. Así, el mencionado inciso del art. 74.4 LDC solo merecería ser tenido en cuenta en caso de que, en las acciones *follow-on*, la solución extrajudicial se iniciase mucho tiempo después de la publicación de la resolución sancionadora, o bien que la vía extrajudicial conlleve mucho tiempo hasta su resolución. En estos supuestos, la víctima, si advierte que no resta mucho tiempo hasta que expiren los cinco años desde la publicación de la resolución de la CNMC o de la Comisión, tendrá que apresurarse a demandar a los infractores no participantes en la solución extrajudicial^{158 159}.

¹⁵⁷ El Derecho español no prevé un efecto específico de la transacción para con las obligaciones solidarias. La extensibilidad del acuerdo extrajudicial en este ámbito ha generado un auténtico quebradero de cabeza en la doctrina que se ha pronunciado al respecto, tal y como mencionaremos posteriormente. En este estadio, de todas formas, hacemos hincapié en que el último inciso del art. 74.4 LDC no deja lugar a dudas: la interrupción del plazo de la prescripción por el inicio de una solución extrajudicial solo afecta a las partes inmersas o representadas en la misma.

¹⁵⁸ Ello, claro está, salvo que ya haya habido una reclamación judicial o extrajudicial a algún deudor solidario (art. 1973 CC) o suceda la circunstancia del

3. Suspensión del procedimiento judicial de reclamación de daños en virtud de la solución extrajudicial de la controversia

La cuestión se halla regulada por el art. 81 LDC, de modo equivalente al art. 18.2 de la Directiva 2014/104/UE:

Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con la citada pretensión.

El precepto encaja con la regulación del derecho de disposición de los litigantes que prevé la LEC, en su art. 19. Consiguientemente, la previsión del art. 81 LDC supone, para la materia específica de las reclamaciones de daños *antitrust*, una ampliación de hasta dos años de la duración de la suspensión del proceso civil que ya establece el art. 19.4 LEC:

4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la

art. 74.3 LDC, pues en estos casos, tal y como ya hemos razonado en el Capítulo segundo, la interrupción de la prescripción ya alcanza a todos los deudores solidarios.

¹⁵⁹ Aún más compleja sería la situación para la víctima que opta por interponer una acción *stand-alone* que se anticipa a cualquier decisión de la autoridad de la competencia. En este supuesto, si el reclamante no invierte en suficientes costes de identificación de los infractores e identifica más tarde a otros cartelistas implicados en la misma infracción y, por tanto, no incluidos en el acuerdo extrajudicial, puede suceder que le prescriba la acción respecto a estos últimos, si aún no ha interpuesto una primera reclamación judicial.

Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

También de una interpretación conjunta del art. 81 LDC y del art. 19.4 LEC, se desprende que la suspensión del procedimiento judicial para acudir a la solución extrajudicial podrá ser solicitada por las partes, y que será concedida por el letrado de la administración de justicia por decreto *siempre que no perjudique al interés general o a tercero.*

Por último, en lo referente al concreto inicio y expiración del plazo de suspensión, la LDC no incluye previsión específica, de modo que conviene acudir a las reglas supletorias de la LEC. Según el citado art. 19.4, la suspensión se entiende iniciada por el decreto del letrado de la administración de justicia que la acuerda. Y, según el art. 179.2 LEC, el proceso suspendido se reanuda a solicitud de cualquiera de las partes; pero, si transcurrido el plazo de suspensión de los dos años nadie solicita la reanudación en los 5 días siguientes, el mismo precepto señala que *el Letrado de la Administración de Justicia acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ En lo que atañe a la caducidad de la instancia, el art. 237.1 LEC dispone que se producirá transcurridos dos años sin que haya habido actividad procesal alguna. Apréciase que el plazo de caducidad de la instancia coincide con el plazo máximo de dos años de la suspensión del procedimiento del art. 81 LEC. Por consiguiente, la expiración de los dos años de suspensión desde el decreto del

III. Las soluciones extrajudiciales y la relación externa de la solidaridad. La posición del beneficiario de la exención

Hemos visto que la Directiva 2014/104/UE y, por consiguiente, la vigente LDC, persiguen el objetivo de incentivar la vía extrajudicial para solucionar las controversias relativas a los daños y perjuicios derivados de infracciones contrarias al Derecho de la competencia; en la materia que analizamos en este trabajo, vulneraciones consistentes en cárteles. Las soluciones extrajudiciales a los que aducen los considerandos de la Directiva de daños coinciden con los sistemas básicos ya contemplados en nuestro ordenamiento: la negociación o transacción, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Se ha hecho mención de que el inicio de la vía extrajudicial interrumpe el plazo de prescripción de cinco años para interponer la acción de daños, aunque solo para los cartelistas participantes en susodicha vía. Asimismo, las soluciones extrajudiciales pueden tener lugar antes o después de la presentación de la demanda; en este último caso, la LDC prevé la posibilidad de suspensión del proceso judicial hasta dos años, de modo que se incrementa el plazo de 60 días que ya preveía el art. 19.4 LEC.

También hemos analizado que de la literalidad del art. 77.1 LEC puede entenderse que, ya en la relación externa, se tienen que distribuir las contribuciones relativas de los miembros del cártel o,

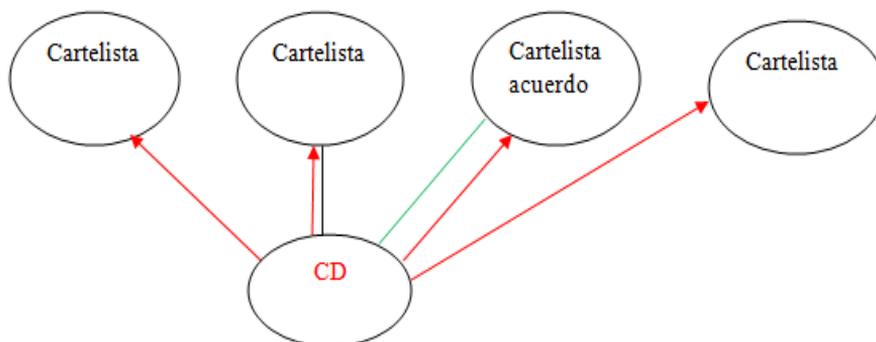
letrado de la administración de justicia coincidirá con la caducidad de la instancia en que se encontrara la reclamación de daños.

al menos, las referentes a los integrantes de la solución extrajudicial, pues del importe resarcitorio restante al que tiene derecho la víctima que ya ha obtenido una parte de la indemnización por la vía extrajudicial se tiene que descontar la cuota de responsabilidad relativa de los infractores que han pagado extrajudicialmente. Hemos intentado clarificar que el planteamiento supone una excepción importante sobre uno de los fundamentos de todo régimen de solidaridad, esto es, que el damnificado pueda reclamar la integridad del daño a los deudores que decida. Sin embargo, la regla tampoco llega a convertir el sistema en un régimen de responsabilidad individual, pues del art. 77 LDC se desprende que el resto de cartelistas, salvo que todos ellos resultaren ser insolventes, siguen siendo solidariamente responsables de la indemnización restante.

Con la misma finalidad de promover las soluciones extrajudiciales al mayor número de partes posible, los cartelistas que hayan participado en el acuerdo extrajudicial no responden solidariamente junto con el resto de infractores no integrantes del mismo. Solo lo harán, si así no lo han excluido las partes del acuerdo, de forma subsidiaria, en el caso de que la víctima no pueda recabar el resarcimiento completo del resto de infractores. Y, en el seno de las acciones de repetición de la relación interna, los integrantes de la transacción tampoco pueden ser objeto de reclamación, de forma que si tienen que ser compensados porque, en virtud de la vía extrajudicial, han pagado de más, su situación deberá reequilibrarse en la relación interna correspondiente a otro pleito impulsado por otra víctima no participante en la primera solución extrajudicial.

En aras de ofrecer una visión más clarificadora de la cuestión, procedemos a exponer un supuesto práctico de cártel de cuatro miembros en que la víctima, que ha sufrido un daño total de 100.000 €, ha alcanzado un acuerdo con uno de los infractores, sea antes o después de la interposición de la acción *follow-on*. Distinguiremos los escenarios según si en la resolución sancionadora de la CNMC o de la Comisión ha habido un cartelista que ha obtenido el beneficio de la dispensa o no.

1. Escenario sin beneficiario de la exención



El esquema responde a la estrategia que defendemos que es más óptima para la víctima: demandar a todos los cartelistas, incluido el infractor con quien ha alcanzado un acuerdo extrajudicial. Respecto a este último, si tiene lugar antes de la presentación de la reclamación de daños en el juzgado competente o antes de la expiración del plazo de veinte días hábiles de que disponen los demandados para contestarla, el damnificado deberá solicitar la indemnización con el descuento de la porción recibida extrajudicialmente y de la cuota de responsabilidad relativa del

cartelista con quien ha llegado al acuerdo, y pedirá la responsabilidad subsidiaria del participante en el mismo (salvo exclusión expresa de la misma en la vía extrajudicial); si no lo hace así, el cartelista demandado que ha formado parte del acuerdo opondrá la propia excepción del art. 77.3 LDC, en aras de solicitar su condición de responsable subsidiario y, tanto él como el resto de cartelistas, podrán oponer el art. 77.1 LDC en lo que se refiere a la no exclusión, en la compensación pretendida, del resarcimiento parcial en virtud de los mencionados descuentos.

Si el proceso judicial civil es suspendido y la solución extrajudicial es alcanzada una vez los reclamados ya han contestado a la demanda, la víctima no habrá podido solicitar la responsabilidad subsidiaria de nadie, pues aún no tenía conocimiento cierto de con quién llegaría a un acuerdo. De este modo, deberá corresponder al juzgador condenar subsidiariamente al codemandado que ha sido parte de la solución extrajudicial¹⁶¹.

De la misma forma que ya analizamos que sucedía con la responsabilidad subsidiaria del beneficiario de la dispensa cuando el demandante no era un contratante directo o indirecto suyo, aquí, el hecho de que el participante en el acuerdo extrajudicial también goce de una posición subsidiaria supone un argumento más para justificar la conveniencia de la reclamación conjunta a todos los

¹⁶¹ Cabe apuntar que si solución extrajudicial tuviere lugar una vez contestada la demanda y antes de la vista de la audiencia previa, en esta, las partes pondrán en conocimiento del juez y ya quedará constancia en el proceso de que ha existido una solución extrajudicial. A su vez, según el art. 414 LEC, el acto de la audiencia previa puede ser el punto de partida de la vía extrajudicial y de la suspensión del proceso.

infractores, en una primera reclamación. Y es que, de nuevo, la fase en que la víctima puede tener conocimiento de la insolvencia total o limitada del resto de cartelistas es la ejecución de sentencia condenatoria. Así, si el damnificado opta por demandar primero, por ejemplo, a dos cartelistas y estos dos no pagan o pagan insuficientemente el importe íntegro de la indemnización, inclusive tras la ejecución de su patrimonio, tendrá que demandar al resto, en ejercicio de su *ius variandi*. En ese caso, la estrategia no solo será mucho más gravosa desde el punto de vista temporal y de costes procesales, sino que se enfrentaría a la posibilidad de que, posteriormente, en virtud de la posible no extensión de la vertiente positiva de la eficacia de la cosa juzgada (art. 222.4 LEC) y del límite de inejecutabilidad frente al deudor solidario que no consta en el título ejecutivo (art. 542 LEC), acaecieran sentencias contradictorias en cuanto a la producción del daño (si algún demandado logra rebatir la presunción *iuris tantum* del art. 76.3 LDC), su cuantificación o a su relación de causalidad respecto a la víctima.

