
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Rusinés Torras, Arnau; Górriz López, Carlos, dir. L'acció de danys per infraccions del dret de la competència : estat de la qüestió i propostes pel futur. 2024. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303645>

under the terms of the  license

L'acció de danys per infraccions del dret de la competència:

Estat de la qüestió i propostes pel futur

Autor: Arnau Rusinés i Torras

Tutor: Carles Górriz López

Grau: Administració i Direcció d'Empreses i Dret

Treball de Fi de Grau

Data d'entrega: 13 de maig de 2024

Un agraïment al Carles, per les seves classes magistrals.

Un agraïment a la Judit i a la meva família pel seu suport.

Moltes gràcies també a la Universitat i al seu professorat.

RESUM

El present treball de fi de grau té per exposar la regulació actual de les reclamacions de danys dels perjudicats contra els responsables d'una conducta restrictiva de la competència o un abús de posició de domini. També es vol identificar els principals reptes i problemes que s'estan duent a la pràctica i fer propostes de millora innovadores. Es fa una anàlisi sobre la normativa, la jurisprudència i la doctrina relacionada amb aquest àmbit.

El document disposa de cinc capítols. Per començar, es realitza una contextualització sobre el dret de la competència i l'acció de danys, així com la Directiva que va impulsar l'acció de danys i l'evolució històrica que ens ha portat a la regulació actual (§ 1). Seguidament es dedica un capítol al dany que causen aquests il·límits, veient qui n'és el responsable, com s'origina, qui el suporta i com s'ha de provar davant dels tribunals (§ 2). En tercer lloc, s'analitza les parts que intervenen el procés judicial (§ 3). Tot seguit les principals qüestions processals que afecten l'acció de danys (§ 4). Per últim, tenim les conclusions i un recull de propostes (§ 5).

PARAULES CLAU

Dret de la competència, aplicació privada, acció de danys per infracció del dret de la competència a Espanya, càrtel dels automòbils, càrtel dels camions,

ABSTRACT

The purpose of this work is to present the current regulation of damage claims by injured parties against those responsible for conduct restricting competition or an abuse of a dominant position. We also want to identify the main challenges and problems that are being put into practice and make innovative improvement proposals. An analysis is made of the regulations, jurisprudence and doctrine related to this area.

The document has five chapters. To begin with, a contextualization is carried out on competition law and the action of damages, as well as the Directive that gave rise to the action of damages and the historical evolution that has led us to the current regulation (§ 1). A chapter is then dedicated to the damage caused by these illegal acts, looking at who is responsible, how it originates, who bears it and how it must be proven before the courts (§ 2). Thirdly, the parties involved in the judicial process are analyzed (§ 3). Then the main procedural issues that affect the action for damages (§ 4). Finally, we have the conclusions and a collection of proposals (§ 5).

KEY WORDS

Competition law, private enforcement, antitrust damage action in Spain, spanish car cartel, european trucks cartel

ÍNDEX

Llistat d'abreviacions	6
1. L'ACCIÓ DE DANYS I PERJUDICIS	7
1.1. La defensa de la competència	7
1.2. L'acció de danys i perjudicis	8
1.3. Evolució històrica de la normativa de l'acció de danys	9
1.4. La Directiva 2014/104/UE	10
1.4.1. Transposició de la Directiva	11
1.4.2. Règim transitori de la Directiva	11
2. EL DANY	13
2.1. Els danys del perjudicat	13
2.2. Responsabilitat del dany	13
2.3. Els efectes de la infracció	14
2.4. La repercussió dels sobre costos	15
2.5. Càrrega de la prova i nexes causals	16
2.5.1. L'existència de la infracció	16
2.5.2. La quantificació dels danys i perjudicis	17
2.5.3. El nexes causal entre la infracció i els danys	17
3. LES PARTS EN EL PROCEDIMENT	19
3.1. Legitimació passiva	19
3.2. Legitimació activa	20
3.2.1. Administracions públiques	20
3.2.2. Consumidors	22
3.2.3. Empreses	25
3.3. El paper de l'autoritat de la competència	25
4. ASPECTES PROCESSALS	27
4.1. Competència judicial	27
4.1.1. Unió Europea	27
4.1.2. Estat Espanyol	31
4.2. Llei aplicable	31
4.3. La prescripció de l'acció	32
4.3.1. La durada de la prescripció	33

4.3.3. L'inici de la prescripció	34
4.3.4. La interrupció	35
4.4. Solució extrajudicial	36
4.5. Exhibició de proves	37
4.6. Altres qüestions processals	38
4.6.1. Suspensió del termini per dictar sentència en les accions independents	38
4.6.2. Tipologia de procediments	38
4.6.3. Accions de danys exercitades per demandants situats en diferents nivells de la cadena de subministrament	38
4.6.4. Intervenció de subjectes originàriament no demandants i acumulació de processos	38
5. CONCLUSIONS I PROPOSTES	39
6. LLISTA DE REFERÈNCIES	42

Llistat d'abreviacions

AAN: Auto Audiència Nacional

AAP: Auto Audiència Provincial

ACCO: Autoritat Catalana de la Competència

AJMer: Auto Jutjats del Mercantil

ATJEU: Auto Tribunal de Justícia de la Unió Europea

CNMC: Comissió Nacional del Mercat i de la Competència

Directiva de Danys o DD: Directiva 2014/104/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de novembre de 2014, relativa a determinades normes per les que es regeix les accions per danys en virtut del dret nacional, per infraccions del Dret de la competència dels estats membres i de la Unió Europea

LDC: Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència

LEC: Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil

RDL 9/2017: Reial Decret-llei 9/2017, de 26 de maig, pel qual es transposen directives de la Unió Europea en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el desplaçament de treballadors

Reglament 1215/2012: Reglament (UE) 1215/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2012, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil

Reglament Roma II o RRII: Reglament (CE) 864/2007 del Parlament Europeu i del Consell, de 11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals

SAP: Sentència Audiència Provincial

SJMer: Sentència Jutjats del Mercantil

STJUE: Sentència Tribunal de Justícia de la Unió Europea

STS: Sentència Tribunal Suprem

TFUE: Tractat de Funcionament de la Unió Europea

TJUE: Tribunal de Justícia de la Unió Europea

1. L'ACCIÓ DE DANYS I PERJUDICIS

1.1. La defensa de la competència

El dret de la competència és una branca del dret que té com a finalitat assegurar que hi hagi rivalitat entre les empreses i que aquesta es dugui a terme de manera justa; és a dir, que les empreses competeixin entre elles. Dins d'aquesta branca hem de diferenciar entre la competència deslleial i la defensa de la competència. La primera consisteix en normes que protegeixen l'activitat empresarial dels operadors econòmics contra comportaments d'empresaris que van contra la bona fe. En canvi, la defensa de la competència és la legislació que té com a finalitat impedir que les empreses distorsionin la competència existent en el mercat. El que es busca protegir és l'estructura del mercat i que hi hagi competència de manera efectiva. La defensa de la competència és una forma d'intervenció dels Estats en la regulació del mercat, on s'estableix quines són les pràctiques prohibides perquè són perjudicials per a l'economia i els agents que hi intervenen (Beneyto i Troncoso, 2017, p36).

Entre aquestes pràctiques prohibides trobem les conductes col·lusòries i l'abús de posició de domini. Totes dues es troben prohibides pel dret europeu, que seria quan afectin el mercat interior de la Unió Europea i el comerç entre estats, i pel dret espanyol, el qual resultaria d'aplicació quan puguin afectar en tot o part del mercat nacional.

Les conductes col·lusòries consisteixen en acords entre empreses, decisions d'associacions d'empreses, pràctiques concertades o conscientment paral·leles, que tenen com objecte, produeixin o puguin produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència. Es troba prohibida per l'article 101 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (d'ara endavant, "TFUE") i per l'article 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (d'ara endavant, "LDC"). Entre d'altres trobem: La fixació de preus o d'altres condicions comercials o de servei; la limitació o control de la producció, la distribució o el desenvolupament tècnic o les inversions; el repartiment del mercat o de les fonts d'aprovisionament; l'aplicació, en les relacions comercials o de servei, de condicions desiguals per prestacions equivalents que col·loquin a un dels competidors en una situació de desavantatge; la subordinació de la formalització de contractes a l'acceptació de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o segons els usos del comerç, no guardin relació amb l'objecte d'aquests contractes.

L'abús de posició de domini és l'explotació abusiva per una o varies empreses del seu poder econòmic i es troba prohibida per l'article 102 TFUE i per l'article 2 LDC. La simple posició de domini no es contaria a la legalitat, sinó que és la utilització d'aquesta per obtenir avantatges que no s'haurien pogut obtenir d'haver-hi hagut una competència efectiva.

D'aquesta manera, si una o diferents empreses porten a terme una conducta col·lusòria o un abús de posició de domini, estaran cometent una infracció del dret de la competència¹. Davant d'aquests il·lícits, hi ha un doble vessant per fer complir les normes.

¹ Per infraccions del dret de la competència interpretarem que són les vulneracions dels articles 101 i 102 TFUE o els articles 1 i 2 LDC. Malgrat que existeixen infraccions d'aquesta branca més enllà d'aquests articles, no disposen d'una acció de danys pròpia i no són objecte d'estudi en aquest treball.

En primer lloc, hi ha l'aplicació pública del dret de la competència (*public enforcement* en anglès). Els Estats faculten a uns organismes, les autoritats de la competència, per tal que vetllin perquè hi hagi una competència efectiva en el mercat. En aquest sentit, són organismes públics que protegeixen l'interès general, i davant d'una infracció investiguen i sancionen amb multes les empreses que l'han comès amb un doble objectiu, un de dissuasiu i un altre de cessament de la infracció. Les resolucions sancionadores que dicten posen fi a la via administrativa i les empreses poden recórrer a la via judicial. A la Unió Europea aquest paper d'autoritat de la competència l'adopta la Comissió Europea, a Espanya seria la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (d'ara endavant "CNMC"), i a Catalunya hi ha l'Autoritat Catalana de la Competència (d'ara endavant "ACCO").

En segon lloc, hi ha l'aplicació privada del dret de la competència (*private enforcement* en anglès). En aquest cas, són els perjudicats per una infracció del dret de la competència qui presenten accions civils als òrgans judicials per protegir els seus interessos particulars. Aquests poden interposar tres classes d'accions: les accions de nul·litat, on es pretén anul·lar alguna clàusula d'un contracte per ser contrària al dret de la competència; les accions de cessament, on es demanda que uns presumptes infractors aturin l'il·lícit que estan cometent i s'abstinguin de realitzar-ho en un futur; i, finalment, les accions de danys i perjudicis, on el demandant reclama el rescabament dels danys i perjudicis que han sigut provocats per una infracció.

1.2. L'acció de danys i perjudicis

L'acció de danys i perjudicis per una infracció del dret de la competència és l'acció civil per la qual una persona perjudicada per una conducta col·lusòria o un abús de posició de domini reclama a l'infractor el rescabament del dany sofert. Aquesta acció pot ser interposada per qualsevol persona física o jurídica que hagi sofert un perjudici a causa d'una infracció del dret de la competència, davant la jurisdicció civil ordinària, tal com estableix l'article 72.1 LDC.

Hi ha dos principis que són fonamentals per aquesta acció.

- El principi del dret al ple rescabament, es defineix com tornar a una persona que ha sofert un perjudici a causa d'una infracció del dret de la competència en la situació que hauria estat si no s'hagués produït aquest il·lícit, tal com es troba recollit en l'article 3.2 DD. Aquest principi es relaciona així amb el principi *restitutio in integrum* (Campuzano i Palomar, 2022, p686).
- En principi d'efectivitat, segons l'article 4 DD, consisteix en el fet que les normes i els procediments relatius a l'acció de danys no facin pràcticament impossible o excessivament difícil l'exercici d'aquestes accions.

En darrer terme, és fonamental explicar que hi ha dues formes de dur a terme l'acció de danys:

- Accions independents (*stand alone* en anglès), en les quals, sense una resolució prèvia d'una autoritat de la competència, els demandants es dirigeixen als òrgans judicials. Aquí els perjudicats hauran de presentar una doble acció contra els infractors: en primer lloc, una acció declarativa per tal que es constati que s'ha comès una infracció del dret de la competència; i, en segon lloc, l'acció de danys.

- Accions de seguiment o consecutives (*follow on* en anglès), on els demandants es dirigeixen als òrgans judicials després que una autoritat de la competència hagi fet una resolució sancionadora on constata que s'ha produït una infracció del dret de la competència, la qual pot ser ferma o no, ja que els presumptes infractors la poden haver recorregut davant la jurisdicció competent. En aquests casos els perjudicats presentaran una acció de danys contra els infractors.

1.3. Evolució històrica de la normativa de l'acció de danys

El dret de la competència va sorgir als Estats Units amb la Sherman Act de 1890, on ha tingut més rellevància l'aplicació privada perquè es poden demanar fins al triple dels danys patits. Per contra, a Europa aquestes normes van començar a desplegar-se després de la Segona Guerra Mundial, especialment en l'Alemanya ocupada pels aliats (Velasco San Pedro, 2018). Aquests tenien l'objectiu de reduir el poder de les grans corporacions alemanyes, i així ho van plasmar en el tractat de Postdam de 1945 (“Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, 2024). Malgrat que la influència nord-americana, es va optar cap a un sistema on predominava l'aplicació pública. El dret de la competència es va anar estenent a altres estats europeus, i van començar a crear-se les autoritats nacionals de la competència. (Velasco San Pedro, 2018)

Espanya no va ser una excepció i va aprovar la Llei 110/63, de 20 de juliol, de Repressió de Pràctiques Restrictives de la Competència, l'aplicació de la qual va ser pràcticament inexistent per part del Tribunal de Defensa de la Competència. Malgrat aquest fet, la llei preveia que els perjudicats poguessin reclamar un cop esdevenia ferma la declaració de l'autoritat de la competència. Amb l'entrada d'Espanya a la Comunitat Econòmica Europea el 1985 la situació va començar a millorar (Marcos, 2014). El motiu era que a partir d'aquest moment, no només hi havia les normes nacionals en l'ordenament jurídic espanyol, sinó que també disposàvem del dret europeu. D'aquesta manera, l'aplicació d'una llei o una altra depenia de si el comportament era susceptible de tenir un impacte entre el comerç dels estats, fet que no era fàcil determinar.

