

LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Helmut BROKELMANN

Socio, Martínez Lage & Asociados

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) la jurisdicción civil ya no sólo será competente, como hasta ahora, para aplicar directamente —es decir, sin mediar un pronunciamiento previo de la Administración— los arts. 81 y 82 CE, sino también los futuros arts. 1 y 2 de la nueva LDC (actualmente arts. 1 y 6). Así lo prevé la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia al disponer que «de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley».

Aunque la redacción podría ser mejorable, lo adecuado hubiera sido modificar la letra *f)* del art. 86 ter.2 LOPJ para ampliar la jurisdicción de los juzgados de lo mercantil también a los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, debe entenderse que esta disposición convierte los arts. 1 y 2 LDC en directamente aplicables por los juzgados de lo mercantil, sin que sea exigible la declaración en vía administra-

tiva de la existencia de una infracción de estas normas. Quedará, por tanto, derogado el actual art. 13.2 LDC que supedita cualquier acción de resarcimiento de daños y perjuicios a la anterior declaración firme en vía administrativa de la existencia de un ilícito *antitrust*.

El objetivo de este artículo es analizar algunas cuestiones que las acciones de indemnización de daños y perjuicios pueden suscitar en la práctica ante estas nuevas posibilidades procesales así como los condicionamientos que, para aquellas acciones fundadas en los arts. 81 y 82 CE, se derivan del ordenamiento comunitario.

2. LA ACCIÓN DE DAÑOS EN EL MARCO DEL ART. 13.2 LDC

En las acciones de indemnización de daños y perjuicios que hasta ahora se han planteado en aplicación exclusiva de los arts. 1 y 6 LDC (sin recurrir paralelamente a los arts. 81 y 82 CE), la labor del juez civil era un tanto limitada, por cuanto se circunscribía a cuantificar los daños, dado que la resolución (firme) del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y, en su caso, las posteriores sentencias de lo contencioso-administrativo que la confirmaban, ya establecían los demás requisitos que conforme al art. 1.902 del Código Civil deben concurrir para fundamentar la acción de resarcimiento.

A modo de ejemplo, en la acción indemnizatoria ejercitada por Antena 3TV contra la LNFP por los daños sufridos por la conducta abusiva que el TDC imputó a esta última en su resolución de 1993¹, la sentencia de 7 de junio de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid declara que lo preceptuado en el art. 13.2 LDC debe combinarse con los requisitos que, respecto de la acción por responsabilidad extracontractual, establece el art. 1.902 del Código Civil. En cuanto a la existencia de la acción ilícita y culposa, el Juzgado asume la declaración de la conducta anticompetitiva ya realizada por las autoridades judiciales (AN y TS) y administrativas (TDC), declarando a tal efecto que:

«Sin entrar a analizar los motivos que llevaron al Tribunal de Defensa de la Competencia, así como a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, a declarar que las actuaciones denunciadas eran contrarias a la libre competencia, no obstante combinando lo señalado en las mismas con lo preceptuado en el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia *llevaría a estimar la existencia de la acción culposa determinante del nacimiento de la responsabilidad*. En efecto, interpretando literalmente la norma, como exige el art. 3 del Código Civil, puede observarse que *bastaría*, en principio, *la declaración de ilicitud del*

¹ Expte. 319/92, *Fútbol por TV*, Resolución del TDC de 10 de junio de 1993.

acto para que aquel que se considere perjudicado pueda ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. (...). Por tanto, la condena de la LNFP en aquella instancia, lleva a estimar a los efectos de juzgar en ésta, que ha cometido una acción culposa de la que Antena 3 tiene la consideración de perjudicado a los efectos de lo prevenido en el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia» (FD Segundo, la cursiva es nuestra).

Tras considerar acreditados todos estos requisitos del art. 1.902 CC, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia versa casi exclusivamente sobre la cuantificación del daño y, en particular, del lucro cesante alegado por Antena 3 TV debido a los ingresos publicitarios que había dejado de ingresar por no disponer de las imágenes de los partidos de fútbol de Liga y Copa.

3. LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Es previsible que bajo la nueva LDC los pleitos de reclamación de daños por infracción de la normativa de competencia se desarrollen de manera distinta a como venían celebrándose en el marco del actual art. 13.2, como así lo demuestra alguna sentencia en la que se han invocado los arts. 81 y 82 CE directamente ante un juzgado de lo mercantil para fundamentar una reclamación de daños, sin que mediara un pronunciamiento previo del TDC o de la Comisión Europea. Esta posibilidad, que en rigor siempre debiera haber existido desde que el TJCE confirmara el efecto directo de las normas de competencia en la sentencia *BRT/Sabam I* de 1974², no fue reconocida por la jurisprudencia³ hasta que el art. 6 del Reglamento (CE) 1/2003 estableciera expresamente la aplicabilidad directa de estas normas comunitarias por el juez nacional. Sólo entonces el legislador decidió modificar la LOPJ⁴, para introducir un nuevo art. 86 ter, cuya letra *f*) habilita expresamente a los juzgados de lo mercantil para aplicar los arts. 81 y 82 CE y, a partir de la entrada en vigor de la nueva LDC, también los arts. 1 y 2 de la misma.

² As. 127/73, *BRT/SABAM I*, Rec. p. 313.

³ Según la jurisprudencia CAMPSA del Tribunal Supremo (STS de 30 de diciembre de 1993, núm. 1262/1993; doctrina confirmada en la STS de 4 de noviembre de 1999, núm. 908/1999), los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil carecerían de competencia para conocer de una demanda fundada, a título principal, en una violación de las normas de la competencia, puesto que los órganos administrativos —ya sea la Comisión o el TDC— disponen de competencias privativas para conocer de dichas materias. En nuestra opinión, esta jurisprudencia siempre ha sido contraria al efecto directo de los arts. 82 y 81.1 CE reconocido en la jurisprudencia del TJCE anteriormente citada, por impedir que los particulares invoquen los derechos que estas disposiciones del Tratado les confieren ante el juez nacional y desconocer que éste queda obligado a tutelarlos en virtud de su efecto directo.

⁴ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, BOE núm. 164/2003, de 10 de julio de 2003.

No es éste el lugar para analizar los numerosos e interesantes problemas procesales que suscita la aplicación judicial de las normas de competencia, pero sí queremos plantear la cuestión de la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil para conocer de las reclamaciones de daños por infracción de las normas de competencia. En realidad, la acción de indemnización de daños y perjuicios está basada exclusivamente en el art. 1.902 del Código Civil, siendo la infracción de las normas de competencia sólo uno de los requisitos que deben concurrir, lo cual podría abogar por la jurisdicción de los juzgados de lo civil. En este sentido, el art. 13.2 de la todavía vigente LDC establece que «el régimen sustantivo y procesal de la acción de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles», de las que las normas de competencia ciertamente no forman parte.

Curiosamente, la única sentencia que conocemos hasta la fecha de aplicación directa de las normas comunitarias de competencia por un juzgado de lo mercantil en el asunto *Conduit/Telefónica*⁵ no abarca esta cuestión, porque la acción de indemnización de daños no se fundamentó en el art. 1.902 CC, sino en el art. 18.5.^a de la Ley de Competencia Desleal (identificando como ilícito concurrencial el tipificado en el art. 15.2 de la misma e invocando el art. 82 CE como norma jurídica infringida). Conforme a la letra *a*) del art. 86 ter.2 LOPJ no cabe duda de que el conocimiento de esta acción de competencia desleal corresponde a los juzgados de lo mercantil.

Cuando la acción está basada en el art. 1.902 CE, sin embargo, la cuestión de la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil pone de manifiesto la ambigüedad de la redacción de la letra *f*) del art. 86 ter LOPJ, que se limita a encomendar a estos juzgados «los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea [y, en el futuro, también los arts. 1 y 2 LDC] y de su derecho derivado». Esta redacción suscita dos dudas. La «aplicación» de estas normas ¿abarca cualquier tipo de aplicación de las mismas, ya sea a título principal o incidental? ¿Y a cuál de estas dos categorías pertenecen las acciones de indemnización de daños por infracción de las normas de competencia?

En nuestra opinión, la necesidad de asegurar, en aras de la seguridad jurídica, una aplicación judicial coherente y uniforme de las normas de competencia, aboga por interpretar el art. 86 ter LOPJ en sentido amplio, posibilitando así que los juzgados de lo mercantil y las salas

⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005; confirmada en apelación por sentencia 73/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2006.

especializadas de las audiencias provinciales vayan creando un cuerpo jurisprudencial coherente. La propia exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, que introduce las citadas modificaciones en la LOPJ, se refiere expresamente a la necesidad de conseguir «más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica».