Así pues, Su S^a tendría que condenar a todos los cartelistas demandados por el importe de los daños que considere adecuadamente cuantificados (en el caso que nos planteamos, 100.000 €), restándole el importe de lo percibido extrajudicialmente y la cuota de responsabilidad relativa del cartelista integrante del acuerdo extrajudicial¹⁶². Supongamos que, en virtud de la solución

¹⁶² Tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior, a falta del establecimiento legal de los criterios que deben utilizarse para determinar las cuotas de responsabilidad relativa, la cuestión conllevará un arduo debate entre las distintas partes y estas y el juez. Asimismo, en atención a las reglas de distribución de la

extrajudicial, el cartelista participante en esta aporta una compensación de 20.000 € y que el juzgador acaba considerando que susodicha responsabilidad relativa es del 30 %, equivalente al importe 30.000 €. En ese caso, la sentencia sería condenatoria por 50.000 €: si el tribunal determina que el daño total que ha sufrido el damnificado por el cártel es de 100.000 €, le descontará los 20.000 que ya ha percibido extrajudicialmente más los 30.000 € referentes a la responsabilidad relativa del participante en el acuerdo. Asimismo, la sentencia condenatoria preverá la responsabilidad subsidiaria del cartelista que ha abonado el importe acordado extrajudicialmente.

Conviene tener presente, en este punto, que la parte damnificada por el cártel que llega a una solución extrajudicial con algún infractor siempre ve menoscabado su derecho al pleno resarcimiento en la porción correspondiente a la responsabilidad relativa en el cártel del participante en la solución extrajudicial. Es decir, el apartado 1º del art. 77 LDC no se limita a disponer un medio de cálculo para determinar la indemnización restante a la que tiene derecho la víctima, sino que constituye el resultado efectivo de dicho cálculo una vez descontada la parte recibida extrajudicialmente y la cuota de responsabilidad relativa del cartelista participante en el acuerdo. Este resultado es una constante matemática, independientemente del número de integrantes del cártel, de las distribuciones de cuotas relativas y de las cantidades abonadas mediante la solución extrajudicial. Tal y como hemos expuesto en líneas más arriba,

carga de la prueba (art. 217.2 LEC), en principio, correspondería a la víctima defender, en su escrito de demanda, su propuesta de distribución de responsabilidades relativas.

parece que la Directiva 2014/104/UE y la LDC pretenden justificar el desajuste con la finalidad del legislador de incentivar los acuerdos extrajudiciales y con la libertad de pacto de las partes en sendas extrajudiciales; otra solución supondría cargar a los deudos solidarios con más importe de responsabilidad de la que les corresponde.

Una vez firme la sentencia que condena solidariamente todos los demandados con la excepción del participante en el acuerdo extrajudicial, la víctima tendrá que proceder a la ejecución de la misma. Del mismo modo que en la posición subsidiaria del beneficiario de la exención del pago de la multa que ya ha sido objeto análisis, la subsidiariedad del cartelista incluido en el acuerdo será revelada en la fase de ejecución de sentencia. Su patrimonio tendrá que ser el último en ser ejecutado, si de las respectivas ejecuciones del resto de cartelistas no ha sido posible obtener el total resarcimiento¹⁶³.

En la misma fase de ejecución de la sentencia firme, no obstante, en atención al artículo 19.3 LEC, conviene tener presente que la

¹⁶³ Conviene clarificar que, incluso para el cartelista participante en el acuerdo extrajudicial, lo que constituye el título ejecutivo respecto la indemnización a que tiene derecho la víctima es la sentencia judicial condenatoria. La regulación del art. 77 LDC plantea el escenario en que la víctima, antes de la emisión de la sentencia de condena del proceso civil principal, ya ha recibido la porción pactada en la vía extrajudicial. Consiguientemente, en caso de que la víctima no optara por demandar en un primer momento a todos los cartelistas, el problema del límite de inejecutabilidad de la sentencia frente a los deudores solidarios no demandados seguiría existiendo en virtud del apartado 1º del art. 542 LEC, y no del apartado 2º del mismo; este último, se refiere a la inejecutabilidad respecto a los títulos extrajudiciales: *2. Si los títulos ejecutivos fueran extrajudiciales, sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley.*

suspensión para lograr un acuerdo extrajudicial podría acaecer en la fase de ejecución de sentencia, en caso de que la víctima no obtuviere el total resarcimiento en el periodo de pago voluntario de la instancia en cuestión. En ese escenario, la sentencia condenatoria firme no tendría en cuenta ni la posición subsidiaria del participante en el acuerdo, ni el descuento de la porción indemnizatoria acordada ni el descuento de la cuota de responsabilidad relativa. En este punto, podríamos distinguir, a su vez, dos supuestos:

- a) Si el acuerdo tiene lugar con anterioridad al auto de despacho de la ejecución, la víctima ejecutante, en su demanda ejecutiva, debería contener el cambio de circunstancias producido por el acuerdo extrajudicial. Si no lo hace y tampoco así lo tiene en cuenta de oficio el tribunal, la cuestión podría ser aducida como motivo de oposición al auto, por parte de los demandados en ejecución. Concretamente, en lo que atañe a la posición subsidiaria del participante del acuerdo extrajudicial, podría oponer el motivo de fondo previsto por el art. 556.1 LEC, sobre los pactos y transacciones sobrevenidos: *También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.* Y, en lo referente a la no inclusión del descuento de la cuota de responsabilidad relativa del integrante del acuerdo extrajudicial y de la porción recibida, los demandados en la fase de ejecución (incluido el infractor integrante del acuerdo) podrían

invocar, como motivo procesal de oposición, la falta del carácter con el que se les demanda (art. 559.1 1º LEC).

De todos modos, cabe apuntar que cuesta de imaginar el supuesto de que, a pesar de que la suspensión se produce en la fase de ejecución y que el acuerdo extrajudicial es el resultado de la conformidad de todas las partes que forman parte del mismo, incluida la víctima ejecutante, esta no plantea una demanda ejecutiva teniendo en cuenta lo alcanzado en la vía extrajudicial.

- b) Más complejidad procesal presentaría el supuesto de que el acuerdo se alcanzara una vez expirado el plazo de oposición al auto de despacho de la ejecución y la cuestión fuere apreciada de oficio por el tribunal. Entendemos que solo cabría pensar bien en el desistimiento de los actos ejecutivos (art. 20 LEC), en la terminación de la fase ejecutiva acordada de común acuerdo por carencia sobrevenido del objeto de la ejecución (art. 22 LEC), o bien, por parte de los ejecutados, plantear la situación al tribunal al amparo del art. 564 LEC¹⁶⁴. Estas opciones procesales deberían conllevar una nueva demanda ejecutiva por parte una nueva demanda ejecutiva, por parte de la víctima ejecutante, con la emisión

¹⁶⁴ *Artículo 564. Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución./Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda.*

de un nuevo auto de despacho de la ejecución, si la víctima sigue sin obtener la indemnización restante.

Parece que ni la Directiva de daños ni la LDC ofrecen un orden de prioridad de subsidiariedades en caso de que una pluralidad de infractores forme parte de la solución extrajudicial. Respecto a los participantes cuya subsidiariedad no haya sido excluida al amparo del art. 77.3 LDC, si la víctima tiene que recurrir a ellos, en sede de ejecución, debido a que no ha podido obtener el pleno resarcimiento del resto, se encontraría con varios patrimonios subsidiarios que pueden ser objeto de ejecución. A falta una prelación por previsión legal explícita, tenemos que considerar que el orden de preferencia dependerá de la propia víctima ejecutante. Entendemos que la estrategia más eficiente sería la de demandar en ejecución, conjuntamente, a todos los responsables subsidiarios.

Por último, tal y como ya hemos ido haciendo referencia en las líneas anteriores, la responsabilidad subsidiaria del participante en la vía extrajudicial puede ser descartada, si así lo dispone el propio acuerdo (último inciso del art. 77.3 LDC). El escenario conllevaría que el infractor no debería ser condenado, ni siquiera con la excepción de subsidiariedad; la excepción de ausencia de subsidiariedad al amparo de la propia solución alternativa y del art. 77.3 LDC debería ser opuesta por el mismo cartelista interesado en la contestación a la demanda o en la fase de ejecución, si es que la propia víctima no lo ha tenido en cuenta en sus respectivas reclamaciones. Asimismo, también cabe plantearse una solución

extrajudicial alcanzada con una pluralidad de cartelistas, pero no todos, y que la subsidiariedad sea excluida respecto a unos pero no respecto a otros; en efecto, los no beneficiarios de la exclusión seguirán teniendo el riesgo de acabar respondiendo por la indemnización restante en caso de insolvencia del resto de infractores.

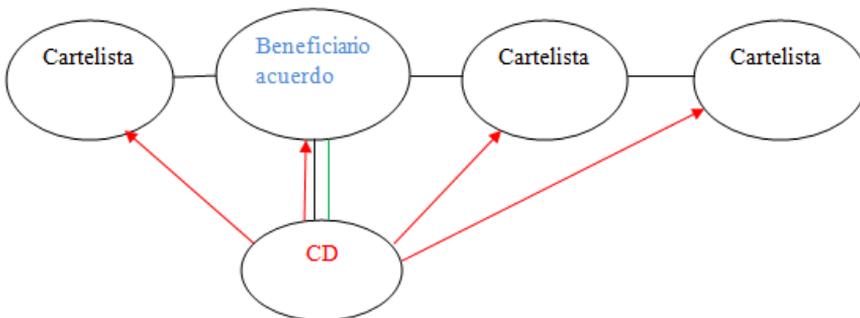
2. Escenario con beneficiario de la exención

Debemos plantearnos el supuesto consistente en que, antes de la interposición o durante el proceso judicial de una acción *follow-on* cuya resolución sancionadora de la autoridad de la competencia prevé la exoneración de responsabilidad del beneficiario de clemencia, la víctima llega a un acuerdo extrajudicial con alguno de los infractores, en virtud del cual obtiene una porción de la indemnización del daño que ha sufrido como consecuencia del cártel. Dividiremos los escenarios según si la víctima es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la dispensa o de otra parte perjudicada.