Pel que fa al dret nacional, el 1989 es va aprovar la Llei 16/1989, de 18 de juliol, de Defensa de la Competència, la qual va estar vigent fins al 2007. Aquesta nova norma també contemplava que l'aplicació privada del dret nacional de la competència només era factible un cop esdevenia ferma la corresponent resolució administrativa. Això dificultava la reclamació de danys perquè calia superar diferents obstacles legals: posar en coneixement de l'autoritat de la competència una possible infracció, calia que l'autoritat sancionés aquesta conducta, que aquesta esdevingués ferma en els jutjats i després reclamar, on podrien passar entre 15 i 20 anys.

Pel que fa al dret europeu, podem afirmar que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (d'ara endavant “TJUE”) va ser un motor de canvi en l'aplicació privada del dret de la competència. Amb la STJUE de 30 de gener de 1974, ass. 127/1973, *Sabam*, va establir-se l'efecte directe de la nul·litat de ple dret de qualsevol acord contrari a les normes de defensa europea i que això afectava les relacions entre particulars creant drets, els quals els tribunals nacionals no podien ignorar. En la STS 1262/1993 de 30 de desembre de 1993, en un primer moment va establir que, respecte a les normes europees del dret de la competència, els tribunals civils no podien pronunciar-se si no hi havia una resolució prèvia de la Comissió Europea. Posteriorment, en la STS 540/2000 de 2 de juny

de 2000, el TS va corregir el seu criteri anterior i va permetre als tribunals civils aplicar l'efecte directe del dret europeu. Més endavant, en la STJUE de 20 de setembre de 2001, ass. C-453/1999, *Courage*, es va afirmar que els afectats per accions anticompetitives poden exercir accions civils de rescabament de danys. En cas de no ser així, no hi hauria efecte directe del 101. (Martínez i Navarro, 2017, p110).

La Comissió Europea va apostar per una ruptura amb el model tradicional d'aplicació pública de les normes de defensa de la competència, el qual es trobava centralitzat en la mateixa comissió, i va aprovar el Reglament (CE) n 1/2003 de Consell, de 16 de desembre de 2002, relatiu a l'aplicació de les normes sobre competència previstes en els articles 81 i 82 del Tractat², on es va establir que els òrgans judicials i les autoritats nacionals de la competència eren competents per aplicar les normes de competència europees, especialment l'article 101.3 TFUE. També es van promulgar altres mesures per coordinar i aplicar de manera uniforme aquest dret a tots els estats (Martínez i Navarro, 2017, p114). Això va suposar una diferència notable entre les normes nacionals i les europees, ja que els òrgans judicials espanyols podien aplicar de manera directa el dret europeu però no les disposicions nacionals sense la prèvia resolució de l'autoritat de la competència. No va ser fins a la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència, quan es va eliminar la prejudicialitat administrativa i el dret nacional i europeu van tornar a coincidir.

Tot i això, es va continuar amb la voluntat d'impulsar l'aplicació privada del dret de la Competència promovent el debat en aquesta matèria. D'aquesta manera, el 2005 es publicava el Llibre Verd sobre la "*Reparació de danys i perjudicis per incompliment de les normes comunitàries de defensa de la competència*", on s'identificaven els principals obstacles; i l'any 2008 el Llibre Blanc sobre "*Accions de danys i perjudicis per incompliment de les normes comunitàries de defensa de la competència*", on es feien algunes propostes de millora, ambdós documents realitzats per la Comissió Europea (2005, 2008). Després d'un període de reflexió interna, el 13 de juny de 2023 la Comissió Europea feia la proposta de la directiva que harmonitzaria l'acció de danys i perjudicis per infracció del dret de la competència a tota la UE (Martínez i Navarro, 2017, p117).

1.4. La Directiva 2014/104/UE

Finalment, es va aprovar la "Directiva 2014/104/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de novembre de 2014, relativa a determinades normes per les que es regeix les accions per danys en virtut del dret nacional, per infraccions del Dret de la competència dels estats membres i de la Unió Europea (ara endavant, "Directiva de Danys o DD") després d'una relativament ràpida tramitació. La Directiva de Danys ha suposat un important pas endavant en l'aplicació privada de les normes en defensa de la competència, ja que ha superat alguns obstacles que hi havia a la pràctica i ha homogeneïtzat la regulació entre els diferents Estats. En termes generals, podem afirmar que ha suposat millores pel perjudicat, les quals anirem analitzant al llarg del treball. També és necessari fer una introducció sobre la transposició i el règim transitori de la Directiva de Danys.

² Els articles 81 i 82 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea corresponen amb els actuals articles 101 i 102 del TFUE.

1.4.1. Transposició de la Directiva

La data límit que disposaven els estats membres per dur a terme la transposició de la Directiva era el 27 de desembre de 2016, segons l'article 21 DD. L'estat espanyol la va dur a terme el 26 de maig de 2017 i va entrar en vigor l'endemà, que va ser el dia que es va publicar, tal com s'establia a la disposició final cinquena del Reial Decret-llei 9/2017, de 26 de maig, pel qual es transposen directives de la Unió Europea en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el desplaçament de treballadors (d'ara endavant, "RDL 9/2017"). Espanya no va ser l'únic Estat que va transposar la directiva més tard de la data límit, ja que va haver-hi un total de 21 estats que van fer-ho d'igual manera (Comissió Europea, 2020).

Davant d'aquesta situació, hem de tenir present el principi "d'interpretació conforme" que estableix el dret europeu en la STJCE de 13 de novembre de 1990, ass. C106/98, *Marleasing*. Una vegada transcorregut el termini per transposar una Directiva, la legislació nacional s'ha d'interpretar seguint els objectius i finalitats d'aquesta, sempre que la interpretació no vagi *contra legem*, tal com es va reconèixer en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, *Volvo i Daf Trucks*, § 77.

1.4.2. Règim transitori de la Directiva

Un cop la directiva de danys ja està transposada el següent que s'ha de tenir en compte és l'aplicació del règim transitori. La norma europea fa una distinció entre les normes substantives, que són aquelles que atorguen drets o obligacions als particulars, i les normes processals, que són aquelles que regulen el procediment judicial. La determinació de quines disposicions de la Directiva són substantives i quines processals s'ha de fer segons el dret de la UE i no el nacional, tal com es va dir en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C-267/20, *Volvo i Daf Trucks*, §39.

Pel que fa a les normes processals, l'article 22.1 DD permet als estats membres aplicar amb efecte retroactiu les normes processals sempre que l'acció de danys s'hagi iniciat amb posterioritat al 26 de desembre de 2014. Així i tot, el legislador espanyol no va fer ús d'aquesta i va establir que les normes processals es podrien aplicar exclusivament als procediments que s'hagin començat amb posterioritat a l'entrada en vigor de la llei de transposició, és a dir, el 27 de maig de 2017, segons el marcat en la disposició transitòria primera del RDL 9/2017. Així com s'ha confirmat en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, *Volvo i Daf Trucks*, § 88 i 89, independentment de si la infracció es va cometre abans de l'entrada en vigor de la Directiva. No obstant això, durant el període comprès entre la data límit per transposar la directiva i la data d'entrada en vigor de la seva transposició, si seguim el principi "d'interpretació conforme" caldria, segons el nostre criteri, aplicar les disposicions de la directiva si no són *contra legem*.

En referència a les normes substantives, l'article 22.1 DD estableix que aquestes no es poden aplicar amb efecte retroactiu i, en la disposició transitòria primera del RDL 9/2017, Espanya va seguir el mateix precepte. A diferència de les normes processals, el règim transitori de les normes substantives és més complexa. El motiu és que en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, *Volvo i Daf Trucks*, § 42 es determina que en les normes substantives caldrà verificar si la situació jurídica s'havia consolidat amb anterioritat a què finalitzes el termini de transposició de la Directiva, on no resultaria d'aplicació la directiva; o si els efectes s'havien continuant produint després de l'expiració del termini, on si caldria aplicar les disposicions de la Directiva. Aquest criteri

no el compartien una bona part de la doctrina i el mateix advocat general del TJUE, que defensaven que s'haurien d'aplicar les normes substantives vigents en el moment de la finalització de la infracció. En definitiva, tal com afirma Marcos (2022), segons la interpretació del TJUE, en funció de les diferents disposicions substantives que s'analitzin, ens podem trobar que s'aplica la Directiva o la normativa anterior, amb tota la inseguretat jurídica que això comporta.

2. EL DANY

2.1. Els danys del perjudicat

Tal com ens diu l'article 72.2 LDC, el ple rescabament compren el dret a la indemnització dels tres elements següents:

- El dany emergent que és la pèrdua en el patrimoni d'una persona deguda a una infracció del dret de la competència. Aquest dany acostuma a ser el resultat de la diferència de preus entre les quantitats que s'han pagat i el que s'hauria pagat de no existir la infracció (Campuzano i Palomar, 2022, p689).
- El lucre cessant que podem definir com l'augment en el patrimoni d'una persona que s'hauria obtingut en cas que no hagués existit la infracció del dret de la competència, és a dir, el guany que s'ha deixat d'aconseguir. Es pot sol·licitar el lucre cessant durant el període de la infracció i també els que s'han deixat d'obtenir després d'aquest si els efectes encara perduraven (Campuzano i Palomar, 2022, p690).
- Els interessos que s'han anat meritant al llarg dels anys.

El ple rescabament no comporta una sobrecompensació del perjudici causat, ja sigui per mitjà d'indemnitzacions punitives, múltiples o d'alguna altra mena, segons l'article 72.3 LDC. Això és així gràcies al fet que tenim un sistema on la principal finalitat de l'aplicació privada és el ple rescabament del perjudicat, i no una dissuasió, el que s'encarrega més aviat l'aplicació pública imposant multes a empreses infractores. En canvi, tal com s'ha indicat a l'inici, als Estats Units no és així (Velasco San Pedro, 2018).

Pensem que un dany que no s'ha treballat per part de la doctrina ni s'ha reclamat davant dels tribunals és el dany moral que es pot ocasionar als perjudicats per una infracció pel dret de la competència. Per exemple, es podria ocasionar quan un augment de preus o una limitació de la producció provoquen l'exclusió de certs consumidors en l'adquisició de béns o serveis. En principi, no han patit un dany patrimonial, però podria existir un dany moral, però el principal repte d'aquest la seva quantificació o la demostració que s'ha patit, ja que és difícil provar que per culpa d'un augment de preus es va decidir no adquirir el producte o servei.

2.2. Responsabilitat del dany

Les empreses que han comès una infracció de manera conjunta seran solidàriament responsables del ple rescabament dels danys i perjudicis causats, tal com s'estableix a l'article 73 LDC. Tot i això, s'estableixen dues excepcions.

La primera d'aquestes excepcions es pot aplicar a empreses infractores considerades petita o mitjana empresa conforme a la definició de la Recomanació 2003/361/CE de la Comissió, de 6 de maig de 2003, sobre la definició de microempreses, petites i mitjanes empreses. L'excepció consistiria en el fet que només són responsables davant dels seus compradors directes i indirectes quan es compleixin els següents requisits:

- Durant tot el moment de la infracció la seva quota de mercat en el respectiu mercat és inferior al 5%;

- L'aplicació de la responsabilitat solidària de la regla general impossibilita la viabilitat econòmica de l'empresa i causi una pèrdua de tot el valor dels seus actius.
- No han d'haver dirigit la infracció, coaccionant altres empreses amb l'objectiu que participin en aquesta o haver estat declarada culpable amb anterioritat pel mateix il·lícit.

La segona excepció s'aplica a les empreses beneficiàries de l'exempció del pagament de la multa en el marc d'un programa de clemència. Aquests subjectes només seran responsables solidaris davant dels seus compradors o proveïdors directes o indirectes. El motiu d'aquesta excepció és que actualment els programes de clemència permeten descobrir moltes infraccions i, com que l'empresa que participa en el programa es declara culpable, tampoc es volia atorgar-li una responsabilitat excessiva. Ara bé, tenen una responsabilitat subsidiària en el supòsit que les altres parts perjudicades no puguin obtenir el ple rescabament per part de les empreses que no són beneficiàries de la citada exempció de pagament; és a dir, llavors no s'aplica aquesta excepció.

2.3. Els efectes de la infracció

El present apartat té com a finalitat fer una breu introducció en els efectes perjudicials que es produeixen en els mercats a conseqüència de les infraccions del dret de la competència, segons les guies per la quantificació de danys de la CNMC (2020) i de la Comissió Europea (2013). En termes generals, els danys quantificables d'una infracció del dret de la competència es poden diferenciar segons les dues categories següents:

En els danys causats per les conductes d'exclusió, els infractors exclouen a empreses competidores del mercat i aquest fet els hi provoca el dany consistent en el lucre cessant, ja que les empreses excloses disminueixen els seus beneficis. Aquesta conducta té una dimensió horitzontal. Una vegada s'ha assolit l'objectiu de reduir la intensitat de la competència, els consumidors també sortiran perjudicats per l'augment de preus o la disminució de la qualitat i tindran un dany emergent.

En els danys causats per les conductes explotatives els infractors provoquen un augment dels preus en els compradors. Per exemple, en càrtels: els acords de preus, el repartiment del mercat, la limitació de la producció; en abús de posició de domini, imposar un preu (com el cas Apple i Spotify). Aquesta conducta té una dimensió vertical perquè els perjudicats són els consumidors i proveïdors. Els danys d'aquestes conductes es classifiquen segons els dos efectes que a continuació exposem:

- Efecte preu: el sobrecost té com a conseqüència que els compradors (proveïdors) han de pagar un preu més elevat (cobrar uns preus més baixos) per cada unitat de producte, és a dir, hi ha un dany emergent.
- Efecte volum: l'augment dels preus incrementa els preus dels béns o serveis que utilitzen el producte afectat per la infracció com a part del seu procés de producció. Aquest fet implica una disminució de la demanda i de les vendes per aquests, per tant, existeix un lucre cessant per qui fa servir el producte afectat per les seves activitats empresarials.

En les conductes explotatives, els competidors no infractors podrien sortir beneficiats quan, davant d'un augment dels preus, aquests aprofiten per incrementar els preus dels seus respectius productes. El comprador d'aquest competidor no infractor seria una part perjudicada de la infracció i estaria patint un dany el qual podrà reclamar. Aquest fet es coneix com a efecte paraigües i es va reconèixer en la STJUE de 5 de juny de 2014, ass. C-557/2012, *Kone Ag i altres*.