Por ello, la «aplicación» de dichas normas debiera abarcar tanto su aplicación a título principal —en las acciones de cesación o declaración de nulidad— como incidental, cuando las normas de competencia se invocan como excepción para oponerse a acciones de cumplimiento contractual o de indemnización por incumplimiento contractual. Con la salvedad de que en casos de aplicación incidental la competencia de los juzgados de lo mercantil sólo debiera darse si la resolución del pleito depende, al menos parcialmente, de la aplicación de las normas de competencia⁶. En nuestra opinión, la distinción que la citada sentencia CAMPSA del Tribunal Supremo realizaba entre aplicación principal e incidental carece de fundamento, porque en ambas categorías pueden suscitarse cuestiones de competencia determinantes para la resolución de un litigio, único criterio que debiera determinar la jurisdicción competente.

Frente a esta interpretación expansiva de la competencia de los juzgados de lo mercantil, sin embargo, la sección de la Audiencia Provincial de Madrid especializada en materia mercantil (Sección 28) está realizando una interpretación mucho más restrictiva de las disposiciones pertinentes de la LEC (arts. 73.1.1.º y 406.2 LEC), oponiéndose tanto a la acumulación de acciones como a la reconvencción cuando el juez de lo mercantil carece de competencia objetiva para conocer de alguna de las acciones si éstas se ejercitaran por separado⁷. Parece que en estos casos la solución pasa por plantear cada litigio ante el órgano jurisdiccional competente por razón de la materia y solicitar la suspensión del pleito civil por prejudicialidad civil conforme al art. 43 LEC, hasta que el juzgado de lo mercantil se haya pronunciado sobre la validez del contrato conforme a la normas de competencia.

En todo caso, en la distinción entre aplicación a título incidental o principal, entendemos que las acciones de indemnización de daños por infracción de las normas de competencia pertenecen a esta última cate-

⁶ Éste ha sido el criterio seguido en la legislación alemana (art. 87 GWB) desde una reforma introducida en 1998 para clarificar la anterior situación poco satisfactoria.

⁷ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia núm. 103/2006, de 6 de julio de 2006.

goría. Aunque sea cierto que la acción está fundamentada en el art. 1.902 CC, no lo es menos que el elemento determinante de la misma es la acción ilícita por infracción de dichas normas, siendo los demás requisitos comunes a cualquier acción de resarcimiento. Estas acciones tienen su razón de ser en la decisión del legislador —y de los órganos jurisprudenciales, en particular el TJCE, que las han interpretado— de que una infracción de las normas de competencia constituye un acto indemnizable. Por lo demás, la propia *ratio legis* del art. 86 ter LOPJ justifica que los juzgados de lo mercantil conozcan de las acciones de indemnización, puesto que sólo así se puede garantizar que la interpretación de las normas de competencia en estos litigios sea coherente con la aplicación judicial de las mismas en los demás litigios que competen a estos juzgados.

A este respecto, sería conveniente que el legislador corrigiera otra ambigüedad que suscita el art. 86 ter LOPJ. Tal y como parece desprenderse de una lectura conjunta del primer y segundo apartado del art. 86 ter, la jurisdicción de los juzgados de lo mercantil en primera instancia ni siquiera sería «exclusiva y excluyente» (como establece el primer apartado para las materias concursales), de modo que podría interpretarse que los juzgados ordinarios de lo civil también serían competentes para conocer de la aplicación de las normas de la competencia.

4. LAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. CUESTIONES MATERIALES

A) El importante papel del Derecho comunitario

En la famosa y pionera sentencia *Courage/Crehan*⁸ del año 2001, el Tribunal de Justicia sentó por primera vez el principio de que «la plena eficacia del art. 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la *posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia*. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacio-

⁸ As. C-453/99, *Courage/Crehan*, Rec. 2001 p. I-06297.

nales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad» (apdos. 26-27).

No obstante, la misma sentencia reconoce que «ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, *corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal* de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)» (apartado 29)⁹.

Del mismo modo, también corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación de los perjuicios sufridos por una práctica anticompetitiva¹⁰.