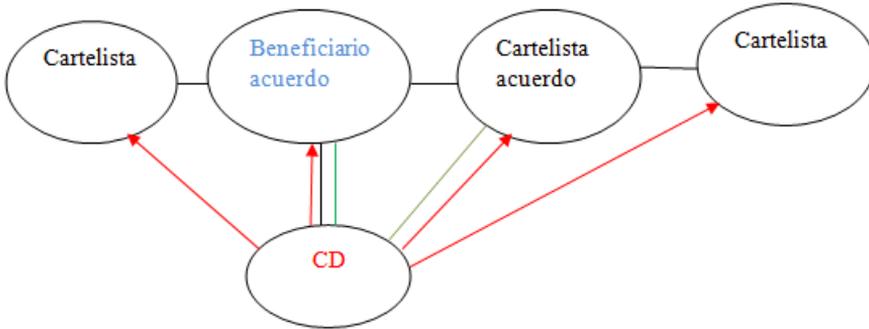
2.1 Víctima que es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención

Podría suceder que el beneficiario de la inmunidad sea una de las partes con quien la víctima llega a un acuerdo. Entendemos que esta situación es más probable que se produzca, efectivamente, en este escenario en que el damnificado es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo, pues el beneficiario de la exención no

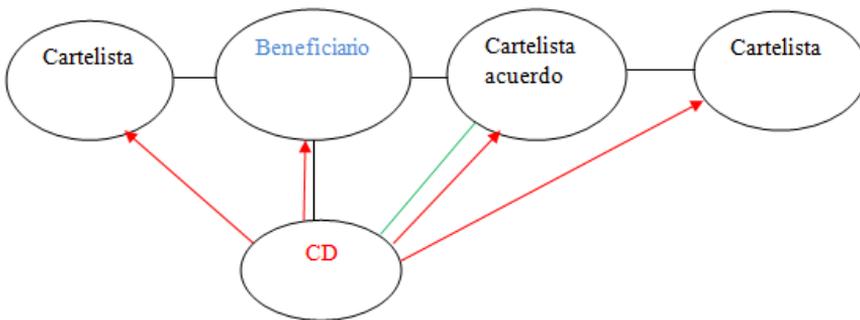
ostenta ningún privilegio de subsidiariedad y responde solidariamente junto con el resto de cartelistas (art. 73.4 a) LDC), de modo que la responsabilidad subsidiaria que brinda la solución extrajudicial le incentivaría a participar en la misma. En ese caso, pues, serían de aplicación las mismas consideraciones expuestas en el epígrafe anterior, ya que el beneficiario de la dispensa, en la relación externa, gozaría de la excepción de subsidiariedad pero en su condición de participante en el acuerdo extrajudicial. Una subsidiariedad, que, además, podría ser excluida mediante la propia solución alternativa. Siguiendo el supuesto de cártel y de reclamación propuestos anteriormente, el esquema sería el siguiente:



En caso de que la solución extrajudicial la integren, aparte del beneficiario de la exención, otros miembros del cártel cuya subsidiariedad no ha sido excluida, si la víctima tiene que acudir a la ejecución de sus patrimonios en aras de obtener, tal y como hemos indicado anteriormente, el pleno resarcimiento, el orden de preferencia de ejecución dependerá de su propio criterio:



Por último, cabe plantearse que el beneficiario de la dispensa no forme parte de la solución extrajudicial de la que forman parte otros infractores. El supuesto supondría, para el beneficiario de la exención, un incentivo de acudir al sistema alternativo de resolución de conflictos del mismo modo que lo supondría respecto a cualquier otro cartelista, pues, insistimos, si la víctima es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo, el beneficiario de la inmunidad no ostenta ninguna posición diferenciada. El esquema gráfico sería el siguiente:



2.2 Víctima que es contratante directo o indirecto de otra parte perjudicada

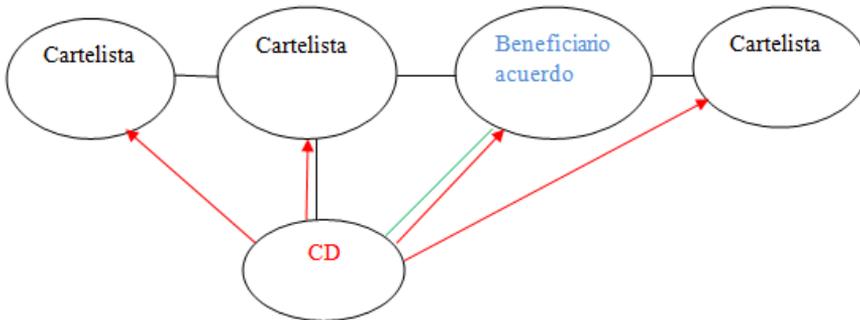
Menos sentido tendría, desde el punto de vista del beneficiario de la dispensa, acordar una solución extrajudicial con la víctima cuando

esta no es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo. El beneficiario de la inmunidad sabe que, en este escenario de la relación externa, ya ostenta una posición de responsable subsidiario debido a su condición de beneficiario de la exención del pago de la multa. Por lo tanto, la coincidencia de responsable subsidiario por ser parte en el acuerdo extrajudicial y por ser beneficiario de clemencia no supone, en la práctica, un doble privilegio, pues resulta obvio que no puede haber una subsidiariedad de la subsidiariedad. En esta situación, al beneficiario de la exención quizá no le compensaría pagar una porción anticipada de la indemnización que muy probablemente no coincidirá con su verdadera contribución relativa y, en cuyo caso, si ha pagado de más, le supondría tener que depender de su reajuste en un arduo y complejo escenario judicial que tenga por objeto el resarcimiento a una víctima que no forma parte de acuerdo extrajudicial, tal y como veremos en el análisis de la relación interna.

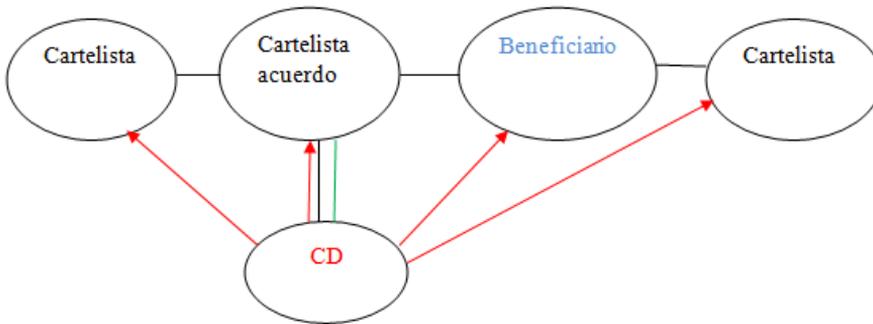
A continuación, veremos que, en caso de concurrencia de subsidiariedades en virtud de la solución extrajudicial y en virtud del beneficio de la exención, la ley no establece un criterio de preferencia de subsidiariedades a razón de una condición u otra. El único incentivo para el beneficiario de la dispensa a participar en la vía extrajudicial parece que radicaría, entonces, en el supuesto de que se acordara la exclusión de la subsidiariedad respecto algunos cartelistas, en aras de que la suya también sea descartada.

De todos modos, si nos planteamos el escenario, la dinámica no distaría de la posición del participante del acuerdo analizada en el apartado anterior, referente a la ausencia de beneficiario de

clemencia en la relación externa. En las instancias y en la fase de ejecución, el beneficiario de la dispensa podría oponer las excepciones relativas a su posición subsidiaria tanto en su condición de participante en la vía extrajudicial como en su condición de beneficiario, o ambas a la vez. Y, si su subsidiariedad fuera excluida extrajudicialmente, el beneficiario de la exención no podrá ser demandado y, en su caso, podría oponer el acuerdo de exclusión junto con la previsión del art. 77.3 LDC. El esquema gráfico sería el siguiente:



También cabe plantearnos el supuesto en que coexistan los dos privilegios en personas distintas. Es decir, que el cartelista con quien la víctima alcanza un acuerdo extrajudicial no sea el beneficiario de la exención del pago de la multa y que este también goce de una posición de responsable subsidiario porque el demandante es un comprador o proveedor directo o indirecto de otro infractor o de una empresa ajena al cártel:



En este escenario, en la primera y posteriores instancias en que la víctima reclama la indemnización, el beneficiario de la inmunidad y el participante de la solución extrajudicial podrán oponer sus propias excepciones en atención a sus respectivas condiciones como responsables subsidiarios. Asimismo, ambos, junto con el resto de infractores demandados, podrán oponer el art. 77.1 en el sentido de rebajar el importe de la indemnización restante según la cuota de responsabilidad relativa del participante en la vía extrajudicial, si es que la víctima no lo ha tenido en cuenta en su propio escrito de reclamación. La sentencia, por su parte, deberá condenar solidariamente a los reclamados por la cuantía compensada según la cantidad referente la responsabilidad del integrante de la solución extrajudicial y deberá declarar la responsabilidad subsidiaria tanto del beneficiario de la exención como del cartelista integrante del acuerdo.

Cierta problemática puede aparecer, sin embargo, en la fase de ejecución de la sentencia firme, si la víctima no ha conseguido obtener el total resarcimiento en los respectivos periodos de pago voluntario, y la subsidiariedad del participante en la solución extrajudicial no ha sido excluida en virtud de la misma. Tal y como

ya hemos ido reiterando, es la fase de ejecución el escenario en que es posible determinar las insolvencias de los infractores reclamados y condenados. Pues bien, si del resto de patrimonios la víctima tampoco puede obtener la indemnización completa, surge la duda de cuál de las dos posiciones de responsabilidad subsidiaria que coexisten prevalece. Es decir, si los únicos patrimonios que restan por ejecutar son el del beneficiario de la inmunidad y el del participante en el acuerdo extrajudicial, la víctima, ¿qué patrimonio tiene que ejecutar primero, en aras de obtener el importe íntegro de la indemnización?

Ni la LDC ni la Directiva 2014/104/UE prevén una solución referente a la coexistencia de las dos posiciones subsidiarias. Desde el punto de vista del análisis del beneficiario de la exención como uno de los principales fundamentos de la Directiva de daños (y, por tanto, de la vigente LDC) en aras de lograr un óptimo equilibrio de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, parece que la posición del beneficiario de la dispensa tiene más peso. Este razonamiento, no obstante, lejos de estar basado en una regla específica que dé solución al problema, no creemos que constituya un argumento suficiente que el beneficiario de la inmunidad pueda oponer en la práctica judicial; concretamente, en la fase de ejecución de la sentencia que condena solidariamente a los miembros de un cártel por los daños que este ha ocasionado. En consecuencia, todo apunta a que el resultado dependerá de las preferencias y de la decisión de la víctima ejecutante, salvo que el juez justificara la preferencia de una posición subsidiaria en la sentencia condenatoria. Los dos responsables subsidiarios, pues,

deben asumir el riesgo de que sus patrimonios sean ejecutados con preferencia¹⁶⁵.

IV. Las soluciones extrajudiciales y la relación interna de la solidaridad. La posición del beneficiario de la exención

1. Introducción. La problemática compensación del cartelista participante en la solución extrajudicial

En el presente apartado serán objeto de análisis los posibles escenarios referentes a las acciones *follow-on* por daños derivados de un cártel, cuando alguno de los miembros del mismo ha alcanzado una solución extrajudicial con la víctima demandante y esta ya ha obtenido el resarcimiento que le corresponde. Sin embargo, antes de proceder a su exposición, resulta conveniente precisar que en estos supuestos de la relación interna, opera un doble plano.

Uno, referente a las relaciones entre los cartelistas no participantes en el acuerdo extrajudicial, cuando uno de ellos ha pagado a la víctima la indemnización restante del descuento de la porción referente a la cuota de responsabilidad relativa del participante en la

¹⁶⁵ Apréciase, por consiguiente, que la problemática sería la misma aunque el beneficiario de clemencia sea responsable subsidiario por las dos condiciones; es decir, el supuesto en que la víctima no sea un contratante del beneficiario de la exención y este forme parte del acuerdo junto con otros infractores. Una vez ejecutados con resultado insuficiente los patrimonios de los cartelistas que no gozan de responsabilidad subsidiaria alguna, consideramos que no existirá la preferencia de una subsidiariedad respecto a otra, de modo que todo dependerá, igualmente, del criterio del damnificado ejecutante.

vía extrajudicial y no concurre la insolvencia de todos ellos. Si todos los infractores restantes resultan ser insolventes, deberá pagar el cartelista participante en el acuerdo extrajudicial, salvo que esta posición subsidiaria haya sido excluida por el propio sistema alternativo de resolución del conflicto.