Els efectes d'aquestes dues conductes sobre el preu o el volum dels productes i serveis són les que han sigut més treballades per part de les autoritats de la competència i que s'han reclamat davant dels tribunals. Tanmateix, les infraccions també poden tenir efectes sobre la qualitat i la varietat dels béns, i la quantificació d'aquests danys és molt més complexa i difícilment observable. Però, sense cap mena de dubte, considerem que un dels efectes més desconeguts és quan la infracció del dret de la competència limita la innovació. Per exemple, quan una gran companyia adquireix una petita empresa emergent amb potencial de poder fer la competència en un futur o quan els fabricants d'un producte acorden no invertir en innovació. El principal problema consisteix que no hi ha un punt de comparació i s'hauria d'imaginar que hauria passat en una situació que no ha existit mai, de la qual no es disposa d'informació.

2.4. La repercussió dels sobre costos

La repercussió del sobre cost ("passing on" en anglès) es produeix quan qui ha comprat directament de l'infractor, és a dir, el comprador directe, trasllada el dany que li havia causat la infracció als seus clients, els quals passen a ser compradors indirectes dels infractors. A més, aquest trasllat no sempre ha de ser total, sinó que també podria ser que només es dugui a terme de manera parcial. D'aquesta manera ens trobem que el subjecte que inicialment havia patit un dany, en el moment de repercutir-lo deixa de patir-ho i el trasllada a un altre subjecte.

Segons les Directrius sobre com calcular la quota del sobre cost que es repercuteix al comprador indirecte de la Comissió Europea (2019), la mesura en què es repercuteixen o no els sobre costos depèn de diferents factors com l'elasticitat preu de la demanda, la intensitat de la competència, l'estructura de costos fixos i costos variables, la importància del bé cartel·litzat com a producte entremig, els costos d'ajustar els preus, el poder de negociació dels compradors, si els preus estan regulats o si existeixen productes substitutius.

Seguint el principi del ple rescabament anteriorment mencionat, els danys que podrà reclamar el perjudicat es refereixen exclusivament al sobre cost que efectivament ha hagut de suportar, que no hagi repercutit i li hagi ocasionat un dany, segons l'article 78.1 LDC. En aquest sentit, el legislador remarca en els articles 78.1.2 LDC que cal garantir que el rescabament del dany emergent a qualsevol nivell de la cadena de subministrament no pot superar el perjudici pel sobre cost sofert a aquell nivell.

Així mateix, també es reconeix en l'article 78.1.3 LDC que els que han repercutit el sobre cost, ja sigui de manera total o parcial, com que hauran fet augmentar els preus i es pressuposa una conseqüent disminució de les vendes, tenen dret a reclamar de l'infractor pel lucre cessant que hagi pogut implicar la repercussió del sobre cost.

La repercussió dels sobre costos es pot utilitzar amb dues finalitats diferents. En primer lloc hi ha l'efecte escut o defensa de l'infractor. Com que el perjudicat només pot reclamar pel dany emergent que efectivament ha suportat, l'infractor podrà invocar en la seva defensa que el demandant va repercutir la totalitat o una part del sobre cost resultant de la infracció del dret de la competència, tal com va passar en el càrtel dels sobres de paper. La càrrega de la prova d'aquest fet serà del demandat i podrà exigir l'exhibició de proves en poder del demandant o de tercers, reconegut en l'article 78.3 LDC). En segon lloc, tenim l'efecte espasa o fonament de l'acció del comprador indirecte: Aquests es podran dirigir contra l'infractor, però hauran de demostrar que va haver-hi una repercussió i en quina mesura es va repercutir. Per tant, a diferència de la situació anterior, la càrrega de la prova de l'existència i quantia de la repercussió recau sobre la part demandant, que podrà exigir l'exhibició de proves en poder del demandant o de tercers, tal com ens marca l'article 79.1 LDC.

En darrer terme, les normes establertes sobre la repercussió de sobre costos també s'apliquen en conseqüència quan la infracció del Dret de la competència es refereix a un subministrament a l'infractor, és a dir, en un proveïdor. En aquest sentit, també podrien haver-hi proveïdors indirectes. Tal com es menciona en el considerant 43 DD, en el cas d'un càrtel de compres, el dany emergent podria derivar-se d'un preu inferior pagat pels infractors als seus proveïdors; i aquests podria haver repercutit als seus proveïdors el sobre cost.

2.5. Càrrega de la prova i nexes causals

Per tal d'exercitar l'acció de danys i perjudicis, hi ha tres elements que cal provar, els quals són els mateixos per qualsevol dany extracontractual, conforme a l'article 1902 del Codi Civil Espanyol. En primer lloc, hi ha la mateixa infracció del dret de la competència. En segon lloc, cal demostrar i quantificar els danys i perjudicis que s'han patit. Per acabar, cal provar que existeixi una relació causal entre els danys i perjudicis que es reclamen i la infracció del dret de la competència.

2.5.1. L'existència de la infracció

El primer dels elements és que cal que hi hagi una infracció del dret de la competència, on hi hagi dol o culpa; sense aquest il·lícit no és possible dur a terme una acció de danys. En una acció independent, com que no és precedida d'una resolució d'una autoritat de la competència, el demandant haurà de provar l'existència d'una infracció del dret de la competència. En canvi, en les accions de seguiment, com que ja hi ha hagut una autoritat de la competència que ha constatat una infracció del dret de la competència, el demandant disposa de més facilitats, però aquestes són diferents en funció de qui hagi fet la constatació:

- Si l'ha fet la CNMC o un òrgan jurisdiccional espanyol, és necessari que aquesta resolució esdevingui ferma perquè es consideri irrefutable als efectes de l'acció de danys, segons l'article 75.1 LDC.
- Si l'ha fet una autoritat de la competència o òrgan jurisdiccional de qualsevol altre Estat de la UE, l'article 75.2 LDC ens diu que també cal que sigui una resolució ferma perquè es presumeixi l'existència de la infracció, excepte que hi hagi una

prova en contra. Així mateix, es permet al·legar i provar nous fets dels quals no es va tenir coneixement en el procediment originari. Tot i que la Directiva de Danys establí que la resolució estrangera s'hauria de preveure, com a mínim, com a principi de prova, el legislador espanyol fa que totes dues siguin irrefutables. Tant si l'ha fet la CNMC o una autoritat o òrgan estranger, si la resolució no ha esdevingut ferma, el presumpte infractor encara pot defensar la inexistència de la infracció.

- Sempre que l'hagi fet la Comissió Europea, en virtut de l'article 16.1 del Reglament 1/2003 els tribunals nacionals no poden dictar resolucions que siguin incompatibles amb aquesta, indiferentment de si la decisió de la Comissió ha esdevingut ferma o no.

2.5.2. La quantificació dels danys i perjudicis

L'article 76.1 LDC ens diu que la part demandant sempre ha de provar els seus danys i perjudicis causats per una infracció del dret de la competència. Ara bé, els tribunals estan facultats per estimar l'import dels danys i perjudicis en el supòsit que s'acrediti que el demandant va patir danys i perjudicis, però resulti pràcticament impossible o excessivament difícil quantificar-los amb precisió d'acord amb les proves disponibles, tal com marca l'article 76.2 LDC. Pel que fa als danys que s'han repercutit, l'article 78.2 LDC estableix que els tribunals també estaran facultats per calcular, d'acord a dret, la part del sobrecost repercutida³.

Per dur a terme la quantificació del dany que s'ha produït cal recórrer a fer estimacions i estadístiques. Els tres mètodes més utilitzats són: els mètodes comparatius, que consisteixen a realitzar comparacions del mateix mercat en un moment anterior i posterior a la infracció o en un mercat geogràfic o de productes diferent; els mètodes basats en costos i anàlisi financer, que tenen com a objectiu calcular un valor raonable i probable del preu o els beneficis que hauria resultat de no existir la infracció en funció dels costos i els resultats financers; i els models de simulació, els quals es basen en la teoria econòmica i incorporen dades per simular i tractar de preveure el comportament dels agents en el mercat en absència d'infracció.

2.5.3. El nexa causal entre la infracció i els danys

Finalment, els demandants tindran la càrrega de la prova de demostrar que els danys que han patit són conseqüència de la infracció del dret de la competència, és a dir, hauran d'acreditar la relació de causalitat. Tanmateix, amb l'objectiu de facilitar la interposició de demandes, es presumeix *iuris tantum* que s'ha ocasionat un dany i perjudici derivat d'una infracció del dret de la competència en les dues ocasions següents.

La primera d'aquestes seria en el supòsit d'infraccions causades per càrtels de l'article 76.3 LDC. Hem de recordar que com a càrtel s'entén aquell acord o pràctica concertada entre dues o més empreses competidores que té com a finalitat coordinar el seu comportament en el mercat o influenciar els paràmetres de la competència. Segons el

³ Segons la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C-267/20, aquesta facultat consisteix en una disposició processal.

document de treball dels serveis de la Comissió Europea (2013a) que acompanyaven la proposta inicial de la Directiva de Danys, aquesta presumpció es basa en un estudi on es va arribar a la conclusió que el 93% dels càrtels analitzats causaven perjudicis.

La segona presumpció fa referència als danys que s'han repercutit i es troba a l'article 79.2 LDC. Consisteix en què el comprador o proveïdor indirecte han acreditat que se'ls hi va repercutir el sobrecost quan provin que: el demandat ha comès una infracció del Dret de la competència; aquesta infracció va provocar un sobrecost pel comprador directe; i el comprador indirecte va adquirir béns o serveis objectes de la infracció, o béns i serveis derivats d'aquests.

Ambdues presumpcions s'interrelacionen⁴. Per exemple, en el supòsit que estiguem davant d'un càrtel, els compradors indirectes només hauran de provar la quantitat del sobrecost. En canvi, si no estem davant d'un càrtel, aquests hauran de provar la relació de causalitat entre la infracció i el sobrecost del comprador directe, així com el sobrecost.

⁴ Segons la STJUE de 20 d'abril de 2023, ass. C-25/21, aquestes presumpcions són substantives.

3. LES PARTS EN EL PROCEDIMENT

En aquest capítol procedirem a analitzar les diferents parts del procés judicial, que són les empreses infractores i els subjectes perjudicats. També s'explicarà el paper de l'autoritat de la competència.

3.1. Legitimació passiva.

L'acció de danys es pot interposar contra les empreses responsables dels danys i perjudicis. Per definir el concepte d'empresa cal dirigir-se a la jurisprudència del TJUE, el qual entén l'empresa com qualsevol entitat que dugui a terme una activitat econòmica, amb independència de l'estatut jurídic d'aquesta entitat i de la seva forma de finançament, i designa una unitat econòmica encara que aquesta unitat estigui constituïda per diferents persones físiques o jurídiques. En la STJUE de 14 de març de 19, ass. C-724/18, *Skanska*, es va afirmar que és un concepte autònom del dret de la UE, el qual no pot tenir un abast diferent en l'aplicació pública i en l'aplicació privada del dret de la competència.

En l'aplicació pública del dret de la competència, la responsabilitat ascendent (de la filial a la matriu) és una pràctica que porta duent-se a terme des del 1972 amb la STJUE de 14 de juliol de 1972, ass. 48/69, *Imperial Chemical Industries*. Per tant, en base amb el que es va afirmar en la sentència de l'assumpte *Skanska*, es podia preveure que la responsabilitat ascendent és aplicable en l'aplicació privada (Díez Estella, 2022). Segons la jurisprudència els requisits serien que la societat filial no determini de manera autònoma el seu comportament en el mercat, sinó que apliqui, essencialment, les instruccions que li imparteix la societat matriu, tenint en compte concretament els vincles econòmics, organitzatius i jurídics que uneixen a aquestes dues entitats jurídiques.

Per contra, la responsabilitat descendent (de la matriu a la filial), a diferència de l'anterior responsabilitat, no s'havia plantejat fins que es va elevar una qüestió prejudicial per part de l'Audiència Provincial de Barcelona sobre el càrter dels camions. En aquest sentit, la STJUE de 6 d'octubre de 2021, ass. C-882/19, *Sumal*, la qual va donar resposta a l'esmentada qüestió, ha sigut molt innovadora perquè permet dur a terme l'acció de danys contra la societat filial encara que només s'hagi sancionat prèviament a la societat matriu. Per demostrar que la societat matriu i la filial constituïen una mateixa unitat econòmica:

- Cal que hi hagi vincles econòmics, organitzatius i jurídics entre la societat filial i la matriu, és a dir, els requisits mencionats en la responsabilitat ascendent però a la inversa.
- Cal que existeixi un vincle concret entre l'activitat econòmica de la societat filial i l'objecte de la infracció de la qual s'ha declarat responsable a la societat matriu. Aquest segon requisit es fa pensant pels casos on una societat matriu (una holding) disposa de diferents unitats econòmiques que no tenen res a veure entre aquestes.

La càrrega de la prova d'aquest fet serà de la persona demandant. També cal remarcar que la societat filial disposa del dret a la tutela judicial efectiva i pot rebatre la seva pertinença a la mateixa empresa que a la seva societat matriu.

3.2. Legitimació activa

Qualsevol persona física o jurídica que hagi sofert un perjudici per una infracció del dret de la competència pot reclamar. En els considerants 3 i 13 de la Directiva de Danys ja es menciona que el dret al ple rescabament ja es troba reconegut a consumidors⁵, empreses i administracions públiques.

3.2.1. Administracions públiques

Com hem dit anteriorment, les administracions també poden resultar perjudicades per una infracció del dret de la competència. Per les característiques i funcionament d'aquestes, hi ha dues situacions en què es produeixen danys que afecten exclusivament a les administracions. En primer lloc, aquestes són especialment vulnerables en l'àmbit de les licitacions de contractes públics. En aquestes situacions les empreses licitadores poden constituir un càrtel, fet que implicaria un sobrecost per l'Administració. A més a més, es podria donar el cas que exclouen l'oferta de l'empresa més competitiva al semblar que aquesta té una proposta anormalment baixa. En segon lloc, quan les administracions concedeixen subvencions o finançament a empreses o particulars per l'adquisició de béns o serveis que es troben afectes a una infracció del dret de la competència. Respecte a les subvencions, qui suporta el dany emergent no és qui rep la subvenció, si no l'Administració pública, esdevenint aquesta qui pot reclamar els danys.⁶ Respecte al finançament, podria passar que l'administració concedeix préstecs a un tipus d'interès més baix per l'adquisició de béns o serveis, i si un d'aquests té un sobrecost, l'Administració pot demanar a l'infractor el rescabament de la diferència entre l'interès de mercat i l'interès reduït que ha concedit com a lucre cessant, tal com es va afirmar en la STJUE de 12 de desembre de 2019, ass. C-435/18, *Otis GmbH i altres*.