A pesar de la aparente «inhibición» en favor del Derecho nacional, a partir de la sentencia *Courage*, la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado una serie de pautas que deben respetarse en la articulación de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios en los Estados miembros. Aunque es cierto que estos requisitos sólo son aplicables cuando la acción de daños esté fundamentada en una infracción de los arts. 81 u 82 CE, no lo es menos que la amplitud con la que la jurisprudencia comunitaria suele definir el ámbito de aplicación de estas dos disposiciones —es decir, la generosidad con la que suele interpretar el criterio de afectación del comercio intracomunitario¹¹— hace que, en la práctica, la mayor parte de las infracciones contra las normas de competencia lo sean al mismo tiempo también contra los arts. 81 y 82 CE.

A ello contribuye igualmente el deber de aplicar los arts. 81 y 82 CE cuando las prácticas en cuestión «puedan afectar el comercio entre los Estados miembros», según dispone el art. 3.1 del Reglamento (CE) 1/2003. Dado que el art. 3.1 también obliga expresamente a los órganos

⁹ Ver igualmente la sentencia en el as. C-295/04 y 298/04, *Manfredi/Lloyd Adriático Assicurazioni SpA*, de 13 de julio de 2006, apartado 62.

¹⁰ *Manfredi*, *supra* nota 9, apartado 64.

¹¹ Conforme a la jurisprudencia del TJCE, «están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia todo acuerdo y toda práctica que pueda afectar a la libertad de comercio entre los Estados miembros de tal manera que puedan malograr la consecución de los objetivos de un mercado único, en particular aislando mercados nacionales o alterando la estructura de la competencia en el mercado común» (As. 22/78, *Hugin*, Rec. 1979, p. 1869, apartado 17).

jurisdiccionales nacionales, los arts. 81 y 82 CE incluso pueden entrar en juego aunque exista un pronunciamiento administrativo de la autoridad de competencia basado exclusivamente en las normas de la LDC. En efecto, nada impide que el juez que conozca de una —posterior o paralela— acción de daños aprecie, como ocurrió en el litigio que dio lugar a la sentencia *Manfredi*¹², que la práctica en cuestión afecta el comercio entre los Estados miembros, dando así entrada a los principios desarrollados por el TJCE sobre las acciones de daños por vía del art. 3.1 del Reglamento 1/2003.

De ahí que los principios desarrollados por el TJCE para este tipo de acciones proporcionen importantes pautas para la mayor parte de las acciones de resarcimiento de daños por infracción de las normas de competencia.

B) Los requisitos del art. 1.902 CC

El régimen sustantivo de cualquier acción de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia se encuentra en el régimen común de responsabilidad civil extracontractual regulado en el art. 1.902 del Código Civil, según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

a) *El plazo de prescripción*

Como primer requisito formal el art. 1.968 CC fija el plazo de prescripción en un año «desde que lo supo el agraviado». A este respecto, el TJCE impuso en la ya citada sentencia *Manfredi* un límite a la autonomía de los Estados miembros en materia procesal al declarar que «Una norma nacional que establece que el plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización se computa a partir del *día en que comienza* el acuerdo o la práctica concertada podría hacer imposible en la práctica el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado por el acuerdo o práctica prohibidos, en particular cuando dicha norma nacional establezca también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse. En efecto, en tal situación, tratándose de infracciones continuadas o repetidas, nada impide que el plazo de prescripción *expire antes incluso de que haya terminado la infracción*, en cuyo caso a toda persona que haya sufrido un perjuicio posterior a la expira-

¹² *Supra*, nota 9.

ción del plazo de prescripción le será imposible interponer demanda» (apdos. 78-79).

El art. 1.968 CC está en plena sintonía con esta jurisprudencia por cuanto se interpreta en el sentido de que el plazo de un año se inicia cuando el perjudicado tuvo conocimiento de la existencia del daño y no cuando éste se produjo¹³. A la vista de que los perjudicados pueden tener un interés legítimo en que la autoridad administrativa se pronuncie sobre la existencia de una infracción de las normas de competencia antes de acudir a los tribunales para exigir indemnización de los daños causados, convendría aclarar en la nueva LDC que la sustanciación de un procedimiento administrativo interrumpe el plazo de prescripción del art. 1.968 CC.

b) Legitimación activa

Conforme a la sentencia *Manfredi* del TJCE, «el art. 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona [...], cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio»¹⁴.