La relación interna entre los cartelistas no participantes en la solución extrajudicial no se encuentra regulada en la LDC, de modo totalmente explícito. Únicamente, el apartado 4º del art. 77 LDC, aunque se sitúa en el escenario inmediatamente posterior al resarcimiento completo del damnificado por el cártel, en realidad, se preocupa de las reclamaciones internas en lo que atañe a la situación del infractor participante en la solución extrajudicial.

La situación, pues, requiere una lectura conjunta del art. 77 LDC y del art. 73 LDC: el cartelista no integrante del acuerdo que ha pagado la indemnización restante a la víctima una vez descontada la cuota relativa del participante, puede repetir contra el resto en atención a la distribución de responsabilidades relativas; no puede repetir, sin embargo, contra el participante que ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con esa misma parte perjudicada. En los siguientes epígrafes será necesario precisar, sin embargo, las situaciones en que pueden concurrir insolvencias, así como la existencia del beneficiario de la dispensa, el cual también puede ostentar una condición privilegiada coincidente con la del integrante de la solución extrajudicial.

El segundo plano al que hacíamos referencia atañe al cartelista que ha alcanzado un acuerdo resarcitorio con la víctima. Tal y como ya

ha sido objeto de exposición anteriormente, la responsabilidad del integrante de la solución extrajudicial se extingue, tanto en la relación externa como interna respecto a la reclamación interpuesta por el mismo damnificado con quien se ha transigido, con el cumplimiento de lo previsto en dicha vía extrajudicial, salvo que proceda la insolvencia de todo el resto de cartelistas y su subsidiariedad no haya sido excluida en virtud del pacto. Contra el integrante del acuerdo extrajudicial, consiguientemente, no procede el ejercicio de ninguna acción de repetición circunscrita en la relación interna referente a la reclamación de la misma víctima con quien el cartelista ha transigido. Sin embargo, el apartado 4º del art. 77 LDC establece que debe tenerse en cuenta la porción que el cartelista ha pagado en virtud del acuerdo, precisamente cuando otros coinfractores repitan contra él:

4. Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.

El precepto requiere ser interpretado junto con la explicación que ofrece el Considerando 52 de la Directiva. En efecto, el art. 77.4 LDC se refiere a la compensación del cartelista participante en la solución extrajudicial en otra reclamación de daños posterior interpuesta por otra víctima no parte del mismo acuerdo extrajudicial:

“Se deben evitar las situaciones en que, al pagar una contribución a los coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial por las indemnizaciones que estos hubieran abonado a partes perjudicadas no participantes en dicho acuerdo, el importe total de la indemnización pagada por los coinfractores partes en tal acuerdo exceda de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción. Por lo tanto, cuando se solicite a los coinfractores partes en un acuerdo extrajudicial que contribuyan a las indemnizaciones de daños y perjuicios abonadas posteriormente por coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial a partes perjudicadas que tampoco participan en el acuerdo extrajudicial, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las indemnizaciones ya pagadas a través de la solución extrajudicial de controversias, teniendo en cuenta que no todos los coinfractores tienen necesariamente el mismo grado de implicación en todo el ámbito sustantivo, temporal y geográfico de la infracción”.

Apréciese que el fragmento se refiere, explícitamente, a pleitos posteriores respecto a “partes perjudicadas que tampoco participan en el acuerdo extrajudicial”.

Así pues, la norma pretende equilibrar la posición del infractor participante en el acuerdo, fundamentalmente, cuando este ha pagado más que lo que le corresponde en atención a la cuota de responsabilidad relativa en el daño que genera el cártel. Se trata de evitar, en fin, que el participante quede en una posición peor de la que ostentaría si no hubiera alcanzado el acuerdo con una víctima

reclamante. Sin embargo, en estos casos, su situación no se equilibra en el mismo pleito cuya víctima es la parte con quien ha llegado a un acuerdo extrajudicial, sino que la cantidad que ha pagado en virtud del mismo se tiene en cuenta en otro pleito posterior ejercitado por un damnificado ajeno a tal acuerdo.

De hecho, que la situación del integrante del acuerdo alternativo se reequilibre en otro pleito posterior no solo sería necesario que sucediese en caso de que aquel aporte, extrajudicialmente, más importe indemnizatorio del que le corresponde en atención a su cuota de responsabilidad relativa en el cártel. Consideramos que también tendría que tener lugar una situación compensatoria posterior en los supuestos en que, a pesar de que el participante de la solución extrajudicial haya pagado menos de su contribución relativa, cuando se ejercitan las acciones de regreso entre los no participantes en el acuerdo por la indemnización restante, se advierta que, proporcionalmente, el integrante de la vía extrajudicial aún ha pagado más de lo que proporcionalmente le corresponde. Comprobémoslo con un ejemplo.

Retomemos el supuesto anterior de cártel formado por cuatro empresas, una de las cuales ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con la víctima reclamante. A cada cartelista le corresponde una cuota de responsabilidad relativa del 25 % respecto a un daño de 100.000 €, de forma que cada infractora responde por 25.000 €. Si la integrante de la vía extrajudicial avanza una indemnización de 20.000 € (esto es, menos de lo que debe en atención a su contribución relativa en el cártel), el damnificado podrá reclamar una indemnización restante de 55.000 €, que son el resultado de

restar, de los 100.000 € referentes al daño, los 20.000 € percibidos extrajudicialmente y los 25.000 € correspondientes a la cuota de responsabilidad relativa del participante. Si uno de los tres cartelistas restantes paga los 55.000 € a la víctima, podrá repetir contra los otros dos por la cantidad de 13.250 €, cantidad que representa el 25 % (esto es, el porcentaje de contribución relativa de cada uno en el cártel) de los 55.000 € abonados. Por lo tanto, si las acciones de repetición se intentan saldar respecto a esta misma reclamación, las operaciones no cuadran, pues el cartelista no participante en el acuerdo extrajudicial, en virtud de los 55.000 € de indemnización restante, ha pagado más que los otros dos infractores y, aunque la parte que falta se la distribuyan entre ellos, apréciase que el integrante de la solución extrajudicial sigue habiendo pagado de más, pues ya hemos indicado que el acuerdo ha sido por 20.000 €. Así, el planteamiento requeriría, en efecto, que hubiera un reequilibrio definitivo en las acciones de repetición respecto a una reclamación posterior.

En virtud de las consideraciones anteriores, pues, llegamos a la conclusión de que la necesidad de reequilibrio de la posición del integrante del acuerdo en otra reclamación posterior en que se tenga en cuenta la porción avanzada extrajudicialmente en la anterior, no solo tiene la razón de ser, tal y como apunta el Considerando 52 de la Directiva de daños, cuando en un primer momento, el cartelista participante en la solución extrajudicial haya pagado, mediante la misma, más importe del que le corresponde en atención a su cuota de responsabilidad relativa. Hemos visto que puede haber casos en los que aunque pague menos, una vez procedan las acciones de

regreso, el cartelista que ha avanzado una indemnización extrajudicial, proporcionalmente, ha pagado más de lo que acaban pagando el resto de infractores.

Sin embargo, la compensación del participante en el acuerdo en otro pleito posterior conlleva la problemática de requiere la consideración de un “daño total¹⁶⁶” producido por el cártel en que la distribución de cuotas relativas de los distintos cartelistas se mantenga igual en todas las reclamaciones posteriores relacionadas con el mismo cártel. De lo contrario, los cálculos en el pleito posterior en aras de realizar un equilibrio justo sería imposible, pues la compensación solo puede ser calculada si de una cantidad de perjuicio global extraemos los correspondientes porcentajes de daño que han sufrido las víctimas, así como que, insistimos, se mantenga la distribución de cuotas de responsabilidad relativa de los miembros de cártel que ha generado el mencionado daño total. Veámoslo con un ejemplo¹⁶⁷:

Supongamos que un cártel genera unos daños y perjuicios totales de 100 millones de € que han sido sufridos por dos agentes: uno al 85 %, es decir, que la infracción conjunta le ha supuesto un daño de 85 millones de €; y otro al 15 %, correspondiente a un daño de 15 millones de €. Por su parte, el cártel está integrado por cuatro empresas, y a cada una de ellas le corresponde un 25 % de cuota de

¹⁶⁶ Parte de la doctrina que ya ha estudiado la materia se refiere también en estos términos: María Concepción PABLO-ROMERO GIL-DELGADO (2015), *op. cit.*, pp. 9-10 habla de “participación en la contribución total”; y Carlos GÓMEZ ASENSIO (2019), *op. cit.*, p. 209, se refiere al concepto de “daño global”.

¹⁶⁷ La estructura y planteamiento del ejemplo que procedemos a exponer los hemos extraído del supuesto de hecho que plantea Carlos GÓMEZ ASENSIO (2015), *op. cit.*, pp. 209-210.

responsabilidad relativa en los daños que aquel ha generado a las dos víctimas. Al supuesto tenemos que añadir que uno de los cuatro infractores ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con la víctima que ha sufrido los 15 millones de € y, en virtud del mismo, ha pagado 5 millones de €. Así, el damnificado al 15 % solo puede reclamar, del resto de cartelistas, una indemnización de 7,5 millones de €, resultantes de restar, del daño total de 15 millones de € que ha sufrido, los cinco ya recibidos extrajudicialmente y, de los 10 millones restantes, descontarles los 2,5 millones de € referentes a la cuota de responsabilidad relativa del participante en la vía extrajudicial. Apréciase que, en virtud del acuerdo, el infractor integrante del mismo ha pagado 1,25 millones de € más de lo que le correspondería en virtud de su responsabilidad relativa en el cártel, pues ya hemos indicado que ha abonado 5 millones, pero su cuota del 25 % del daño de 15 millones de € es 3,75.

A continuación, procedería esbozar la reclamación del damnificado al 85 %, quien no ha alcanzado ninguna solución extrajudicial, a uno de los cuatro cartelistas, cuya solvencia le permite abonar la integridad de dicho importe. Este infractor que ha pagado la indemnización, repetirá a los tres cartelistas restantes por la cantidad de 21,25 millones de € correspondientes al 25 % de cuota respecto al daño de 85 millones de €; menos al infractor que en el otro pleito ha pagado la cantidad de 5 millones de € en virtud del acuerdo extrajudicial alcanzado con la víctima al 15 %, pues a este, en atención al apartado cuarto del art. 77 LDC, de los 21,25 millones tendrá que descontar los mencionados 5 millones de € de la vía extrajudicial, de modo que le podrá reclamar 16,25 millones.

Sin embargo, el descuento de susodicha porción abonada extrajudicialmente en la anterior reclamación de daños supone que el cartelista que ha pagado los 85 millones en el pleito posterior ha pagado 5 millones de más. El supuesto requeriría el reparto de la porción excesiva entre los tres cartelistas, en ausencia del participante en la solución extrajudicial; teniendo en cuenta que el criterio de distribución de responsabilidades internas, según el art. 73.5 LDC, es la contribución relativa en el daño generado por la infracción conjunta, entendemos que el reparto tendrá que ser a prorrata de dicha proporción.

Apréciese que los números cuadran, y la distribución de cantidades en la relación interna del segundo pleito suscitado por la víctima al 85 % suman, en efecto, el importe de 85 millones de €: si a los tres cartelistas no participantes en el acuerdo que, internamente, les corresponde el importe de 21,25, le sumamos la cantidad a cada uno de 1,66, referentes al reparto a prorrata de los 5 millones abonados extrajudicialmente por el cartelista parte en el acuerdo con la víctima al 15 %, da una cantidad de 68,73 millones. Si, a estos, le sumamos los 16,25 millones de € aportados por aquel, el resultado es, en números redondos, 85 millones.