En aquest punt, és de vital importància destacar l'informe que va publicar l'ACCO (2023) titulat "*Reclamació de danys causats a les administracions públiques per pràctiques anticompetitives*". Amb aquest estudi, pioner en aquest àmbit, s'ha posat en relleu la problemàtica sobre que les Administracions perjudicades per una infracció no duen a terme l'acció de danys per mera inacció i passivitat. Malgrat que els danys que es produeixen són de grans quantitats, només s'han comptabilitzat quatre casos on una administració ha interposat una acció de danys⁷.

Amb l'objectiu de facilitar i impulsar el rescabament de l'administració quan s'ha vist perjudicada per un il·lícit de la competència, l'ACCO proposava les següents recomanacions:

⁵ Hem d'entendre els consumidors com a persones físiques que actuen amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió.

⁶ Un exemple d'aquesta repercussió a l'Administració el podem trobar en la SAP Barcelona 198/2022, de 7 de febrer de 2022. En aquest cas relacionat amb el càrtel dels sobres de paper, es va negar que un partit polític hagués suportat el sobrecost dels sobres perquè aquests els subvencionava l'administració corresponent.

⁷ El Servei Català de la Salut ha reclamat una indemnització de 526.000.000€ pel càrtel dels bolquers. (Rodríguez, 2023). L'Ajuntament de Torrelavega va interposar una demanda per un càrtel de l'asfalt (Ignacio, 2017). La fira de Madrid IFEMA va interposar una demanda pel càrtel dels sobres de paper i es va resoldre favorablement a aquesta (Vélez, 2021). En un càrtel que afectava la xarxa ferroviària, ADIF va licitar els drets per reclamar però va acabar cancel·lant la licitació (Reche, 2023).

- Dur a terme difusió de les accions de danys a les administracions i formar els equips d'assessoria jurídica.
- Crear un organisme dins de la Generalitat de Catalunya amb la funció d'agrupar i reclamar conjuntament els danys soferts per administracions.
- Definir i atribuir funcions a les administracions a fi que puguin reclamar millor. En primer lloc, a la Generalitat una funció de promoció, que consistirà en analitzar expedients sancionadors i animar a les administracions perjudicades a estudiar la viabilitat. En segon lloc, proposa a la Generalitat que realitzi assessorament a les administracions perjudicades. En tercer lloc, que un organisme fiscalitzi i supervisi les accions de danys. En quart lloc, que cada administració identifiqui una persona responsable de reclamacions de danys, que vetllaria per aquestes accions i faria d'interlocutor.
- En les resolucions sancionadores de les autoritats de la competència es notifiqui a les administracions perjudicades i als òrgans de fiscalització, s'insti a la revisió d'ofici dels contractes públics, es determini l'abast i temporalitat de la prohibició de contractar amb les administracions i faci una estimació dels danys que s'han causat.
- L'autoritat de competència dugui a terme la determinació dels danys causats a les administracions.
- Quan les autoritats de la competència intervenen en els procediments judicials de l'acció de danys, que no duguin a terme una interpretació excessivament restrictiva respecte a les proves contingudes en l'expedient sancionador i fomentar el paper d'aquestes autoritats en la quantificació de les indemnitzacions.
- Incloure en els contractes públics disposicions per facilitar l'acció de danys.

Coincidim amb la proposta d'aquest organisme en difondre l'acció de danys a les administracions. Pensem que seria molt interessant que els equips d'assessoria jurídica de les administracions, especialment les persones més involucrades en la licitació de contractes, disposin de nocions de dret de la competència i que en el temari de les oposicions s'inclogui aquesta branca.

Ara bé, no compartim la necessitat de la creació d'un nou organisme que agrupi les demandes de les administracions, l'atribució a la Generalitat de competències d'assessorament respecte a les accions de danys i que a cada administració disposi una persona amb la responsabilitat de vetllar per aquestes accions. A parer nostre, cal evitar duplicitats administratives i seria ineficient que totes les administracions hagin de tenir personal prou format per prendre decisions correctes en una matèria com aquesta. A més una infracció del dret de la competència no és un assumpte que una administració s'hi hagi d'afrontar de manera recurrent. A les administracions perjudicades els hi convindria més un organisme públic especialitzat que lideri tot el procés, que rebre assessorament en aquest àmbit, tot i que sempre hi haurà col·laboració i coordinació entre administracions.

En aquesta línia, si, tal com proposa l'ACCO, l'autoritat de la competència ha de fer una notificació a les administracions perjudicades i, en la mesura de les seves possibilitats, determinar el dany d'aquestes, doncs que sigui la mateixa autoritat de la competència l'agent especialitzat que vetlli pel dret al ple rescabament de les Administracions públiques. Un dels principals inconvenients que podria haver-hi és el possible conflicte d'interessos i vulneració del principi d'igualtat d'armes en el procés que podria implicar que l'autoritat de la competència realitzi aquesta funció. Tot i això, aquest obstacle seria fàcilment superable si l'autoritat fonamenta la seva demanda en la

informació pública disponible i el procediment es duu a terme per un equip diferent del que ha realitzat la instrucció i sanció corresponent, que va ser com es va resoldre en la STJUE de 6 de novembre de 2012, ass. C199/11, *Otis i altres*. Així mateix, un avantatge és que l'equip humà de les autoritats de la competència tenen els coneixements per dur a terme aquesta funció perquè estan especialitzats en el dret de la competència i en els seus efectes, i també disposen de l'experiència necessària. Com a contrapartida, és probable que calguin persones amb coneixements més aviat processals, els quals es podria recórrer als advocats de l'administració competent (advocats de l'Estat o de la Generalitat).

3.2.2. Consumidors

L'exercici de l'acció de danys per part dels consumidors ha sigut un dels principals reptes en l'aplicació privada del dret de la competència. La interposició de l'acció de danys per aquest grup ha sigut pràcticament inexistent per les dificultats i obstacles que pateixen: els danys i perjudicis ocasionats són molt puntuals i de poca quantitat; hi ha una forta asimetria de la informació entre el consumidor i l'infractor; el fet de no portar la comptabilitat o guardar factures pot fer difícil o impossible la quantificació del dany; o els costos de litigació no compensen el possible benefici.

En definitiva, el principal mecanisme per superar aquests obstacles és el recurs col·lectiu, el qual consisteix a agregar les demandes individuals de les víctimes i pot ser de dues tipologies. Per una banda, les “demandes de representació” interposades per entitats que estan habilitades a representar les víctimes. D'altra banda, les “demandes col·lectives” on els perjudicats decideixen agrupar-se en una sola demanda. Primerament, veurem com s'ha desenvolupat a escala europea i seguidament a l'estat espanyol.

3.2.2.1. Dret europeu

La Comissió Europea, durant el procés de principis del segle XXI per replantejar l'aplicació privada, i sent plenament conscient d'aquesta problemàtica que patien els consumidors, va suggerir en el Llibre Blanc del 2008 (Comissió Europea, 2008) que s'impulsessin les demandes col·lectives i de representació. Malauradament, en els anys posteriors el Parlament Europeu (2009, 2012) i la Comissió van considerar que no era òptim regular els recursos col·lectius de manera sectorial i que calia fer-ho de manera transversal en una norma que es faria més endavant. En conseqüència, tal com recull el document de treball dels serveis de la Comissió Europea (2013a) es proposava excloure de la futura Directiva de Danys les disposicions sobre el recurs col·lectiu.

D'aquesta manera, l'11 de juny de 2013, la Comissió Europea feia:

- Una comunicació dirigida al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social, i al Comitè de les Regions titulada “Cap a un marc horitzontal europeu del recurs col·lectiu” on afirma el seu compromís per una regulació no sectorial del recurs col·lectiu i es percep una certa importància per les infraccions del dret de la competència (Comissió Europea, 2013b).
- Una Recomanació no vinculant dirigida als estats membres sobre els principis comuns aplicables als mecanismes de recurs col·lectiu de cessació o indemnització en els estats membres en cas de violació dels drets reconeguts pel Dret de la Unió, document en el qual també es menciona el dret de la competència (Comissió Europea, 2013c).

- Una proposta inicial de la Directiva de Danys al Parlament i al Consell, on s'aposta per no regular els recursos col·lectius (Comissió Europea, 2013d).

Malgrat la lamentació que va fer el Comitè Econòmic i Social Europeu (2013) respecte a la no inclusió d'una regulació sobre els recursos col·lectius, finalment es va aprovar la Directiva de Danys l'any 2014. A més, en el seu considerant 13 es diu que no s'ha d'exigir als estats membres que introdueixi mecanismes de recurs col·lectiu per l'aplicació dels articles 101 i 102 del TFUE.

La principal paradoxa d'aquesta situació ha sigut quan s'ha aprovat la norma que regula els recursos col·lectius, aquesta és la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2020, relativa a les accions de representació per la protecció dels interessos col·lectius dels consumidors i en el seu àmbit d'aplicació no es troben contemplades les accions de danys per infraccions del dret de la competència, quedant a la voluntat de cada estat la seva inclusió. En la nostra opinió, podem afirmar que algun grup de persones tindrien especial interès en què les accions objecte d'aquest treball no es trobessin incloses, ja que la Comissió de Mercat Interior i Protecció del Consumidor del Parlament Europeu (2018) va proposar una esmena per tal d'incloure en l'àmbit d'aplicació la Directiva de Danys i finalment no va prosperar.

3.2.2.2. *Dret nacional*

En contraposició a la situació europea, a Espanya des de l'any 2000 els recursos col·lectius en l'acció de danys són plenament factibles. Pel que fa a les accions col·lectives, l'article 12 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (d'ara endavant "LEC") estableix que poden comparèixer en judici diverses persones quan les accions que s'exerceixin provinguin d'un mateix títol o raó petitòria.

Pel que fa a les accions de representació, hi ha quatre ocasions on hi ha una entitat amb legitimació activa. En primer lloc, les associacions de consumidors i usuaris estan legitimades per defensar els drets i interessos dels seus associats. En segon lloc, quan els perjudicats per un fet danyós sigui un grup de consumidors o usuaris els components del qual es troben perfectament determinats o siguin fàcilment determinables, es troben legitimats per la defensa dels seus interessos les associacions de consumidors i usuaris, a les entitats legalment constituïdes que tinguin per objecte la defensa o protecció d'aquests i els mateixos grups d'afectats.

En tercer lloc, i més important, quan els perjudicats per un fet danyós siguin una pluralitat de consumidors o usuaris indeterminats o de difícil determinació, la legitimació per demandar correspon exclusivament a les associacions de consumidors i usuaris que siguin representatives⁸. Precisament és en aquestes circumstàncies on aquestes associacions poden vetllar pels interessos dels consumidors perjudicats per una infracció del dret de la competència. Per últim, el ministeri Fiscal estarà legitimat per exercitar qualsevol acció en defensa dels interessos dels consumidors i usuaris.

⁸ Segons l'article 24.2 del Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, tindran la consideració legal d'associacions de consumidors i usuaris representatives les que formin part del Consell de Consumidors i Usuaris.

Fins i tot, la LEC disposa de diferents disposicions que facilitarien aquests processos, com, per exemple, en l'article 15 LEC es regula la publicitat que es pot donar al procés, a l'article 221 LEC com s'ha de repartir la indemnització o com poden sol·licitar els perjudicats la seva indemnització en cas que no s'hagués individualitzat prèviament, que es troba a l'article 519 LEC.

Malgrat aquestes possibilitats, no ha sigut fins al recent càrtel dels automòbils que els consumidors han interposat accions de danys, on hi ha milers de demandes. S'ha d'afegir que el 2006 va haver-hi un intent de demanda de representació per part d'una associació de consumidors anomenada AUSBANC, però en el AAP Madrid 139/2013 de 30 de setembre de 2013 es va negar la legitimació activa al no complir el requisit de ser una associació representativa. L'associació demandant no es trobava exempta d'irregularitats perquè utilitzava la interposició de demandes per altres fins.⁹ Aquesta experiència és una demostració de la prudència i transparència que cal exigir a les associacions que presenten demandes en representació de les víctimes. Deixant de banda el cas en concret, aquesta sentència és interessant perquè afirma que les associacions de consumidors representatives disposen de legitimitat per interposar demandes.

D'aquesta manera, un dubte que sorgeix en redactar aquestes línies és per quin motiu les associacions de consumidors i usuaris més representatives i el Ministeri Fiscal no han interposat mai cap acció per defensar els consumidors en cas d'una infracció del Dret de la competència. A més, algunes d'aquestes associacions han interposat demandes en el càrtel dels automòbils (López, 2023, 2024), però no ho han fet en defensa d'usuaris indeterminats, tal com els hi permet la legislació, sinó d'alguns perjudicats en particular.

Sigui com sigui, a l'estat espanyol hi ha el Projecte de Llei Orgànica de mesures en matèria d'eficiència del Servei Públic de Justícia i d'accions col·lectives per la protecció i defensa dels drets i interessos dels consumidors i usuaris (número 121/000016), que data de 22 de març de 2024 i transposarà la Directiva d'accions col·lectives. Tal com va afirmar Blas A. González (2023), en principi sí que resultarà d'aplicació el recurs col·lectiu en un il·lícit de la competència. En l'exposició de motius del projecte de llei es diu que les accions col·lectives donen cobertura a qualsevol mena d'infracció en què s'hagin vist perjudicats els drets i interessos col·lectius dels consumidors i usuaris. Per tant, podem entendre que estan incloses les infraccions de la competència.

Entre d'altres, la nova llei sembla que millorarà la legitimació activa per interposar l'acció col·lectiva perquè estarien inclosos els organismes de les administracions públiques competents en matèria de defensa dels drets dels consumidors i usuaris i les associacions de consumidors i usuaris habilitades, i no només les associacions que eren representatives.

Creiem que seria possible millorar aquest projecte de llei. En referència a les associacions de consumidors, genera certs dubtes si realment utilitzaran el recurs col·lectiu o, tal com han fet fins ara, no recorreran a aquest. També cal afegir que aquestes associacions tampoc disposen dels recursos necessaris més enllà de subcontractar despatxos d'advocats. Pel que fa als organismes de defensa del consumidor de les administracions, no haurien de tenir aquesta funció perquè no es troben especialitzats en

⁹ En la STS 235/2024 de 11 de març de 2024, es menciona que serien conductes censurables des d'un punt de vista ètic.

aquests supòsits. En definitiva, pensem que hauria de correspondre a les autoritats de la competència pels mateixos motius que hem explicat amb anterioritat pel cas de les administracions. Ara bé, no haurien de formar part en tots els processos, sinó només en aquells que afectin a una gran pluralitat de consumidors.

A més per aquelles infraccions de la competència on el ple rescabament dels danys del perjudicat sigui totalment inviable per la poca quantitat (per exemple, un suposat càrtel de desodorants), l'autoritat de la competència hauria de reclamar els danys que han patit els consumidors davant el tribunal competent i destinar aquest import a l'interès general. D'una manera similar es fa en la xarxa energètica quan hi ha una manipulació de preus i es produeix un dany que afecta a milions de punts de subministrament.

3.2.3. Empreses

La principal característica d'aquest grup és la seva heterogeneïtat tant pels danys que pateixen, com per la mida d'aquestes, ja que no es comporten de la mateixa manera les PIMES que les grans empreses.

Pel que fa a les PIMES durant el procés previ a la Directiva de Danys es plantejava que aquestes també poguessin interposar recursos col·lectius per defensar els seus interessos, però en l'actualitat no hi ha cap regulació específica. Seria interessant que disposin de facilitats per agrupar-se segons el seu nivell en la cadena de distribució, ja que amb relacions verticals de proveïdor-comprador es podria incórrer en conflictes d'interessos. Seguint la proposta de Blas A. González (2023), segurament el més convenient seria que s'agrupessin segons les seves respectives associacions empresarials.

En canvi, pel que fa a grans empreses, com que disposen de més recursos, no tenen tants obstacles i barreres en la litigació. En el període 1999-2012 el 94% de les accions de danys que s'interposaven eren accions independents interposades per empreses (Marcos, 2014). No és casualitat perquè aquestes també perceben més fàcilment quan estan patint un dany.

3.3. El paper de l'autoritat de la competència

Actualment, a l'Estat espanyol l'autoritat de la competència poden participar en els processos judicials relatius a l'aplicació dels articles 101 i 102 del TFUE i dels articles 1 i 2 de la LDC, amb l'aportació d'informació o presentació d'observacions escrites per pròpia iniciativa o a instància de l'òrgan judicial, tal com es recull en l'article 15 bis LEC, desenvolupant el paper de *amicus curiae*. Tanmateix, les autoritats de la competència no poden aportar informació que hagin aportat les empreses infractores per acollir-se a un programa de clemència o reduir la sanció.

La LEC preveu diferents preceptes per tal de fer efectiu el *amicus curiae* de les autoritats de la competència. En primer lloc, en el moment que s'emet una resolució admetent una demanda relacionada amb una infracció del Dret de la competència, el lletrat de l'Administració ha de donar trasllat a la CNMC en el termini de 20 dies, segons l'article 404 LEC. En segon lloc, l'article 212 estableix que un cop es dicten les sentències

d'aquests procediments el lletrat també l'ha de comunicar a la CNMC. En tercer lloc, el mateix succeeix en cas que s'interposi un recurs d'apel·lació, segons l'article 461 LEC. Per últim, tal com diu l'article 76.4 LEC els tribunals també poden demanar a l'autoritat nacional de la competència perquè informi sobre els criteris per la quantificació de les indemnitzacions que els infractors han de satisfer els perjudicats.

Malauradament, tal com diu Marcos (2021a) a diferència del que succeeix amb la Comissió Europea, no hi ha informació pública sobre l'activitat que la CNMC desenvolupa en aquest sentit. D'aquesta manera no ens és possible dur a terme una valoració objectiva. Tot i això, com s'ha mencionat amb anterioritat, pensem que les autoritats de la competència han de tenir un paper més actiu en el ple rescabament dels perjudicats, específicament quan consisteixen en administracions públiques o afectin a un gran nombre de consumidors.

Per assolir aquests objectius és essencial dotar de més recursos econòmics i organitzatius a aquests organismes. Si tenim en compte que l'any 2022 a la Direcció de Competència de la CNMC¹⁰, només hi havia 89 persones (CNMC, 2023b), podem afirmar que és una xifra clarament insuficient per complir els objectius que proposem. El mateix problema hi ha amb l'ACCO, on disposen de 19 persones (ACCO, 2023b).

¹⁰ La Direcció de Competència és la unitat encarregada d'analitzar les concentracions d'empreses i de la investigació i control de les conductes anticompetitives.

4. ASPECTES PROCESSALS

En aquest capítol començarem explicant quins són els tribunals competents, tant en l'àmbit europeu com espanyol, així com quina és la llei aplicable. Tot seguit, veurem el controvertit règim de prescripció de l'acció de danys. Finalment, el recurs extrajudicial, l'exhibició de proves i altres qüestions processals.

4.1. Competència judicial

La competència judicial ens indica quin òrgan jurisdiccional és competent i ha de conèixer la demanda de l'acció de danys. Primerament, veurem a quin estat membre de la Unió Europea disposa de la competència. Tot seguit, si Espanya és competent, a quins tribunals ens hem de dirigir.

4.1.1. Unió Europea

La norma que ens determina quina és la jurisdicció competent és el Reglament (UE) 1215/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2012, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil (d'ara endavant "Reglament 1215/2012"). La norma europea permet fonamentar la competència judicial segons cinc opcions.

En primer lloc, les parts poden acordar, de manera expressa o tàcita, sotmetre's a la jurisdicció d'un Estat i tindrà preferència sobre la resta de jurisdiccions. Per una banda, serà tàcit quan el demandat comparegui davant d'un tribunal on prèviament el demandant ha interposat l'acció de danys, i no impugna la competència del citat tribunal, tal com es troba regulat en l'article 26 del Reglament 1215/2012. D'altra banda, serà expressa quan, amb posterioritat al fet generador del dany i sent conscients del litigi, pacten la competència d'un tribunal. Aquest acord també pot fer-se amb caràcter previ en un contracte, però amb certs matisos, perquè la STJUE de 21 de maig de 2015, ass. C-352-13, *CDC Hydrogen Peroxide*, §71 estableix que no han de ser clàusules genèriques de sotmetre's qualsevol disputa a la jurisdicció d'un tribunal, sinó que, per tal que sigui vàlid, cal que s'especifiqui que els litigis derivats d'infraccions del dret de la competència. Ara bé, en cas que la persona perjudicada sigui un consumidor, aquest pacte no li implicaria una competència exclusiva del tribunal escollit, segons l'article 19 del Reglament 1215/2012.

En segon lloc, són competents els tribunals del domicili del demandat i, si hi ha diferents demandats, davant del tribunal del domicili de qualsevol d'ells, segons estableixen els articles 4.1 i 8.1 del Reglament 1215/2012 i reconeix la STJUE de 21 de maig de 2015, ass. C-352-13, *CDC Hydrogen Peroxide* §33. En aquest darrer supòsit, cal que les demandes estiguin vinculades entre si per una relació tan estreta que resulti oportú tramitar-les i jutjar-les al mateix temps, perseguint l'objectiu d'evitar resolucions que podrien ser contradictòries si es jutgessin per separat.

En tercer lloc, en cas de demandes connexes, les quals seria quan una demanda presentada prèviament en una altra jurisdicció es trobi pendent en primera instància,

l'article 30.2 del Reglament 1215/2012 ens diu que qualsevol altre òrgan jurisdiccional podrà declinar la seva competència, a petició d'una de les parts, a condició que el tribunal davant del qual s'hagi presentat la primera demanda sigui competent per conèixer de les demandes que es tracti i que la seva llei permeti l'acumulació.

En quart lloc, si estem davant d'una matèria cuasidelictual, on es troben inclosos els danys per una infracció del dret de la competència pel seu caràcter extracontractual, davant l'òrgan jurisdiccional del lloc on s'hagi produït o pugui produir-se el fet danyós, tal com marca l'article 7.2 del Reglament 1215/2012. A més a més, aquest article no només atribueix la competència internacional a la jurisdicció d'un Estat, sinó que també estableix la competència territorial dins d'aquest estat, concretament en el lloc on ha sobrevingut el dany, segons la STJUE de 15 de juliol de 2021, ass. C-30/20, *Volvo i altres*, §33 i 34. Aquesta atribució territorial no l'ha compartit la jurisprudència espanyola, però amb la darrera sentència del TJUE no hauria d'haver cap dubte al respecte.

Com que el TJUE va establir que el lloc dels fets danyosos s'ha d'interpretar d'una forma autònoma i no segons les disposicions de cada Estat, és a dir, la *lex fori*, resulta essencial la jurisprudència d'aquest Tribunal. Des de la STJUE de 30 de novembre de 1973, ass. 21-76, *Mines de potasse d'Alsace*, §19, es va establir que el lloc on s'hagi produït el dany inclou tant el lloc del fet generador del dany, que seria, per exemple, on s'han pres les decisions de cometre la infracció, com el lloc en què el dany es materialitza, podent-se escollir un o altre a elecció del demandant (Calvo Caravaca i Suderow, 2017, p142). En referència al lloc on es materialitza el dany, el TJUE s'ha pronunciat en diverses ocasions.

En la STJUE de 21 de maig de 2015, ass. C-352-13, *CDC Hydrogen Peroxide*, davant d'un càrtel dels fabricants del peròxid d'hidrogen i que va comportar uns preus artificialment més alts, es va establir que el lloc on es materialitza el dany és el domicili social de cada una de les presumptes víctimes considerades de forma individualitzada. A més, en cas d'una agrupació de demandes de diferents empreses, caldria presentar demandes separades pel perjudici sofert per cada una d'aquestes empreses davant els tribunals on es troba el seu respectiu domicili.

52“*En el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, como el del peróxido de hidrógeno objeto del cártel en cuestión en el litigio principal, ese lugar sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella*” 55“*En cambio, toda vez que la competencia del tribunal que conoce del asunto, en virtud de la materialización del daño, se limita al perjuicio sufrido por la empresa cuyo domicilio está en su territorio, un demandante como CDC, que agrupa, como cesionario, los créditos indemnizatorios cedidos por varias empresas, estaría obligado por tanto, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 35 de esta sentencia, a presentar demandas separadas por el perjuicio sufrido por cada una de esas empresas ante los tribunales en cuyo territorio están sus respectivos domicilios.*”

Aquesta mateixa línia s'ha seguit en la recent STJUE de 15 de juliol de 2021, ass. C-30/20, *Volvo i altres*, relacionada amb el càrtel dels fabricants de camions i que també va implicar sobrecostos pels compradors. El TJUE va determinar que el tribunal competent per conèixer l'acció de danys serà el del lloc on es van adquirir els béns i, en el supòsit de compres dutes a terme en diferents llocs, s'atribuiria la competència al tribunal del domicili social de l'empresa perjudicada.

“39 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando se trata de la compra de un bien que, como consecuencia de una manipulación efectuada por su fabricante, ha perdido valor, el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción de indemnización por el perjuicio correspondiente al sobrecoste pagado por el comprador es el del lugar de adquisición del bien (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Verein für Konsumenteninformation, C-343/19, EU:C:2020:534, apartados 37 y 40).” “40 Esta solución ha de aplicarse también en un contexto como el del asunto principal, con independencia de si los bienes en cuestión se compraron directa o indirectamente a las partes demandadas y de si la transmisión de la propiedad se produjo de forma inmediata o al término de un contrato de arrendamiento financiero. No obstante, conviene precisar que dicha solución implica que el comprador perjudicado ha comprado exclusivamente los bienes afectados por los acuerdos colusorios en cuestión en la demarcación de un único tribunal. En efecto, en caso contrario no es posible identificar un único lugar de materialización en cuanto concierne al comprador perjudicado.”

“41 A este respecto, procede recordar que, en el contexto de una acción de indemnización por los daños derivados de acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE, consistentes en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, el Tribunal de Justicia ha declarado que el lugar de materialización del daño solo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada y, en principio, corresponderá al domicilio social de esta (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 52).” 42 “En el supuesto de compras efectuadas en varios lugares, atribuir la competencia al órgano jurisdiccional del domicilio social de la empresa perjudicada cumple la exigencia de previsibilidad a la que se ha hecho referencia en el apartado 38 de la presente sentencia, puesto que las partes demandadas, miembros del cártel, no pueden desconocer que los compradores de los bienes en cuestión están establecidos en el mercado afectado por las prácticas colusorias. Tal atribución de competencia responde además al objetivo de proximidad, y el lugar del domicilio social de la empresa perjudicada reúne todas las garantías para la eficaz sustanciación de un posible proceso (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 53).

En la STJUE de 5 de juliol de 2018, ass. C-27/17, FlyLal-Lithuanian Airlines, on hi havia una companyia aèria que estava excloent una empresa competidora amb preus predatoris. En aquest cas es va fer una distinció entre dues formes de danys: el dany inicial, derivat directament de la infracció i el qual es podria justificar la seva competència en virtut de l'article 7.2; i les conseqüències adverses posteriors d'aquest dany inicial, les quals no poden justificar la competència amb el mencionat article. El TJUE declara que el concepte de lloc on s'hagués produït el fet danyós no es pot interpretar de forma extensiva fins al punt d'englobar qualsevol lloc on puguin donar-se les conseqüències perjudicials d'un fet que ja ha causat un dany efectivament sobrevingut en un altre lloc. A parer nostre, sembla una justificació raonable davant d'una economia tan globalitzada com l'actual, on qualsevol infracció que ha operat en un territori podria comportar conseqüències, en un grau o un altre, a qualsevol part del món.

El tribunal, seguint els objectius de proximitat, on els tribunals de l'estat membre en què es trobi el dany afectat són els més indicats per examinar les demandes, i previsibilitat, segons el qual un operador econòmic infractor pot raonablement esperar ser demandat davant els tribunals del lloc en què aquestes pràctiques han falsejat la competència, va considerar que en el lloc on es materialitza el dany han de concórrer dos elements. El primer d'aquests seria que és necessari que el mercat es trobi afectat per les pràctiques contràries a la competència, i, el segon consisteix en què cal que en el seu territori suposadament sobrevingués el dany al·legat.