Por consiguiente, el ejemplo refleja que el infractor que ha participado en una solución extrajudicial en un pleito y que, en virtud del mismo, ha pagado más de lo que le correspondería en atención a su cuota de responsabilidad relativa, su situación se equilibra en otra reclamación posterior por el mismo cártel, y no se encuentra en una situación más desventajosa respecto al resto, o

respecto a la situación en que se encontraría si no hubiera alcanzado la solución extrajudicial.

En el presente trabajo consideramos, sin embargo, que el sistema de equilibrio que presenta el art. 77.4 LDC, desde el punto de vista de la práctica judicial, plantea más bien una falacia que una solución efectiva. Llegamos a esta conclusión no tanto por la cuestión de que la estructura legal de susodicho precepto requiera tener en cuenta siempre, en todas las reclamaciones relativas a un mismo cártel, la misma distribución de cuotas relativas. De hecho, este elemento es coherente con el posicionamiento que hemos defendido en el capítulo anterior, al analizar la relación de causalidad: la infracción generadora de los daños y perjuicios a las distintas víctimas es el propio cártel, en su consideración como infracción conjunta, de modo que las concreciones de las cuotas de responsabilidad relativa de cada cartelista se entiende respecto a las contribuciones dolosas o culposas en el propio cártel¹⁶⁸.

¹⁶⁸ De todos modos, tampoco negaremos que el requerimiento que plantea la solución del art. 77.4 LDC, consistente en que la misma distribución de cuotas de responsabilidad relativa se tenga que mantener en todas las reclamaciones referentes a mismo cártel, también plantea serias dudas, si nos situamos en el plano de la práctica judicial. Parece que susodicho precepto legal conlleva que la distribución de cuotas de responsabilidad relativa que debe imperar es la que tenga lugar en la primera reclamación de daños correspondiente a la misma infracción conjunta, y que deberá ser reproducida en los pleitos posteriores. La estructura plantea dudas incluso desde el punto de vista de los principios de exhaustividad, congruencia y motivación que deben primar en las sentencias judiciales, consagrados en el art. 218 LEC; especialmente, en el párrafo 2º del apartado 1º y en el apartado 2º: [...] *El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes./2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los*

En realidad, la complejidad que presenta el apartado cuarto del art. 77 LDC radica en la consideración práctica de la determinación de una cantidad como “daño global” generado por el cártel, del que se puedan extraer los porcentajes de perjuicios correspondientes a las víctimas afectadas por el mismo. ¿En qué estadio se podrá tener certeza de que ya hay una cifra general y definitiva de daños y perjuicios? Cada reclamación de daños tiene por objeto, al margen de la relación de causalidad, el debate y la cuantificación de los daños de la víctima demandante, en cada caso. Nos resulta muy difícil imaginar la consideración de un daño global cuando el objeto de la reclamación son los daños sufridos por un damnificado en concreto. Las acciones de todas las víctimas no tendrán lugar al mismo tiempo y probablemente se irán sucediendo a lo largo de plazo de 5 años de prescripción de la acción. Consiguientemente, resultará muy complicado tener la referencia de un importe general global, teniendo en cuenta que este iría variando a medida que el cártel va siendo objeto de más reclamaciones por parte de nuevas víctimas que vayan surgiendo.

De esta problemática se desprenden, a su vez, diversas incertidumbres judiciales más concretas. Por ejemplo, el esquema que hemos expuesto no tendría en cuenta y no daría solución al hecho de que en ulteriores surgieran nuevas soluciones extrajudiciales, sea con los mismos participantes que el pleito anterior o no, o bien que en la primera o en ulteriores reclamaciones, quien paga es el infractor que ha alcanzado la

distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

solución extrajudicial debido a la insolvencia del resto y a la no exclusión de su subsidiariedad; en estos casos, la tarea de equilibrar la situación judicial sería casi inacabable, y conllevaría una altísima complejidad de cálculos de compensación. Asimismo, nos surge la duda de en qué medida los cartelistas pueden conocer el pleito en concreto en que pueden iniciar las acciones de regreso entre ellos y también entre los infractores que en reclamaciones anteriores han pagado indemnizaciones a razón de vías extrajudiciales, teniendo presente que todos ellos advertirán que irán siendo objeto de sucesivas acciones de daños por la aparición de nuevas víctimas. Y, por supuesto, el art. 77.4 LDC y el Considerando 52 de la Directiva 2014/104/UE desairan los problemas procesales que pueden acaecer en cada pleito individual en aras de lograr una compensación general respecto el daño global que ha generado la infracción conjunta, tales como el hecho de que algunas sentencias condenatorias sean objeto de recursos en instancias superiores respecto a otras condenas que ya han adquirido firmeza, así como la posible oposición de otras excepciones personales de algún cartelista reclamado externa o internamente, como lo podría ser una compensación de deuda.

Por todo lo anterior, entendemos que los infractores que, mediante una solución extrajudicial, hayan pagado más de lo que realmente les corresponde en atención a su cuota de responsabilidad relativa en el cártel, verán muy complicada la posibilidad de que su situación se vea compensada en un estadio posterior, teniendo en cuenta que el apartado segundo del art. 77 LDC, el art. 19.2 y el Considerando 52 de la Directiva de daños excluyen la participación

de aquellos en las relaciones internas del mismo pleito en que han llegado a una solución extrajudicial con la víctima. Dichas disposiciones parten de un concepto de daño global generado por la infracción cuya aplicación en la práctica judicial es difícilmente imaginable. Y, aunque lo fuera, la situación conllevaría un gran número de pleitos posteriores de gran complejidad de coordinación entre ellos, dirigidos a analizar las concretas compensaciones de cada infractor que harían, del efectivo equilibrio definitivo entre todos, un objetivo prácticamente inalcanzable.

Desde luego, la reflexión sobre estas cuestiones por parte del cartelista que duda entre acudir o no a una solución extrajudicial con una víctima del cártel influirá, como mínimo, en los términos de negociación del que se deberá desprender un acuerdo sobre la satisfacción de una parte de la indemnización a la que tiene derecho el damnificado, al margen de los tribunales.

A continuación, procedemos a exponer los distintos escenarios que entendemos que pueden tener lugar en la relación interna de aquellos pleitos *follow-on* contra todos los miembros del cártel en que la víctima ha obtenido una parte de la indemnización en virtud de una solución extrajudicial con alguno de los cartelistas. Nos plantearemos que las acciones de regreso tienen lugar y se saldan respecto a la misma reclamación de la víctima con quien se ha llegado a un acuerdo, sin distinguir el doble plano que hemos desarrollado en las líneas anteriores. Así, dejaremos al margen la finalidad de “compensación global general” que hemos analizado

que propone el art. 77.4 LDC, de modo que no atenderemos al reequilibrio en reclamaciones posteriores de la situación del infractor que ha participado en una vía extrajudicial y que, en virtud de la misma, ha pagado más de lo que le correspondería en atención a su cuota de responsabilidad relativa o bien sigue estando en peor situación respecto al resto, aunque haya avanzado menos importe de la contribución que le corresponde.

Los límites del presente trabajo y, sobre todo, la complejidad e incertidumbre práctica que hemos razonado que supone la consideración de daño global que regula el art. 77.4 LDC nos lleva a tratar los distintos escenarios desde un punto de vista, si se quiere, más abstracto. El objetivo que nos proponemos en los siguientes epígrafes radica en tener una visión esquemática del juego de posibles combinaciones, especialmente cuando está presente el beneficiario de la exención del pago de la multa.

De la misma forma que hemos hecho en el análisis de la relación externa de la solidaridad, pues, distinguiremos el escenario en que concurre un beneficiario de la exención del que este no tiene lugar.

2. Escenario sin el beneficiario de la exención

El cartelista codemandado que abone la indemnización consistente en el daño total que el juez determine que ha sufrido la víctima habiendo descontado, primeramente, la parte recibida extrajudicialmente y, posteriormente, la cuota de responsabilidad relativa en el cártel correspondiente al infractor participante en la

vía extrajudicial, podrá repetir contra el resto de cartelistas, excepto contra susodicho cartelista que ha transigido con la víctima.

Ya hemos expuesto que el art. 77 LDC requiere la discusión de la distribución de cuotas de responsabilidad relativa ya en la relación externa o, al menos, la referente al cartelista participante en la solución extrajudicial. Si en el juicio principal de reclamación de daños solo ha sido objeto de determinación la parte de responsabilidad relativa en el cártel de susodicho integrante de la vía extrajudicial, el resto de cuotas tendrán que ser discutidas en las acciones de regreso. He aquí, nuevamente, la total conveniencia por parte del cartelista que ha resarcido a la víctima en demandar conjuntamente, en la relación interna, a todo el resto de infractores; de lo contrario, la coordinación en los distintos pleitos de regreso en aras de definir una distribución general y coherente de las distintas porciones de responsabilidad relativa en el cártel, sería francamente difícil de conseguir.

Asimismo, tanto si la asignación de las partes alícuotas de responsabilidad del resto de cartelistas tiene que ser discutida en la relación interna de la solidaridad como si ya ha tenido lugar en el pleito principal de reclamación de daños, se podrían plantear dudas sobre el alcance del efecto positivo de la cosa juzgada material respecto a las acciones de regreso en la relación interna. La problemática podría radicar en la identidad de partes que requiere el art. 222.4 LEC, pues el integrante de la solución extrajudicial no podrá ser reclamado en las acciones de regreso referentes a la misma reclamación ejercitada por la víctima con quien aquel ha transigido y, sin embargo, al menos su cuota de responsabilidad

relativa, ya ha tenido que ser determinada judicialmente en la relación externa. Si en la relación interna referente al resto de cartelistas no se tiene en cuenta el porcentaje de contribución relativa del infractor que ha transigido, los cálculos para determinar las cuotas del resto y reequilibrar su situación carecerían de toda coherencia general. La excepción radicaría, claro está, en el supuesto de que quien abonara la indemnización restante fuere el propio participante en el acuerdo extrajudicial, debido a la insolvencia de todo el resto, si su subsidiariedad no ha sido excluida.

En todo caso, de la misma forma que hemos aducido en capítulos anteriores al analizar la relación externa de la responsabilidad solidaria del art. 73.4 LDC, habrá que confiar en el buen hacer de los jueces que atiendan las acciones de regreso y que, en aras de evitar resoluciones contradictorias, tengan en cuenta las distribuciones determinadas en los pleitos principales.

Siguiendo con el supuesto de que quien asume el resarcimiento de la víctima del cártel no es el infractor que ya ha abonado una parte de la indemnización extrajudicialmente, a la hora de ejercitar las repeticiones, puede suceder que alguno de los cartelistas sea total o limitadamente insolvente, de modo que no pueda satisfacer la cuota de responsabilidad relativa que le corresponde. En ese caso, solo cabe pensar en la aplicación de la regla prevista en el párrafo 3º del art. 1145 CC, que dispone el reparto a prorrata de la parte no atendida por el insolvente entre el resto de responsables.

Por último, debemos plantearnos el escenario en que quien tiene que abonar el resarcimiento al damnificado es el infractor que ya ha satisfecho una parte del mismo en virtud de su participación en la solución extrajudicial. El supuesto, previsto en el apartado 3º del art. 77 LDC, se refiere a la posibilidad de que todo el resto de cartelistas, una vez intentada la ejecución de los respectivos patrimonios en la fase de ejecución de la sentencia firme, resulte ser insolvente total o limitadamente, de forma que entre todos ellos no pueden llegar a satisfacer el importe restante que se debe a la víctima. La situación supondría, si la subsidiariedad no ha sido excluida extrajudicialmente, la desaparición de toda posición privilegiada del participante en la solución alternativa, y que sea este quien acabe asumiendo la carga indemnizatoria, sin la posibilidad, muy probablemente, de poder repetir satisfactoriamente contra ningún otro cartelista, debido a la existencia de su insolvencia ya en la relación externa. Del propio Considerando 51 de la Directiva, se desprende que la asunción de la posibilidad de que el infractor acabe siendo el único que paga se justifica en la garantía del derecho al pleno resarcimiento del damnificado.