“31 Como ha recordado el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, procede distinguir el daño inicial, directamente derivado del hecho causal, cuyo lugar de producción podría justificar la competencia en virtud del artículo 5, punto 3, del Reglamento n. o 44/2001, de las consecuencias adversas posteriores que no pueden fundamentar la atribución de competencia sobre la base de esta disposición.” “32 A este respecto, en los apartados 14 y 15 de la sentencia de 19 de diciembre de 1995, Marinari (C-364/93, EU:C:1995:289), el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» no puede interpretarse de forma extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar. Por consiguiente, precisó que dicho concepto no puede interpretarse en el sentido de que incluya el lugar en que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado”

“40 Cuando el mercado afectado por las prácticas contrarias a la competencia se encuentra en el Estado miembro en cuyo territorio supuestamente sobrevino el daño alegado, procede considerar que el lugar donde se materializó el daño, a efectos de la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento n. o 44/2001, se encuentra en dicho Estado miembro. Esta solución, basada en la concordancia de esos dos elementos, responde, en efecto, a los objetivos de proximidad y de previsibilidad de las reglas de competencia, en la medida en que, por una parte, los tribunales del Estado miembro en que se encuentra el mercado afectado son los más indicados para examinar tales recursos indemnizatorios y, por otra parte, un operador económico que realiza prácticas contrarias a la competencia puede razonablemente esperar ser demandado ante los tribunales del lugar en que esas prácticas han falseado las reglas de la sana competencia.”

En la STJUE de 29 de juliol de 2019, ass. C-451/18, *Tibor-Trans*, que torna a versar sobre el càrtel dels camions i el perjudicat domiciliat a Hongria comprava camions a un concessionari d'aquest mateix estat, és a dir, estem davant d'un clar supòsit d'un comprador indirecte. El TJUE va determinar que aquest dany que al·legava el perjudicat s'havia de considerar un dany directe i que els tribunals del territori on s'ha produït el dany serien competents. Ara bé, torna a matisar que ha de ser el lloc on s'han falsejat els preus del mercat i en el qual la víctima al·lega haver patit el dany.

“31 Por el contrario, el daño alegado en el litigio principal consiste principalmente en sobrecostes pagados a causa de precios artificialmente elevados y, por ello, es la consecuencia inmediata de la infracción del artículo 101 TFUE, constituyendo, pues, un daño directo que permite fundamentar, en principio, la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha producido dicho daño.” «37 lugar donde se haya producido el hecho dañoso» se refiere, en una situación como la del litigio principal, al lugar del mercado afectado por dicha infracción, a saber, el lugar donde se han falseado los precios de mercado y en el cual la víctima alega haber sufrido este perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante en el cártel controvertido con el que la víctima no estableció relaciones contractuales”

Com a conclusió del lloc on s'ha materialitzat el dany, podem afirmar que és necessari que es compleixin dos requisits. És necessari que el mercat es trobi afectat per la infracció i que el dany es materialitzi en el territori d'aquest mercat. Aquest darrer cas, serà el domicili de la part perjudicada si estem davant d'una situació de lucre cessant o que la víctima ha adquirit els béns en diferents territoris. Per contra, si només l'ha adquirit en una ubicació seran competents els tribunals d'aquell lloc.

Per exemple, un subjecte està domiciliat a la Universitat Autònoma de Barcelona i adquireix un helicòpter a Polònia perquè li agrada molt una marca d'aquest país. Posteriorment, la Comissió Europea constata l'existència d'un càrtel d'helicòpters a Polònia i els països nòrdics. En aquesta situació el tribunal competent seria el de la ubicació on es va adquirir l'helicòpter de Polònia.

En cinquè lloc, si es tracta de litigis relatius a l'explotació de sucursals, agències o qualsevol altre establiment, davant l'òrgan jurisdiccional en què aquests estiguin ubicats, tal com diu l'article 7.5 del Reglament 1215/2012). Segons la STJUE de 19 de juliol de 2012, ass. C-154/11, *Mahamdia* i STJUE de 5 de juliol de 2018, ass. C-27/17, *FlyLal-Lithuanian Airlines*, cal que es compleixin dos requisits essencials. Per una banda, sucursal ha d'implicar l'existència d'un centre d'operacions que es manifesta de manera duradora cap a l'exterior com el perllongament d'una casa matriu. La sucursal ha de tenir una direcció i un equipament material que li permeti negociar amb tercers i aquests no hagin de dirigir-se directament a la casa matriu. D'altra banda, el litigi ha d'estar relacionat amb actes relatius a l'explotació d'una sucursal o sobre obligacions concretes per la sucursal en nom de la matriu i s'hagin de complir a l'estat de la sucursal, és a dir, és necessari que la citada sucursal hagi participat de forma efectiva i significativa en la infracció del dret de la competència.

Aquest fur podria ser interessat quan no es pot fonamentar la competència internacional perquè no es compleix el requisit de mercat afectat de l'article 7.2. Tot i això, sembla poc probable que una sucursal pugui participar de forma efectiva i significativa en la infracció sense afectar el mercat en el qual opera. Per exemple, uns hotelers de la Costa Brava han dut a terme una infracció de la competència. El mercat afectat seria la Costa Brava i es troben domiciliats allà, però amb establiments permanents a França feien ofertes en aquest país. Als perjudicats francesos els hi podria interessar basar la competència en el lloc on s'ubica l'establiment permanent.

4.1.2. Estat Espanyol

Una vegada s'ha determinat que la jurisdicció competent és Espanya, en virtut de l'article 86 bis 2 de la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, els jutjats mercantils tenen la competència objectiva per conèixer de les accions relatives a l'aplicació dels articles 101 i 102 del TFUE i de l'article 1 i 2 de la LDC, així com de les pretensions de rescabament del perjudici ocasionat per la infracció del Dret de la competència, i així es pot constatar en el AAP Madrid 2421/2017 de 22 de juny de 2017.

Tot i això, hem de destacar que pel que fa al projecte de llei de les demandes col·lectives, en l'article 834 s'estableix que la competència en els processos que s'exerceixen accions col·lectives recaurà en els jutjats de primera instància, amb independència de la matèria que versin. Compatim el criteri de Blas A. González (2023) que no s'hauria d'atribuir la competència als jutjats de primera instància, la qual hauria de correspondre als jutjats mercantils perquè estan especialitzats en aquestes matèries.

4.2. Llei aplicable

Entre les diferents legislacions de cada estat membre de la UE caldrà aplicar la corresponent. Per determinar la llei aplicable, cal recórrer al Reglament (CE) 864/2007 del Parlament Europeu i del Consell, de 11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals (d'ara endavant "Reglament Roma II o RRII"), per aquells casos on el dany es va produir a partir de l'11 de gener de 2009, que és la data d'entrada en vigor d'aquesta norma. Per casos previs caldrà aplicar el Codi Civil Espanyol (Calvo Caravaca i Suderow, 2019). Respecte de la mencionada norma europea hem de destacar que en el considerant número 7 RRII, s'estableix que es vol garantir una coherència amb el Reglament 1215/2012.

La regla general de l'article 4.1 RRII és que la llei aplicable a una obligació extracontractual que es deriva d'un fet danyós és la del país on es produeix el dany, independentment d'on s'hagi produït el fet generador i qualsevol que sigui el país o els països en què es produeixin les conseqüències indirectes del fet en qüestió. Tot i això, el considerant 23 ens diu que cal dirigir-se a les disposicions de l'article 6, més aviat com a aclariments de la regla general.

En l'article 6.3 a) RRII s'estableix que la llei aplicable a una obligació extracontractual que es deriva d'una restricció de la competència serà la llei del país en el qual el mercat resulta o pot resultar afectat. Tal com podem deduir de la STJUE de 29 de juliol de 2019, ass. C-451/18, *Tibor-Trans*, §33, el mercat afectat és aquell on es porten a terme les pràctiques contràries al dret de la competència.

D'altra banda, el 6.3 b) RRII ens estableix dos preceptes:

- En primer lloc, el perjudicat pot optar per la llei del fur del domicili del demandat si el mercat resulta o pugui resultar afectat en més d'un país; i si el mercat de l'estat del domicili del demanat es troba afectat de manera directa i substancial.
- En segon lloc, quan resulta d'aplicació l'article 8.1 Reglament (demandats de diferents Estats), el perjudicat pot optar per la llei del fur del tribunal on ha escollit emplaçar l'acció de danys. Ara bé, cal que el mercat de l'estat escollit es trobi afectat de manera directa i essencial per cada un dels demandats.

L'apartat 6.3b) té com a objectiu evitar situacions mosaïques, el que succeiria si, davant d'un mateix tribunal, haguéssim d'aplicar lleis diferents per cada mercat afectat. També s'estableixen aquests requisits qualificats per evitar situacions de *forum shopping*¹¹ (Calvo Caravaca i Suderow, 2019). Tal com van dir fan cinc anys Calvo Caravaca i Suderow (2019) en l'actualitat tampoc sembla que hi hagi jurisprudència del TJUE sobre l'article 6.3 b i els conceptes més abstractes com "directa, essencial i substancial".

4.3. La prescripció de l'acció

La prescripció es defineix com la situació jurídica que comporta que ja no es pugui exercir un dret pel fet que ha transcorregut un termini. Hi ha tres elements importants pel que fa a la prescripció de l'acció de danys. El primer d'aquests és el *dies ad quem*, és a dir, l'últim dia fins al qual es disposa per demandar. El segon element és el *dies a quo* o

¹¹ El *forum shopping* fa referència quan el demandant escull aquella jurisdicció més beneficiosa pels seus interessos.

el dia en què comença el còmput d'aquest termini. Per últim, hi ha en quins supòsits es pot interrompre aquest.

Cal remarcar que la transposició de la Directiva de Danys ha suposat millores notables en el règim de la prescripció que beneficien a la part demandant, a causa de disposar de més anys per interposar l'acció. La combinació d'aquesta important millora amb el difícil règim transitori de la Directiva han provocat que una de les principals disputes que s'han donat als jutjats ha sigut la disjuntiva de si resultaven aplicables les noves disposicions introduïdes per la Directiva o calia aplicar la legislació anterior. Hi ha hagut sentències contradictòries i podem assegurar que hi havia certa inseguretat jurídica.

4.3.1. La durada de la prescripció

Amb la transposició de la Directiva, el termini de la prescripció de l'acció de danys va passar d'un sol any, previst a la normativa anterior en l'article 1968.2 CC, als cinc anys actuals que es van establir en l'article 74.1 LDC. Ha sigut un dels punts que ha millorat l'harmonització feta per la Unió Europea a Espanya en matèria de l'acció de danys.

Els dubtes que mencionàvem anteriorment han quedat parcialment solucionats quan en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, *Volvo i Daf Trucks*, es va donar resposta a la qüestió prejudicial de l'Audiència Provincial de Lleó, on es preguntava, entre d'altres, sobre els efectes retroactius del termini de prescripció. Amb la contestació d'aquesta qüestió es va establir que els articles referents als terminis eren una norma substantiva, i s'havia d'aplicar en aquelles situacions que no s'havien consolidat abans de la finalització del termini de transposició de la Directiva, és a dir, el 26 de desembre de 2016. Per tant, es va establir que tindrien un termini de prescripció de cinc anys les accions de danys que no havien prescrit en la data de venciment per transposar la Directiva de Danys (27 de desembre de 2016).

“48...ha de verificarse, para determinar la aplicabilidad temporal del artículo 10 de dicha Directiva, si la situación de que se trata en el litigio principal se había consolidado antes de que expirara el plazo de transposición de la misma Directiva o si continuaba surtiendo sus efectos tras la expiración de ese plazo.” “74 Parece, pues, que la situación de que se trata en el litigio principal seguía surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, e incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone tal Directiva. 75 En la medida en que ello suceda en el litigio principal, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente, el artículo 10 de dicha Directiva será aplicable ratione temporis al caso de autos.”

D'aquesta manera, seguint la jurisprudència del TJUE ens podem trobar les tres situacions següents:

- Accions consolidades: Seria quan l'acció de danys ja es trobaria prescrita perquè ha transcorregut el termini d'un any prèviament al 27 de desembre del 2016,
- Accions pendents: Si el termini d'un any de la prescripció s'inicia abans del desembre del 2016 i finalitzen amb posterioritat a aquesta data. Llavors ja resulten d'aplicació les disposicions de la nova regulació i passen a tenir un termini de cinc anys.
- Accions noves: Com que el *dies a quo* es comença després del desembre del 2016, disposen d'un termini de cinc anys.

En conclusió, el dubte sobre el règim aplicable ha quedat resolt; però el fet que s'apliqui el termini d'un any o el de cinc acaba depenent del dia en què comença a transcórrer el temps. Aquest concepte ha pres una rellevància cabdal i és el que provoca que actualment hi hagi més doctrina i jurisprudència amb sentits diferents.

4.3.3. L'inici de la prescripció

Segons l'article 74.2 LDC el *dies a quo* del termini de prescripció s'inicia quan es deixi de cometre la infracció i el demandant tingui coneixement o hagi pogut raonablement tenir coneixement de la identitat de l'infractor, el perjudici que li ha ocasionat, i la conducta i el fet constitutius de la infracció. Amb anterioritat a la Directiva es regulava d'una manera similar perquè s'establís que aquesta data consistia en el moment que el perjudicat en tenia coneixement o des del dia en què pogués exercitar l'acció de dany, recollits en els articles 1968.3 i 1969 del Codi Civil.

Tal com s'ha explicat abans, el problema de la determinació d'aquesta data a l'Estat espanyol continua ben viu, concretament si en les accions següent (*follow on*) cal situar aquest moment en el dia de la resolució de CNMC o quan aquesta resolució esdevé ferma. En funció de com es resolgui aquesta disjuntiva, podrien quedar prescrites milers de demandes relacionades amb el càrter dels automòbils.

Per una banda, hi ha una part de la doctrina que defensa que la manca de fermesa de la resolució no impedeixi al perjudicat fer valdre els seus drets, ja que és viable interposar l'acció de danys si ja es pot quantificar amb la informació pública o, en cas contrari, pot interrompre la prescripció amb facilitat (Marcos, 2021b). D'altra banda, altres sostenen que no és fins al moment que la resolució esdevé ferma que desapareix la incertesa procedimental per tal que els perjudicats puguin plantejar-se litigar (Poch, 2019). També ens trobem sentències contradictòries entre la judicatura. Per exemple, es considera que no ha prescrit en la SJMer Pontevedra 56/2023 de 3 de juliol de 2023, en canvi, sí que s'afirma que han prescrit en la SJMer 50/2023 de 4 de juliol de 2023.