3. Escenario con el beneficiario de la exención

En aras de exponer un esquema lo más clarificador posible sobre las acciones *follow-on* en que concurre un infractor que ha obtenido el beneficio de la dispensa del pago de la multa, dividiremos los distintos supuestos según la condición de la víctima: si es comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la

dispensa, de otro cartelista o de un agente ajeno al cártel. Cada uno de estos escenarios serán fragmentados, a su vez, en atención a quién paga la indemnización al damnificado.

3.1 Víctima que es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención

a) Paga la indemnización restante un cartelista que no es el beneficiario de la exención

En el capítulo anterior ya ha sido objeto de análisis que cuando la víctima reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto del beneficiario de la inmunidad, este, internamente, responde de la misma forma que el resto de cartelistas, esto es, en atención a su cuota de responsabilidad relativa en la infracción conjunta que ha generado los daños y perjuicios al damnificado. Por su parte, el apartado 4º del art. 77 LDC no prevé ninguna posición aventajada respecto a los participantes de una solución extrajudicial; únicamente, que habrá que tener en cuenta la porción indemnizatoria que aquellos han avanzado en virtud de la vía alternativa, pero respecto a reclamaciones ulteriores ejercitadas por otros damnificados ajenos al acuerdo anterior.

Reiteramos que el beneficiario de la exención, en la relación interna de este escenario, no goza de una posición diferenciada, de modo que si no hubiera formado parte de la solución extrajudicial, no dispondrá de ninguna excepción legal, y deberá responder por su cuota de responsabilidad relativa en la infracción conjunta.

Sin embargo, si ha formado parte del acuerdo extrajudicial, tal y como hemos reiterado en líneas anteriores, el beneficiario de la

dispensa no podrá ser reclamado en la relación interna, pues ya ha avanzado parte de la indemnización en virtud de dicha vía alternativa.

En caso de que, en la relación interna, concurren insolvencias, entendemos que deberá ser aplicada la regla de prorrata prevista por el párrafo tercero del art. 1145 CC.

b) El beneficiario de la exención paga la indemnización restante

El supuesto no plantearía ninguna excepcionalidad si el beneficiario de la inmunidad no ha formado parte del acuerdo extrajudicial, pues aquel, a la luz del art. 73.4 a) LDC, cuando la víctima es comprador o proveedor directo o indirecto suyo, no ostenta ninguna posición privilegiada, en la relación externa. Por lo tanto, nada obsta a que el beneficiario de la dispensa asuma el resarcimiento de la víctima. E, internamente, deberá repetir contra el resto de cartelistas no participantes en la solución extrajudicial, en atención a las respectivas cuotas de responsabilidad relativa en el cártel.

En caso de que el beneficiario de la exención que pague a la víctima haya formado parte del acuerdo extrajudicial, el planteamiento requiere que la subsidiariedad que brinda el art. 77.3 LDC no haya sido excluida por el mismo pacto. Asimismo, si el beneficiario de la dispensa es el único que ha alcanzado una solución extrajudicial con la víctima significa que todo el resto ha resultado ser insolvente, en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria firme. Por consiguiente, probablemente no podrá repetir contra ningún otro infractor.

Por último, el hecho de que el beneficiario de la inmunidad pague la indemnización restante a la víctima si aquel ha formado parte de la solución extrajudicial junto con otros cartelistas, supone que la elección ha dependido exclusivamente del criterio de preferente del damnificado. Ya hemos indicado, anteriormente, que la LDC no regula un criterio de preferencia respecto a las distintas subsidiariedades no excluidas de los participantes en un acuerdo extrajudicial. Por lo tanto, en este escenario, el beneficiario de la exención tampoco podrá repetir exitosamente contra nadie, en la relación interna.

3.2 Víctima que es contratante directo o indirecto de otro cartelista

a) Paga la indemnización restante un cartelista que no es el beneficiario de la exención

Si el beneficiario de la inmunidad no ha formado parte de la solución extrajudicial, si es reclamado en la relación interna, resultan de aplicación las mismas consideraciones respecto a este escenario que ya han sido objeto de exposición en el capítulo anterior: en virtud del párrafo 2º del art. 77.5 LDC, el beneficiario de la dispensa, en la relación interna, no debe responder cuando la víctima reclamante es comprador o proveedor directo o indirecto de otro cartelista. Esta es la única excepción que le convendrá oponer si resulta reclamado mediante una acción de regreso.

b) El beneficiario de la exención paga la indemnización restante

El escenario consistente en que el beneficiario de la dispensa paga la indemnización restante cuando ha sido el único infractor que ha alcanzado un acuerdo con la víctima demandante y su

responsabilidad subsidiaria no ha sido excluida en virtud del mismo, conlleva que todo el resto de infractores ha resultado ser insolvente. El supuesto reflejaría que el beneficiario de la inmunidad ha tenido que pagar tanto en virtud de la subsidiariedad que brinda el art. 73.4 b) LDC como la del art. 77.3 LDC. Por consiguiente, difícilmente podrá ejercitar una acción de regreso con resultados satisfactorios.

Si el beneficiario de la dispensa ha formado parte de la solución extrajudicial junto con otros cartelistas, el hecho de que quien asuma el resarcimiento restante sea el beneficiario de la exención es el resultado de las preferencias del damnificado: no contamos con una prelación legal en lo que atañe a las subsidiariedades entre los distintos integrantes del acuerdo extrajudicial o entre estos y la subsidiariedad del beneficiario de la exención. Por lo tanto, este último acabaría asumiendo la indemnización restante, con escasas posibilidades de repetir contra otro infractor.

3.3 Víctima que es contratante directo o indirecto de una empresa ajena al cártel

a) Paga la indemnización restante un cartelista que no es el beneficiario de la exención

En los supuestos de víctimas del cártel en virtud del “efecto paraguas” del mismo, el beneficiario de la dispensa, internamente, responde de la misma forma que el resto de infractores: según su contribución relativa en la infracción conjunta generadora de los daños y perjuicios. Por lo tanto, el beneficiario de la exención, si no ha formado parte de la solución extrajudicial, únicamente podrá ser

reclamado por su cuota de responsabilidad relativa en el cártel, a la luz del art. 73.5 LDC.

b) El beneficiario de la exención paga la indemnización restante

Las consideraciones sobre este escenario son exactamente las mismas que hemos aducido en el epígrafe anterior, referente al caso de que el beneficiario de la inmunidad paga la indemnización restante cuando la víctima es un contratante de otro cartelista.

V. La solución extrajudicial como excepción personal y el juego de incentivos

1. La solución extrajudicial como excepción personal

A lo largo del presente capítulo se ha puesto de manifiesto que, tal y como expresa el propio apartado 1º del art. 77 LDC, el derecho a la indemnización a la que tiene derecho la víctima por los daños sufridos por un cártel se ve, efectivamente, reducida en la parte proporcional correspondiente a la cuota de responsabilidad relativa que tiene el infractor integrante de la solución extrajudicial en la infracción conjunta. Dicha reducción conlleva, pues, que la porción que cada coinfractor realmente debería en atención a su contribución relativa en el cártel, también se ve disminuida en el porcentaje referente a la cuota de responsabilidad del cartelista que ha transigido.

En virtud de ello, la existencia de un acuerdo extrajudicial acaba beneficiando, de forma general, a todos los infractores, incluidos a

quienes no han participado en la vía alternativa de solución al conflicto: la deuda solidaria por la que responden todos los infractores se ve reducida debido a la existencia de un acuerdo extrajudicial alcanzado por alguno de ellos. La posición privilegiada del cartelista que transige con la víctima consiste en que solo responde solidariamente con el resto de cartelistas por la indemnización restante de forma subsidiaria, si aquellos resultan ser insolventes; extrajudicialmente, sin embargo, dicha subsidiariedad puede ser excluida. Asimismo, los integrantes de la solución extrajudicial no pueden ser reclamados en la relación interna correspondiente al pleito impulsado con la misma víctima con quien han llegado a un acuerdo. En caso de que, debido a la cantidad avanzada en virtud de la transacción, queden en peor situación que el resto de infractores, su situación deberá tenerse en cuenta y ser reequilibrada en la relación interna de una ulterior reclamación de daños ejercitada por otra víctima.

Por consiguiente, la reducción del derecho al pleno resarcimiento de la víctima en atención a la parte cobrada extrajudicialmente y a la cuota de responsabilidad relativa del participante en la solución extrajudicial, conlleva que el art. 77.1 LDC puede ser opuesto por cualquier cartelista, incluidos los que no han transigido. En el análisis de la relación externa ya hemos detallado que, en caso de que la víctima interponga la reclamación de daños habiendo percibido una parte extrajudicialmente sin tener en cuenta las dos reducciones que legalmente proceden, la irregularidad puede ser advertida y el art. 77.1 LDC puede ser opuesto por cualquier reclamado. De hecho, salvo que la víctima también yerre en este

sentido, el apartado 1º del art. 77 LDC, como excepción solo debería ser opuesto, precisamente, por los infractores ajenos a la transacción, pues en virtud del apartado 2º, los participantes en la solución extrajudicial, una vez han avanzado una parte mediante esta vía, ya no pueden ser reclamados ni en la relación externa ni en la interna.

El razonamiento anterior nos conduce a la conclusión de que la solución extrajudicial en las reclamaciones de daños derivadas de una infracción conjunta del Derecho de la competencia es, a la luz del art. 1148 CC, una excepción personal de la que pueden servirse el resto de codeudores solidarios.

En atención a la clasificación de CAFFARENA LAPORTA, se trataría de una excepción simplemente “personal”, en contraposición de la “puramente personal”: mientras que las primeras “pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa en la deuda”, las puramente personales, aunque también derivan de hechos relativos a un solo deudor solidario, solo le pertenecen a este¹⁶⁹. En efecto, la reducción del derecho al pleno resarcimiento de la parte perjudicada en proporción a la cuota de responsabilidad relativa del infractor que ha participado en la solución extrajudicial, aunque se trata de un hecho concerniente a

¹⁶⁹ Véase la nota 107.

este, afecta a toda la deuda solidaria, y puede ser opuesta por los que no han transigido con la víctima¹⁷⁰.

2. El juego de incentivos para cada parte

2.1 Desde el punto de vista de la víctima

El hecho de alcanzar una solución extrajudicial con alguno de los cartelistas supone, para la víctima de la infracción conjunta, una reducción de su derecho al pleno resarcimiento. Por consiguiente, siempre que el damnificado pueda tener cierta seguridad de que, como mínimo, un miembro del cártel es suficientemente solvente, le interesará evitar la vía extrajudicial, pues tendrá la expectativa de cobrar íntegramente la indemnización referente a los daños que

¹⁷⁰ Por este motivo, podemos afirmar que el art. 77 LDC resuelve, en la materia específica de acciones por daños *antitrust* que nos concierne, la clásica discusión doctrinal acerca de la extensión de la eficacia de la transacción entre los deudores solidarios. Por todos, destacamos el trabajo de Silvia TAMAYO HAYA (2002), *El Contrato de Transacción*, Civitas, Madrid, en cuyo epígrafe “Transacción y solidaridad” (pp. 578-594), en primer lugar, resume las distintas posiciones de la doctrina española sobre la cuestión. Y, seguidamente, la autora llega a la conclusión, en síntesis, de que “los actos realizados por alguno de los sujetos solidarios no surtan efectos automáticos hacia los no participantes. En la medida en que se reconoce a un sujeto solidario la facultad para transigir sobre su parte en la obligación o en el crédito se abandona la vieja noción de solidaridad” (p. 592). Tiene en cuenta, no obstante, en una interpretación analógica del art. 1835 CC relativo a la fianza, que la eficacia de la transacción para con los no participantes en la misma se puede producir si estos manifiestan su voluntad al respecto.