Davant la incertesa, en el marc del càrter dels automòbils, el Jutjat del Mercantil número 1 de Saragossa ha elevat una qüestió prejudicial¹² al TJUE per tal que aquest es resolgui sobre la disjuntiva entre si cal marcar el *dies a quo* en la data de la resolució de la CNMC o el de la sentència ferma. Tot seguit procedirem fer un anàlisi de la jurisprudència existent per aproximar-nos a una possible solució.

Una sentència referent per qui defensa que el *dies a quo* hauria de ser en el moment que la resolució esdevé ferma és la STJUE de 28 de març de 2019, ass. C-637/17, Cogeco Communications, on en el paràgraf 48 es diu: "Por tanto, la duración del plazo de prescripción no puede ser tan corta que, junto con las demás reglas de prescripción, haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a reclamar el resarcimiento." Ara bé, cal entendre que el context d'aquesta sentència és que el termini s'iniciava quan el perjudicat encara no tenia coneixement sobre qui era l'empresa infractora

¹² AJMer Saragossa 472/2023 de 10 de gener de 2024

D'altra banda, en la STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, *Volvo i Daf Trucks*, § 71 i 72, relacionada amb el càrtel dels camions, i la ATJUE de 6 de març de 2023, ass. C-198/22 i C-199/22, *Deutsche Bank AG*, § 48, relacionada amb el càrtel del euríbor, es va fixar l'inici en el moment que es va publicar un resum de la resolució de la Comissió Europea en el Diari Oficial de la Unió Europea (d'ara endavant "DOUE"). Tot i això, hem de remarcar que en les dues ocasions eren resolucions fermes per l'infractor que era part demandada en el procediment, ja que s'havia dut a terme una transacció. A més a més, considera que cal que aquestes resolucions es publiquin en el DOUE i no en notes de premsa, que és el que succeeix a Espanya.

A l'estat espanyol, amb la STS 528/2013 de 4 de setembre de 2013 es va establir jurisprudència en l'anomenat cas Cèntrica/Iberdrola. Les distribuïdores sancionades estaven denegant a la comercialitzadora Cèntrica informació sobre els punts de subministrament, la qual tenien l'obligació de facilitar. L'empresa perjudicada va denunciar aquests fets a l'autoritat de la competència i va interposar una acció de danys. El jutjat de primera instància va marcar el *dies a quo* en la data de consumació de l'acte antijurídic, l'Audiència Provincial va considerar que aquest començava quan Iberdrola va posar a disposició de Cèntrica la informació que aquesta sol·licitava i, finalment, el Tribunal Suprem va sentenciar que el moment havia de ser el dia que Cèntrica efectivament va poder accedir a la informació, que va ser quan realment va tenir coneixement del perjudici sofert, malgrat que l'autoritat de la competència encara no havia dictat cap resolució. Tot i això, aquest cas consisteix en una acció independent (*stand alone*), no podent-se comparar amb les accions de seguiment.

És interessant mencionar el càrtel dels sobres de paper, en la majoria de sentències es va establir que el termini començava en la data de publicació de la resolució de la CNMC. Ara bé, en la SJMer Barcelona 77/2021 de 25 de març de 2021 es va marcar aquest inici quan resolució va esdevenir ferma, i així ho va confirmar posteriorment la SAP Barcelona 198/2022 de 7 de febrer de 2022, §15: "Aunque nada impide a los terceros perjudicados iniciar sus reclamaciones con la publicación de la resolución administrativa que pone término al procedimiento sancionador, el conocimiento cierto de los hechos y de sus responsables sólo se alcanza con la firmeza de la Sentencia del recurso contra dicha resolución."

Segons el nostre criteri, si seguim el principi d'efectivitat i el d'interpretació conforme dels preceptes de la Directiva en el dret nacional, en el càrtel dels automòbils s'hauria de fixar l'inici del termini en la data que esdevé ferma la resolució. El principal motiu és que el termini d'un sol any des de la resolució de la CNMC fa pràcticament impossible la interposició de demandes perquè és necessari l'estudi del cas, la valoració de si és viable demandar, difondre entre els possibles perjudicats els seus drets i finalment acabar demandant. També cal esmentar que la nota de premsa de la pàgina web d'una autoritat nacional de la competència no hauria de produir efectes jurídics entre la ciutadania, ja que no és un diari oficial. Per tant, seria convenient que l'anunci de les resolucions de la CNMC on es constati una infracció del dret de la competència es publiquin en un diari oficial per tal que hi hagi més seguretat jurídica.

4.3.4. La interrupció

El tercer element seria quan es produeix la interrupció del termini de prescripció. Amb la nova regulació de l'article 74 LDC aquest es pot produir en dues ocasions:

- Durant el període compres entre que l'autoritat de la competència inicia una investigació o procediment sancionador sobre una infracció relacionada amb l'acció de danys i un any després que la resolució adoptada per l'autoritat de la competència sigui ferma o es doni per finalitzat el procediment. Aquest precepte deriva de la Directiva de Danys i no existia amb la legislació anterior.
- Per les parts que estiguin duent a terme una solució extrajudicial de controvèrsies, durant el temps que duri aquest procés.

Creiem que seria beneficiós pels possibles demandants que hi hagi més transparència o facilitar l'accés per conèixer si una resolució ha esdevingut ferma o ha sigut recorreguda, ja que actualment, un cop dictada una resolució de l'autoritat de la competència, no es pot saber si ha estat recorreguda. Per exemple, en el cas Amazon i Apple, la CNMC va sancionar les empreses infractores el 13 de juliol de 2023, una d'aquestes va interposar recurs contenciós-administratiu davant l'Audiència Nacional contra la resolució de la CNMC el 13 d'octubre de 2023 i amb la AAN 1645/2023 de 19 de desembre de 2023 es van resoldre les mesures cautelars sol·licitades. Tot i això, no va ser fins al febrer del 2024 que es va publicar la sentència al Centre de Documentació Judicial i va transcendir a la premsa. En aquest sentit, hauria d'haver sigut a l'octubre que es tingui coneixement del fet que s'ha interposat un recurs.

4.4. Solució extrajudicial

La Directiva de Danys també posa en relleu la importància dels acords extrajudicials. En el considerant 48 DD s'afirmava que és desitjable aconseguir una solució d'una vegada per totes amb l'objectiu de reduir la incertesa pels infractors i les parts perjudicades. En aquesta línia s'estableixen diferents disposicions per tal d'incentivar aquests acords. Tot i això, a Espanya no s'han produït a causa del fort poder de negociació de les empreses infractores, les quals acostumen a negar que s'hagi causat danys.

Un dels incentius fa referència a l'aplicació pública del dret de la competència. Si abans que l'autoritat de la competència adopti una resolució sancionadora contra una empresa infractora, si aquesta porta a terme actuacions dirigides a reparar el dany causant es considera un atenuant pel que fa a la imposició de la multa. A més aquest atenuant pot ser qualificat si l'empresa indemnitza de manera efectiva les parts perjudicades amb anterioritat a la resolució, segons l'article 64 LDC. Malgrat aquest incentiu, també pensem que seria interessant si es pogués rebaixar la sanció, en menor mesura, si aquesta reparació es porta a terme amb posterioritat a la resolució sancionadora.

Un altre dels aspectes per promoure els acords extrajudicials és pels casos on hi ha una pluralitat d'empreses infractores i una d'aquestes arriba a una solució extrajudicial amb les víctimes. Amb l'objectiu que l'empresa que arriba a l'acord no es trobi en una pitjor situació que les coinfractores que no ho han fet, s'elimina la responsabilitat conjunta i solidària per qui ha participat en la solució, tal com diu l'article 77 LDC. D'aquesta manera, l'acció de danys que la part perjudicada dirigeix contra la resta s'ha de veure reduïda en la part proporcional que el coinfractor amb qui s'ha arribat l'acord tingui en el perjudici que la infracció del Dret de la competència li va ocasionar. Tot i això, excepte que en l'acord quedi expressament exclòs, si les restants empreses coinfractores no

poden reparar el dany sí que hi haurà responsabilitat conjunta i solidària¹³. Per últim, l'article 80 LDC estableix que en cas que un tribunal estigui coneixent d'una acció de danys, pot suspendre el procediment durant el termini màxim de dos anys en el supòsit que les parts estiguin intentant arribar a una solució extrajudicial de la controvèrsia.

4.5. Exhibició de proves

Com molt bé s'explica en el preàmbul de la Directiva, la prova és un element important per l'exercici de les accions de danys i els litigis es caracteritzen per una asimetria de la informació perquè les proves acostumen a estar exclusivament en possessió de la part contrària o de tercers. Per aquest motiu cal garantir que es confereixi a les parts demandants el dret a obtenir l'exhibició de proves rellevants per les seves pretensions.

També cal destacar que aquestes dificultats probatòries tenen una intensitat diferent segons la naturalesa del procediment (Zurimendi, 2022). Per exemple, els consumidors afectats pel càrtel dels automòbils tindran més obstacles per demostrar el seu dany que els competidors exclosos per l'acord de verticalitat entre Apple i Amazon, perquè aquests últims a partir dels seus registres comptables podran demostrar la disminució dels ingressos.

Amb la prèvia sol·licitud de la part demandant que hagi presentat una motivació raonada que contingui aquells fets i proves a les quals tingui accés raonablement, que siguin suficients per justificar la viabilitat de la seva acció de danys, els tribunals podran ordenar que la part demandant o un tercer exhibeixi les proves pertinents que tingui en el seu poder, tal com marca l'article 5 DD. L'exhibició de proves ha de ser proporcional i cal tenir en consideració els interessos legítims de totes les parts i dels tercers interessats; particularment en la mesura que l'acció de danys estigui justificada per fets i proves, l'abast i cost de l'exhibició, i si hi ha informació confidencial.

Amb certs requisits i limitacions regulats a l'article 6 DD, les proves contingudes en un expedient de l'autoritat de la competència també es poden exhibir. Tot i això, en cap cas s'inclouen les declaracions en el marc d'un programa de clemència i les sol·licituds de transacció. En la mateixa mesura que succeeix amb la responsabilitat solidària, aquesta limitació persegueix no desincentivar que les empreses col·laborin amb les autoritats de la competència, ja que aquests programes són de gran utilitat en l'aplicació pública.

¹³ Per exemple, imaginem un supòsit on l'empresa A i l'empresa B ocasionen a una víctima danys per un valor de 10€, la primera en un 60% i la segona en un 40%. Si l'empresa A arriba a un acord amb la víctima on li repara 2€, el perjudicat podrà reclamar els 4€ a l'empresa B. Aquesta segona empresa no podrà dirigir-se a la primera per tal que indemnitzi una part. En el cas que l'empresa B no pugui pagar aquests 4€, el perjudicat podrà dirigir-se contra l'empresa A, excepte que en el moment de fer el pacte diguessin explícitament que no es faria.

4.6. Altres qüestions processals

4.6.1. Suspensió del termini per dictar sentència en les accions independents

En els procediments judicials sobre infraccions del dret de la competència, quan el tribunal tingui coneixement de l'existència d'un expedient administratiu davant l'autoritat de la competència i resulti necessari conèixer el seu pronunciament, en virtut de l'article 434.3 LEC, es podrà suspendre el termini per dictar sentència, prèvia audiència de les parts. Aquesta decisió s'haurà de notificar a l'autoritat de la competència i, en el moment de dictar resolució, l'haurà de traslladar al Tribunal. El mateix succeeix quan s'està en apel·lació, segons l'article 465 LEC.

4.6.2. Tipologia de procediments

Es seguirà el procediment de judici ordinari en les accions de seguiments on la quantitat a reclamar sigui superior a 15.000€, i en tots els casos si estem davant d'una acció independent tal com s'estableix a l'article 249.2 i 249.1.4 LEC, respectivament. Per contra, es decidirà en judici verbal les accions de seguiment que l'import a reclamar no superi els 15.000€, segons l'article 250.2 LEC.

4.6.3. Accions de danys exercitades per demandants situats en diferents nivells de la cadena de subministrament

Davant d'una acció de danys on cal determinar si es compleixen les regles de la càrrega de la prova sobre repercussió de sobre costos, els tribunals podran prendre en consideració les accions per danys relacionades amb la mateixa infracció interposades per demandants situats en altres nivells de la cadena de subministrament, les resolucions derivades de les anteriors accions de danys i la informació pertinent de domini públic derivada de l'aplicació pública del dret de la competència, tal com estableix l'article 80 LDC. Aquest precepte té com a finalitat evitar que les accions de danys exercitades pels demandants de diferents nivells de la cadena de subministrament aboquin a una responsabilitat múltiple o a la manca de responsabilitat de l'infractor.

4.6.4. Intervenció de subjectes originàriament no demandants i acumulació de processos

L'article 13 de la LEC estableix que quan es trobi pendent un procés judicial, es podrà admetre com demandant qui acrediti tenir un interès directe i legítim en el resultat del litigi. Seguint la línia de l'apartat anterior, podria succeir que si hi ha diversos jutjats competents i estem davant d'accions de danys interposades per demandants situats en diferents nivells de la cadena de subministrament, tots aquests tinguin un interès legítim.

A més a més, l'article 76 LEC estableix que l'acumulació de processos s'haurà d'acordar sempre que la sentència que hagi de recaure en un dels processos pugui produir efectes prejudicials en un altre. D'aquesta manera, quan hi ha demandants de nivells diferents de la cadena, la sentència d'un procediment pot produir efectes en els altres (Zurimendi, 2022).

5. CONCLUSIONS I PROPOSTES

Al llarg d'aquest treball hem pogut conèixer la regulació actual de les accions de danys i s'han pogut constatar les millores que va comportar la transposició de la Directiva de Danys a l'Estat espanyol: es reafirma el dret al ple rescabament que tenen els perjudicats pels danys que causen les infraccions, es reconeix i regula la repercussió dels sobre costos, es facilita l'accés a les proves als demandants, les decisions de les autoritats de la competència són irrefutables en seu judicial quan esdevenen fermes, s'ha ampliat el termini de prescripció i s'interromp de manera automàtica, es presumeix *iruis tantum* que els càrtels ocasionen danys, i s'estableix la responsabilitat conjunta i solidària dels infractors. Malauradament, la Directiva de Danys no regula els recursos col·lectius; però hi ha una norma europea específica al respecte, però que no s'aplica a les accions de danys.