Pero, en el supuesto que nos ocupa de la transacción acaecida en la responsabilidad solidaria de los cartelistas, insistimos, el sistema del art. 77 LDC ya supone la reducción de la deuda solidaria correspondiente a los daños que son consecuencia de la infracción conjunta, de modo que, automáticamente, la transacción beneficia a todos los infractores; ello, independientemente de si algunos cartelistas ya han sido reclamados o de si la acción es *follow-on* o *stand-alone*. De esta forma, se superan también los quebraderos de cabeza que pueden traer a colación los arts. 1143 CC y 1146 CC, relativos al alcance de la novación, compensación, confusión, remisión y quita de la deuda efectuada con alguno de los deudores solidarias respecto al resto.

consiga acreditar al tribunal. La exclusión de la transacción, sin embargo, probablemente supondrá más tiempo, pues tendrá que esperar a la firmeza de la sentencia condenatoria y, quizá, tendrá que reclamar el cobro en la fase de ejecución de la misma. El aspecto temporal, no obstante, también supone un desincentivo si la solución extrajudicial no alcanza a todos los cartelistas, pues respecto a la indemnización restante, también tendrá que acudir al cauce judicial.

Si el damnificado advierte que ni siquiera con la ejecución de todos los patrimonios de los cartelistas podrá obtener el pleno resarcimiento, quizá le convendrá alcanzar una solución extrajudicial. Le interesará que formen parte el mayor número de infractores posible, de modo que la porción indemnizatoria cuyo cobro se asegure mediante la transacción, sea del importe más elevado posible.

El dilema de la parte perjudicada radica, pues, aparte de la cuestión temporal, en la posible insolvencia de los infractores. La víctima dispone de recursos en aras de tener cierto conocimiento sobre la situación económica de los cartelistas, tales como el acceso a las cuentas anuales de los mismos, vía registro mercantil, o bien el acceso al Registro Público Concursal con la finalidad de conocer la posible situación concursal de alguno de aquellos. Dicho conocimiento, sin embargo, no podrá ser certero al cien por cien, teniendo en cuenta, por otra parte, que no podrá saber la verdadera solvencia de los infractores con los que transija, pues el alcance de una solución extrajudicial excluye la posterior reclamación judicial (y, por tanto, posible ejecución de los patrimonios) contra los

participantes en la misma, a menos que el resto de infractores resulte ser insolvente. Asimismo, el cartelista que opta por participar en la vía extrajudicial negociará con el establecimiento de una cantidad máxima a aportar que, quizá, en realidad, es inferior de la que realmente es capaz de asumir.

A mayor abundamiento, si la transacción tiene lugar antes de la firmeza de la sentencia condenatoria firme, el damnificado tampoco tendrá certeza acerca de la cuantificación que acabe siendo validada en susodicha resolución. Por lo tanto, en el seno de la vía extrajudicial, la víctima no tiene conocimiento exacto sobre si está negociando por mucha o poca cantidad respecto a la cuantificación definitiva que acaecerá judicialmente, salvo que consiga transigir con todos los miembros de la infracción conjunta.

En definitiva, la víctima que tenga serias dudas acerca de la solvencia de los miembros del cártel que le ha generado el daño, en aras de evitar el riesgo de que acabe cobrando una cantidad indemnizatoria menor, entendemos que le conviene demandar judicialmente a todos los infractores, si es que la cuestión temporal no le resulta especialmente gravosa. Consideramos que la excepción más coherente sería la de conseguir una solución extrajudicial con uno o varios cartelistas que ya cumpla con sus expectativas, y posteriormente intentar, mediante la acción judicial de daños, percibir una cantidad añadida.

2.2 Desde el punto de vista de los cartelistas en general

Los mismos dilemas que tiene la parte perjudicada los tienen los infractores, pero a la inversa. Desde un prisma más general, al

cartelista le interesa que acaezca una solución extrajudicial, pues la deuda solidaria que obliga a todos sufre una disminución, salvo que la transacción alcance a todos los deudores. Sin embargo, el infractor aún no conoce la distribución de cuotas de responsabilidad relativa ni la cuantificación judicial definitiva sobre el daño, de modo que no sabe si está transigiendo por más o menos cantidad que le corresponde.

En este sentido, en el presente capítulo hemos justificado que la compensación del infractor que ha pagado de más en virtud de la solución extrajudicial resulta, en la práctica, muy compleja e incierta. Además, si todo el resto de cartelistas resulta ser insolvente y su responsabilidad subsidiaria no ha sido excluida, responderá por la indemnización restante, y probablemente no podrá repetir contra otro infractor.

Por lo tanto, parece que para el cartelista, la mejor estrategia consistiría en acordar la exclusión de su responsabilidad subsidiaria respecto al acuerdo sobre un importe que esté dispuesto a asumir, sabiendo que, quizá, su cuota de responsabilidad relativa en el cártel es menor de lo que aporte extrajudicialmente. De otra forma, teniendo presente que, igualmente, puede acabar asumiendo, subsidiariamente, la indemnización restante, probablemente optará por desistir de la vía transaccional.

2.3 Desde el punto de vista del beneficiario de la exención

Si la víctima reclamante es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo, resultan de aplicación las mismas consideraciones aducidas en el epígrafe anterior, pues en este escenario, el

beneficiario de la dispensa no ostenta ninguna posición diferenciada.

La reflexión continúa siendo la misma si el demandante es un contratante de otro miembro del cártel o bien de una parte ajena al mismo. No obstante, en caso de que no consiga acordar la exclusión de la subsidiariedad respecto a un acuerdo cuyo importe esté dispuesto a asumir, para el beneficiario de la inmunidad, la situación supondría una razón más para mantenerse al margen de la transacción, pues la condición de beneficiario de la exención ya le otorga una posición de responsable subsidiario.

CONCLUSIONES

I

Los apartados 4º y 5º del art. 73 LDC establecen supuestos que excepcionan la posición del beneficiario de la exención del pago de la multa en la responsabilidad solidaria que el apartado 1º prevé para quienes hayan infringido conjuntamente el Derecho de la competencia, como es el caso de un cártel. Los preceptos responden a la transposición de la Directiva 2014/104/UE, la cual, mediante el establecimiento de beneficios para el beneficiario de la dispensa en sede de la aplicación privada del Derecho de la competencia, pretende conseguir un equilibrio óptimo respecto a la aplicación pública.

El principal beneficio otorgado al beneficiario de la exención en la relación externa de la solidaridad consiste en que, cuando el reclamante no es un comprador o proveedor directo o indirecto suyo, el beneficiario de la dispensa no responde solidariamente junto con el resto de cartelistas: es responsable subsidiario, para el supuesto de que todos los infractores restantes resulten ser insolventes.

Este privilegio en el ámbito externo, sin embargo, desaparece, en la relación interna, en un supuesto concreto: cuando el reclamante no es contratante directo o indirecto del beneficiario de la exención y el cartelista que abona la indemnización a la víctima no coincide con aquel. En este escenario, el beneficiario de la dispensa será destinatario de las acciones internas de repetición como cualquier otro cartelista, esto es, en virtud de su contribución relativa al perjuicio ocasionado por el cártel. Consiguientemente, este supuesto

desequilibra el sistema de beneficios que se brindan al beneficiario de la inmunidad, pues este tendrá conocimiento de que, en el escenario mencionado, internamente dejará de ostentar la posición subsidiaria de la que goza en la relación externa.

II

Desde el punto vista de la víctima, resulta totalmente aconsejable interponer la acción de daños de tipo *follow-on*, en detrimento de la *stand-alone*. En la acción de seguimiento, el demandante se sustenta en una decisión sancionadora firme que constata la infracción, su naturaleza y su alcance personal, material, temporal y territorial. El sistema vigente de la LDC, en transposición de la Directiva de daños, al establecer el carácter vinculante de las resoluciones sancionadoras firmes para los órganos jurisdiccionales, junto con otros elementos como la interrupción de la prescripción, evidencian la clara preferencia por las acciones *follow-on*.

Asimismo, la opción óptima para el reclamante es demandar conjuntamente a todos los integrantes del cártel. De esta forma, se ahorraría el riesgo consistente en que, en relación con las demandas ulteriores, acaezcan sentencias contradictorias si los juzgadores no optan por extender la eficacia positiva de la cosa juzgada del primer pronunciamiento.

III

La solución extrajudicial aprovecha por igual a todos los cartelistas solidariamente responsables, pues según el art. 77 LDC, el derecho de indemnización de la víctima se ve reducido en la parte

proporcional que el infractor con quien se ha transigido tenga en el perjuicio ocasionado. Por consiguiente, dicha solución puede ser opuesta por cualquier cartelista, incluidos los no participantes en el procedimiento extrajudicial.

El sistema de resolución alternativa de conflictos supone, desde el punto de vista de la *praxis* judicial, dos excepciones o problemas a los que el régimen legal vigente no otorga soluciones suficientemente precisas. Uno, que ya en la reclamación externa de la deuda solidaria tiene que tenerse en cuenta la distribución de las cuotas individuales de responsabilidad, o al menos la del cartelista participante en el acuerdo extrajudicial. Y dos, que en caso de que el infractor que transige haya aportado más importe indemnizatorio del que le corresponde, la compensación de este exceso supone tener en cuenta una suerte de daño global que el cártel ha generado y que resulta casi imposible de calcular y distribuir en la pluralidad pleitos civiles que se susciten.

El beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco de un programa de clemencia no ostenta una posición relevante que lo diferencie del resto de cartelistas. Únicamente, que puede concurrir la subsidiariedad del art. 77.3 LDC por el hecho de haber participado en el sistema extrajudicial con la subsidiariedad que ya ostenta en virtud del art. 73.4 LDC. Esta situación le podría suponer un desincentivo para acudir a la solución extrajudicial en caso de que los términos de la misma oscilen en un importe que el beneficiario de la dispensa estaría dispuesto a asumir, y siempre que no se acuerde la exclusión de su subsidiariedad.

LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS

Tabla de sentencias

Órgano resolutorio, fecha	Referencia de identificación o reparto	Ponente
STJCE, 5.2.1963	ECLI:EU:C:1963:1	
STJCE, 15.7.1964	ECLI:EU:C:1964:66	
STJCE, 14.9.1999	ECLI:EU:C:1999:407	
STJCE, 20.9.2001	ECLI:EU:C:2001:465	
STJCE, 7.1.2004	ECLI:EU:C:2004:6	
STJCE, 13.7.2006	ECLI:EU:C:2006:461	
STJCE, 4.7.2007	ECLI:EU:C:2006:443	
STJUE, 14.6.2011	ECLI:EU:C:2011:389	
STJUE, 5.6.2014	ECLI:EU:C:2014:1317	
STJUE, 17.10.2018	ECLI:EU:C:2018:833	
STJUE, 28.3.2019	ECLI:EU:C:2019:263	
STJUE, 12.12.2019	ECLI:EU:C:2019:1069	
STC, pleno, 11.11.1999	ECLI:ES:TC:1999:208	Tomás S. Vives Antón
STS, 1ª, 30.12.1993	ROJ 9269/1993	Pedro González Poveda

STS, 1ª, 4.11.1999	ROJ 6941/1999	José Menéndez Hernández
STS, 1ª, 2.6.2000	ROJ 4520/2000	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 4.6.2007	ROJ 4242/2007	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 19.10.2007	ROJ 7169/2007	María Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 26.6.2009	ROJ 5416/2009	Vicente Luís Montes Penades
STS, 1ª, 29.11.2010	ROJ 6379/2010	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 8.6.2012	ROJ 5462/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS, 1ª, 7.3.2013	ROJ 1716/2013	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 4.9.2013	ROJ 4739/2013	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, 7.11.2013	ROJ 5819/2013	Rafael Sarazá Jimena
STS, 3ª, 26.4.2005	ROJ 2595/2005	José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat
STS, 3ª, 26.4.2005	ROJ 2597/2005	José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat
STS, 3ª, 22.3.2006	ROJ 1711/2006	Manuel Campos Sánchez-Bordona
STS, 3ª, 22.5.2015	ROJ 2297/2015	José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat
SAN, de lo contencioso, 4.7.2002	ROJ 4215/2002	Mercedes Pedraz Calvo

SAN, de lo contencioso, 13.9.2002	ROJ 7847/2002	José María del Riego Valledor
SAN, de lo contencioso, 6.5.2003	ROJ 9243/2003	Santiago Pablo Soldevila Fragoso
SAP Barcelona, 15ª, 10.1.2020	ROJ 58/2020	José María Ribelles Arellano
SAP Barcelona, 15ª, 10.1.2020	ROJ 59/2020	Luís Rodríguez Vega
SAP Barcelona, 15ª, 10.1.2020	ROJ 201/2020	José María Ribelles Arellano
SAP Barcelona, 15ª, 13.1.2020	ROJ 60/2020	Juan Francisco Garnica Martín
SAP Barcelona, 15ª, 13.1.2020	ROJ 186/2020	Juan Francisco Garnica Martín
SAP Barcelona, 15ª, 13.1.2020	ROJ 698/2020	José María Fernández Seijo
SAP Barcelona, 15ª, 17.4.2020	ROJ 2567/2020	Marta Cervera Martínez
SAP Madrid, 28ª, 3.2.2020	ROJ 1/2020	Gregorio Plaza González
SAP Madrid, 28ª, 3.7.2017	ROJ 9034/2017	Pedro María Gómez Sánchez
SAP Madrid, 28ª, 3.2.2020	ROJ 2/2020	Alberto Arribas Hernández
SAP Valencia, 9ª, 5.12.2019	ROJ 4150/2019	Purificación Martorell Zulueta
SAP Valencia, 9ª, 24.2.2020	ROJ 1165/2020	Rosa María Andrés Cuenca
SAP Valencia, 9ª, 16.12.2019	ROJ 4151/2019	Purificación Martorell Zulueta

SAP Valencia, 9ª, 16.12.2019	ROJ 4152/2019	Purificación Martorell Zulueta
SAP Vizcaya, 4ª, 4.6.2020	ROJ 265/2020	María Lourdes Arranz Freijo
SJM 3 Barcelona, 6.6.2018	ROJ 228/2018	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Barcelona, 5.9.2018	ROJ 2725/2018	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Barcelona, 5.9.2018	ROJ 2726/2018	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Barcelona, 10.9.2018	ROJ 2727/2018	Eduardo Pastor Martínez
SJM 7 Barcelona, 6.6.2018	ROJ 2166/2018	Raúl Nicolás García Orejudo
SJM 7 Barcelona, 21.12.2018	ROJ 4995/2018	Raúl Nicolás García Orejudo
SJM 7 Barcelona, 12.9.2019	ROJ 1121/2019	Raúl Nicolás García Orejudo
SJM 1 Bilbao, 3.4.2019	ROJ 547/2019	Marcos Francisco Bermúdez Ávila
SJM 3 Madrid, 7.5.2018	ROJ 162/2018	Jorge Montull Urquijo
SJM 11 Madrid, 8.6.2020	ROJ 1232/2012	Carmen González Suárez
SJM 12 Madrid, 9.5.2014	ROJ 3797/2015	Ana María Gallego Sánchez
SJM 1 Murcia, 15.12.2018	ROJ 3256/2018	María Dolores de las Heras Martínez
SJM 1 Pontevedra, 30.8.2019	ROJ 975/2019	Manuel Marquina Álvarez

SJM 1 Valencia, 23.4.2019	ROJ 549/2019	Salvador Vilata Menadas
SJM 2 Valencia, 17.7.2019	ROJ 803/2019	Jacinto Talens Seguí
SJM 3 Valencia, 20.2.2019	ROJ 34/2019	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Valencia, 13.3.2019	ROJ 187/2019	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Valencia, 15.5.2019	ROJ 510/2019	Eduardo Pastor Martínez
SJM 3 Valencia, 13.9.2019	ROJ 1002/2019	Eduardo Pastor Martínez

Tabla de resoluciones de autoridades de la competencia

Órgano resolutorio, fecha	Referencia	Ponente
Comisión Europea, 19.7.2016	AT. 39824 - Camiones	
Comisión Europea, 27.9.2017	AT. 39824 - Camiones	
TDC, 15.4.1999	426/98, Azúcar	Antonio Castañeda Boniche
CNC, 12.11.2009	S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal	Julio Costas Comesaña
CNC, 25.3.2013	S/0316/10, Sobres de Papel	Julio Costas Comesaña

BIBLIOGRAFÍA

Joaquín ATAZ LÓPEZ (2002), “Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Aspectos Sustantivos)”, en Jorge CAFFARENA LAPORTA y Joaquín ATAZ LÓPEZ, (coordinadores), *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco J. BARBANCHO TOVILLAS (1997), *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona.

José María BAÑO FOS (2016), “Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Aranzadi, Cizur Menor.

Joan Ramon BORREL ARQUÉ, Juan Luís GIMÉNEZ GONZÁLEZ y José Manuel ORDÓÑEZ DE HARO (2015), “Análisis forense de los carteles descubiertos en España”, *Papeles de economía española*, nº 145, septiembre de 2015.

Helmut BROKELMANN (2013), “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en Antoni FONT RIBAS y Silvia GÓMEZ TRINIDAD (coordinadores), *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid.

Helmut BROKELMANN (2015), “La directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 37, octubre de 2015.

Jorge CAFFARENA LAPORTA (1980), *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Edersa, Madrid.

Juan CARRERAS DEL RINCÓN (1990), *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Bosch, Barcelona.

Antonio CASADO NAVARRO (2016), “La directiva 2014/104/UE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on actions*”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Aranzadi, Cizur Menor.

Juan COBO PLANA (2000), *Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Sepin, Madrid.

Ángel CRISTÓBAL MONTES (1985), *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona.

Fernando DÍEZ ESTELLA y Clara ESTRADA MERAYO (2014), “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de Competencia y Distribución*, nº 15, segundo semestre de 2014.

Luís DÍEZ-PICAZO (1996), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edición, Civitas, Madrid.

Christopher J. ELLIS y Westley W. WILSON (2001), *Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger*, University of Oregon, mayo de 2001, disponible en https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2008&paper_id=339.

Mª Asunción ESTEVE PARDO (2014), *Solidaridad impropia de deudores*, Marcial Pons, Madrid.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2017), “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, marzo de 2017.

Carlos GÓMEZ ASENSIO (2019), “Soluciones extrajudiciales y reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (director), *Problemas actuales en las acciones de las compensación de daños por infracción de normas de competencia*, Aranzadi, Pamplona.

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2007), *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Pamplona.

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2010), *Solidaridad Impropia y Seguro de Responsabilidad Civil*, Fundación Mapfre, Madrid.

Francisco GONZÁLEZ CASTILLA (2016), “Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Aranzadi, Cizur Menor.

Antonio HERNÁNDEZ GIL (1946), “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho privado*, junio de 1946.

Jean-François LABORDE (2019), “Cartel damages actions in Europe: how courts have assessed cartel overcharges”, *Concurrences*, 4ª edición, noviembre de 2019.

Christopher R. LESLIE (2006) “Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, agosto de 2006.

Christopher R. LESLIE (2011), “Antitrust Leniency Programmes”, *The Competition Law Review*, Vol. 7, n.º. 2, julio de 2011.

Ioannis LIANOS, Peter DAVIS y Paolisa NEBBIA (2015), *Damages Claims for the Infringement of the EU Competition Law*, OUP Oxford, Oxford.

Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2014), “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *IE Law School Working Paper*, n.º 876, enero-febrero 2014, disponible en <http://cee.ie.edu/sites/default/files/AJ8-212.pdf>.

Francisco MARCOS FERNÁNDEZ y Albert SÁNCHEZ GRAELLS (2018), “Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door?”, *InDret* 1/2008, enero de 2008.

Vanessa MARTÍ MOYA (2012), “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (C-360/09)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 10, primer semestre de 2012.

Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2017), en la obra colectiva de José MASSAGER, José Manuel SALA ARQUER, Jaime FOLGUERA y Alfonso GUTIÉRREZ (directores), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 5ª edición.

Pamela A. MENDOZA ALONZO (2015), *La obligación solidaria impropia*, La Ley, Madrid.

Eugenio OLMEDO PERALTA (2014), “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (“umbrella pricing”): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, n.º 7, octubre de 2014.

María Concepción PABLO-ROMERO GIL-DELGADO (2015), “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 16, primer semestre de 2015.

Marta PÉREZ ESCOLAR (2004), *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Civitas, Madrid.

Patricia PÉREZ-FERNÁNDEZ (2011), “¿Aplicación pública o aplicación privada del derecho de la competencia?”, *SPCS Documento de trabajo 2011/11*, Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo.

Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ (2013), “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *InDret* 1/2013, enero de 2013.

Francisco RAMOS MÉNDEZ (2012), *El juicio civil*, Atelier, Barcelona

Tomás RUBIO GARRIDO (2002), *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*, Comares, Granada.

Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (director), *Problemas actuales en las acciones de las compensación de daños por infracción de normas de competencia*, Aranzadi, Pamplona.

Josep SOLÉ FELIU (2008), “Pluralidad de causantes del daño y solidaridad”, *Revista de derecho privado*, nº 1, enero de 2008.

Vera SOPEÑA BLANCO y Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (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 Distribución*, nº 17, segundo semestre de 2015.

Silvia TAMAYO HAYA (2002), *El Contrato de Transacción*, Civitas, Madrid.

Victoria TORRES SUSAEETA (2016), *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia: la tutela procesal del derecho de la competencia en el plano español*, Aranzadi, Pamplona.

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL (2019), “The Presumption of Harm”, en Magnus STRAND, Vladimir Bastidas VENEGAS y Marius C. IACOVIDES (editores), *EU Competition Litigation. Transposition and First Experiences of the New Regime*, Swedish Studies in European Law, Vol. 12, Hart Publishing.

Pedro-José VELA TORRES (2016), “Experiencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia”, en Juan Ignacio RUIZ PERIS (director), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Aranzadi, Cizur Menor.

Wouter P.J. WILS (2003), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe”, publicado en *World Competition*, Vol. 26, nº 3, septiembre de 2003.