Adicionalment, s'han pogut identificar els principals reptes i problemes que s'estan duent a la pràctica i hem fet propostes de millora. Podem afirmar que tradicionalment les autoritats de la competència han tingut la tasca d'investigar i sancionar a qui cometia una conducta restrictiva de la competència o un abús de posició de domini perseguint un efecte dissuasiu; en canvi, en el procés de la reclamació de danys i perjudicis que duen a terme els perjudicats les autoritats han tingut un paper molt poc significatiu; ha sigut la clàssica línia divisòria entre l'aplicació pública i privada del dret de la competència. A parer nostre, pel bé de l'interès general, caldria que les autoritats de la competència superin l'actual paper de *amicus curiae* i es dirigeixin cap a una col·laboració més rellevant amb els perjudicats. Per aquest motiu, una de les propostes més innovadores que hem dut a terme en aquest treball és que s'atribueixin noves funcions a les autoritats de la competència:

- En primer lloc, que estiguin habilitades per reclamar en nom de les administracions públiques perjudicades, ja que els ens públics pràcticament mai han interposat demandes i tenen diversos obstacles. Aquesta funció s'hauria de dur a terme de manera coordinada amb la corresponent administració perjudicada i aquesta hauria de tenir personal, especialment el que es dedica a la contractació pública, amb formació sobre dret de la competència.
- En segon lloc, quan hi ha una gran pluralitat de consumidors afectats, que les autoritats tinguin legitimitat per defensar els interessos d'aquests i puguin interposar accions de danys.
- En tercer lloc, amb les proves que tinguin a la seva disposició, han d'intentar quantificar els danys que ha comportat una infracció, ja sigui el dany total que s'ha ocasionat o individual en la mesura que sigui possible.
- En quart lloc, per les infraccions on sigui inviable econòmicament el rescabament als perjudicats, per exemple, per la poca quantitat a indemnitzar, ha de correspondre a les autoritats reclamar el dany total causat i destinar-ho a

l'interès general. Això es podria assolir incrementant la sanció en el procediment sancionador corresponent.

A causa de les noves funcions, caldria augmentar suficientment els recursos humans, econòmics i organitzatius, ja que amb la situació actual seria pràcticament impossible implementar-les correctament. A més a més, també seria convenient incrementar el finançament a les autoritats de la competència per tal que puguin destinar més recursos a la investigació d'infraccions i, si s'escau la pertinent sanció, els perjudicats puguin iniciar les accions de seguiment.

D'altra banda, com que els programes de clemència impliquen inconvenients per l'acció de danys en l'accés a les proves o la no aplicació de la responsabilitat conjunta i solidària dels infractors, cal trobar altres formes de descobrir infraccions. En aquest sentit, proposem que els Estats puguin atorgar recompenses econòmiques a les persones que aportin proves a les autoritats de la competència que permetin interposar sancions. Aquesta mesura aniria dirigida essencialment a treballadors d'empreses infractores.

Així mateix, també suggerim les següents millores sobre qüestions processals:

- Per començar, els jutjats de primera instància no han de tenir la competència de les accions col·lectives dels consumidors que versen sobre les infraccions del dret de la competència, tal com preveu el Projecte de Llei Orgànica de mesures en matèria d'eficiència del Servei Públic de Justícia i d'accions col·lectives per la protecció i defensa dels drets i interessos dels consumidors i usuaris (número 121/000016); i hauria de correspondre als jutjats mercantils. Quant a les accions col·lectives per a les empreses, també haurien de ser possibles i es podria atribuir a les associacions empresarials. Tot i que per les petites i mitjanes empreses es podria valorar de tractar-les com consumidors i atribuir-ho a les autoritats. En totes les situacions cal exigir i assegurar que les entitats habilitades per fer aquesta representació perseguiran els interessos generals.
- Pel que fa a la prescripció de l'acció de danys, proposem que les resolucions de la CNMC es publiquin al BOE, ja que les notes de premsa d'una administració no haurien de produir efectes jurídics entre la ciutadania. També cal que s'informi de manera immediata sobre si les resolucions esdevenen fermes o s'han recorregut. Sobre les resolucions de les autoritats de la competència dictades amb anterioritat a la Directiva de Danys, opinem que la data d'inici del termini de prescripció hauria de ser quan esdevenen fermes, ja que el termini d'un any a partir de la resolució considerem que s'oposa al principi d'efectivitat.
- En referència als acords extrajudicials, les autoritats de la competència haurien d'atorgar una rebaixa de la sanció si el ple rescabament als perjudicats es realitza després de la seva imposició.

En l'àmbit de l'acció de danys encara queden moltes qüestions per resoldre. Una de les principals incògnites és que en els jutjats encara no hi ha hagut demandes multinivell, on els diferents nivells de la cadena de subministrament reclamen el mateix dany. Per exemple, a partir d'una denúncia de Spotify, la Comissió Europea va sancionar Apple per

un abús de posició de domini a l'imposar unes condicions comercials injustes als desenvolupadors d'aplicacions (una comissió del 30% dels ingressos). Podrien interposar una acció de danys els consumidors perquè van pagar uns preus més elevats, els artistes en rebre menys ingressos o Spotify com a beneficis que va deixar de guanyar. En aquests casos, on hi haurà diferents jurisdiccions competents i agents perjudicats, sembla necessari que hi hagi un organisme que lideri tot aquest procés. Pensem que hauria de correspondre a l'autoritat de la competència que ha dictat la sanció i intenti quantificar els danys totals que s'han causat. Així mateix, a Espanya tampoc disposem d'experiència en acords extrajudicials per infraccions del dret de la competència i hi ha algunes disposicions substantives que encara no han resultat d'aplicació davant dels tribunals (com la presumpció que els càrtels causen danys)

Finalment, s'ha pogut constatar que un dels principals problemes de l'acció de danys és la seva quantificació, però també manca teoria econòmica sobre els efectes en la qualitat, la innovació o els danys morals que ocasionen les infraccions. Com hem dit anteriorment, pensem que el repte de la quantificació pot solucionar-se amb un paper més actiu per part de les autoritats de la competència.

6. LLISTA DE REFERÈNCIES

AAN 1645/2023 de 19 de desembre de 2023

AAP Madrid 139/2013 de 30 de setembre de 2013

AAP Madrid 2421/2017 de 22 de juny de 2017

ACCO. (2023). Reclamació de danys causats a les administracions públiques per pràctiques anticompetitives. https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20230208_es_22_2019_reclamacio_danys_cat.pdf

ACCO. (2023b). Memoria 2022. https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/Memories-activitat/20230704_MEMORIA-ACTIVITAT-ACCO-2022_cat.pdf

AJMer Saragossa 472/2023 de 10 de gener de 2024

ATJUE de 6 de març de 2023, ass. C-198/22 i C-199/22, Deutsche Bank AG, § 48

Beneyto, J-M. i Troncoso, M. (2017). Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia.. Dins J-M, Beneyto i J, Mailló (Ed.). Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo I. (2a ed., pp. 33-58). Wolters Kluwer

Calvo Caravaca, A-L. i Suderow, J. (2019). Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust. Dins A-L, Calvo Caravaca (Ed.). Acciones follow on: Reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia (pp. 127-168). Tirant lo Blanch.

Campuzano, A-B. i Palomar, A. (2022). La aplicación judicial privada de las normas de defensa de la competencia. Dins A-B Campuzano i A, Palomar (Ed.). El derecho de la Competencia (3a ed., pp. 653-693). Tirant lo Blanc

CNMC. (2020). Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4968353.pdf>

CNMC. (2023b). Memoria 2022. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/Mem_CNMC_2022_web.pdf

Comissió de Mercat Interior i Protecció del Consumidor del Parlament Europeu. (2018). INFORME sobre la proposta de Directiva del Parlament Europeu y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2018/0447/P8_A\(2018\)0447_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2018/0447/P8_A(2018)0447_ES.pdf)

- Comissió Europea. (2005). Llibre verd 2005. Comissió (2005). LIBRO VERDE: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:ES:PDF>
- Comissió Europea. (2008). LIBRO BLANCO: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165>
- Comissió Europea. (2013). Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c_en?filename=damages_actions_quantification_practical_guide.zip
- Comissió Europea. (2013a). Documento de trabajo de los servicios de la comisión. resumen de la evaluación de impacto. Demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas antitrust de la UE que acompaña a la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de las disposiciones sobre competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11381-2013-ADD-2/es/pdf>
- Comissió Europea. (2013b). Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=FR>
- Comissió Europea. (2013c). RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=ET>
- Comissió Europea. (2013d). 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. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0404>

- Comissió Europea. (2019). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=ES)
- Comissió Europea. (2020). 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. https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/05c4fe49-1ba7-40f9-80da-dd42e578ba7d_en?filename=2020_ec_report_on_damages_directive.pdf
- Comitè Econòmic i Social Europeu. (2013). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva 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. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013AE4975>
- Díez Estella, F. (2022). En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE Sumal c. Mercedes Benz. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 14(2), 319-347. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7185>
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (2024, Maig 4). Wikipedia. https://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz_gegen_Wettbewerbsbeschr%C3%A4nkungen
- González, B. A. (2023, Gener 23). Las nuevas acciones resarcitorias de representación y los daños civiles de defensa de la competencia. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/las-nuevas-acciones-resarcitorias-de-representacion-y-los-danos-civiles-de-defensa-de-la-competencia>
- Ignacio, J. (2017). Un informe determinará las pérdidas que provocó una empresa del cártel del asfalto. El Diario Montañés. <https://www.eldiariomontanes.es/torrelavega/informe-determinara-perdidas-20171014214432-ntvo.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.eldiariomontanes.es%2Ftorrelavega%2Finforme-determinara-perdidas-20171014214432-ntvo.html>
- López, E. (2023). Facua demanda a 10 fabricantes de automóviles por pactar para inflar los precios. El Periódico. <https://www.elperiodico.com/es/economia/20230419/facua-demanda-10-fabricantes-automoviles-86226013>

- López, E. (2023). La OCU presenta la quinta demanda colectiva para defender a los afectados por el cártel de coches. El Periódico. <https://www.elperiodico.com/es/economia/20240319/cartel-de-coches-ocu-presenta-quinta-demanda-colectiva-99693218>
- Marcos, F. (2014). La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles (Private Enforcement of Competition Laws in Spain). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437941#
- Marcos, F. (2021b, Diciembre 3). ¿Están prescritas las acciones de daños por el «cártel de coches»? <https://almacenederecho.org/estan-prescritas-las-acciones-de-danos-por-el-cartel-de-coches>
- Marcos, F. (2022a, Juliol 19). Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas. <https://almacenederecho.org/prescripcion-y-dano-en-las-reclamaciones-de-danos-por-conductas-anticompetitivas>
- Marcos, F. (2021). Los daños causados por el cártel de los automóviles. Dins A, Robles i A, Zurimendi (Ed.), Estudios de la red académica de defensa de la competencia (RADC), (pp. 361-396). Aranzadi.
- Martinez, B. i Navarro, E. (2017). Aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia. Dins J-M, Beneyto i J, Maillo (Ed.). Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo II. (2a ed., pp. 106-142). Bosch/Wolters Kluwer
- Parlament Europeu. (2009). Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0187_ES.html
- Parlament Europeu. (2012). Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo». https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0021_ES.html
- Poch, A. (2019). El juego de la prescripción en el ejercicio de acciones judiciales de reclamación de daños y perjuicios derivadas de ilícitos contra la competencia. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 11(2), 727-746. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5016>
- Reche, C. (2023). Adif cancela su mandato a Ontier para litigar contra el cártel del AVE. ElEconomista.es <https://www.eleconomista.es/transportes-turismo/noticias/12316875/06/23/adif-cancela-su-mandato-a-ontier-para-litigar-contra-el-cartel-del-ave.html>
- Rodríguez, M. (2023). Salut reclama 526 milions al càrtel d'empreses que van pactar preus dels bolquers per a adults. Ara. https://www.ara.cat/societat/salut/salut-reclama-526-milions-cartel-d-empreses-pactar-preus-dels-bolquers-adults_1_4621405.html

SAP Barcelona 198/2022 de 7 de febrer de 2022

SAP Barcelona 198/2022, de 7 de febrer de 2022

SJMer Barcelona 77/2021 de 25 de març de 2021

STJCE de 13 de novembre de 1990, ass. C106/98, Marleasing

STJUE de 12 de desembre de 2019, ass. C-435/18, Otis GmbH i altres.

STJUE de 14 de juliol de 1972, ass. 48/69, Imperial Chemical Industries

STJUE de 15 de juliol de 2021, ass. C-30/20, Volvo i altres

STJUE de 19 de juliol de 2012, ass. C-154/11, Mahamdia

STJUE de 20 d'abril de 2023, ass. C-25/21, Repsol

STJUE de 20 de setembre de 2001, ass. C-453/1999, Courage

STJUE de 21 de maig de 2015, ass. C-352-13, CDC Hydrogen Peroxide

STJUE de 22 de juny de 2022, ass. C267-20, Volvo i Daf Trucks,

STJUE de 28 de març de 2019, ass. C-637/17, Cogeco Communications,

STJUE de 29 de juliol de 2019, ass. C-451/18, Tibor-Trans

STJUE de 29 de juliol de 2019, ass. C-451/18, Tibor-Trans,

STJUE de 30 de gener de 1974, ass. 127/1973, Sabam

STJUE de 5 de juliol de 2018, ass. C-27/17, FlyLal-Lithuanian Airlines,

STJUE de 6 d'octubre de 2021, ass. C-882/19, Sumal,

STJUE de 6 de novembre de 2012, ass. C199/11, Otis i altres

STS 1262/1993 de 30 de desembre de 1993

STS 235/2024 de 11 de març de 2024

STS 528/2013 de 4 de setembre de 2013

STS 540/2000 de 2 de juny de 2000

Velasco San Pedro, L-A. (2018). Acciones de daños por ilícitos anticompetitivos: la trasposición española de la Directiva 2014/104/UE. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/40695>

Vélez, A-M. (2021). Un juzgado reconoce una indemnización millonaria al PSOE por los daños causados por un cártel de sobres electorales. ELDiario.es. https://www.eldiario.es/economia/juzgado-reconoce-indemnizacion-millonaria-psoe-danos-causados-cartel-sobres-electorales_1_7959594.html

Zurimendi, A. (2022). Acceso a la prueba y passing-on en la aplicación privada del derecho de la competencia. Dins A, Robles i A, Zurimendi (Ed.), Estudios de la red académica de defensa de la competencia (RADC). Aranzadi.