En los casos de afectación del comercio intracomunitario, el fundamento de la legitimación se encuentra, por tanto, en las propias normas de prohibición, los arts. 81 y 82 CE, lo cual debiera ser extensible, una vez entre en vigor la nueva LDC, a los arts. 1 y 2 LDC, sin perjuicio de que hubiera sido deseable que el legislador codificara las acciones de daños por infracción de las normas de competencia en el texto de la nueva LDC, como así ocurre en otros Estados miembros.

Conforme a la jurisprudencia citada no existe limitación respecto del círculo de posibles perjudicados por una práctica anticompetitiva, de modo que además de las partes de un contrato contrario al art. 81 o de los clientes de suministradores involucrados en un cártel o de una empresa que haya abusado de su posición de dominio, también el consumidor final está legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una práctica anticompetitiva, como demuestra el caso *Manfredi*, en el que los demandantes de daños eran particulares que exigían que les fuera restituido el incremento en las primas del seguro pagado por ellos a causa de un cártel entre empresas aseguradoras. El art. 11 de nuestra LEC prevé incluso la posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios y los propios grupos de afec-

¹³ STS núm. 75/1998 (Sala de lo Civil) de 9 de febrero de 1998, RJ 1998/978.

¹⁴ *Manfredi*, *supra* nota 9, apdo. 61.

tados puedan estar legitimados colectivamente para defender sus intereses y derechos.

c) *Acción ilícita*

Aunque el art. 1.902 CC se refiera a cualquier «acción u omisión» que causa daño a otro, la jurisprudencia interpreta que para que exista una obligación de resarcimiento debe tratarse de un acto ilícito. En efecto, según el Tribunal Supremo, «[...] el principio básico culpabilístico que late en los artículos mil novecientos dos y mil novecientos tres [...] significa, como indeclinable presupuesto para imponer la reparación, *la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico, por vulneración de una norma, aun la más genérica (altarum non laedere), protectora del bien lesionado [...]»*¹⁵.

No plantea ninguna duda que cualquier infracción de las normas de competencia, nacionales o comunitarias, sea «antijurídica» en este sentido y que las normas de competencia tengan también por finalidad proteger a cualquier posible perjudicado, sea éste competidor, proveedor o cliente de la empresa infractora o incluso el consumidor final.

En el marco de la nueva LDC se plantea la interesante cuestión del grado de vinculación que para el juez de lo mercantil tenga un eventual pronunciamiento administrativo previo, que, sin ser necesario conforme a la nueva LDC, sí puede (y debiera) producirse en muchos casos. En efecto, la Disposición adicional segunda del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia prevé la introducción de una Disposición adicional quinta en la LEC, según la cual «los juzgados de lo mercantil podrán suspender el plazo para dictar sentencia hasta que recaiga la correspondiente resolución administrativa, mediante resolución motivada y previa audiencia de las partes, cuando para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo».

Podría decirse que esta disposición viene, en cierto modo, a «sustituir» el actual art. 13.2 LDC. En efecto, aunque desaparece la rígida prejudicialidad administrativa para las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, que demoraba innecesariamente el ejercicio de estas acciones, el Proyecto de Ley mantiene la potestad —facultativa— del juez de lo mercantil de suspender el procedimiento que en aplicación de las normas de competencia se esté sustanciando ante él, para recabar el pro-

¹⁵ STS de 12 de enero de 1998, RJ 1985/6039.

nunciamiento del órgano administrativo —la nueva CNC o la Comisión Europea— antes de dictar sentencia.

Esta facultad, que se extiende tanto a las acciones de indemnización de daños como a cualquier otra de aplicación de las normas de competencia, debe ser bienvenida, pues podría convertirse en el garante de que la aplicación judicial de la normativa de competencia sea coherente con la práctica de los órganos administrativos especializados en la materia, respetando así el principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 9.3 de la Constitución. A este respecto, siguen siendo válidas las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo en la sentencia CAMPSA, en la que el alto Tribunal señalaba que «la posibilidad de resoluciones contradictorias en materia de competencia entre las dimanantes de los órganos, jurisdiccionales o no, a los que se atribuye el conocimiento de sus normas reguladoras con carácter principal y las dictadas por los órganos jurisdiccionales que las aplican con carácter incidental, afectando a la seguridad jurídica, viene recogida en la sentencia [...] BRT/SABAM, siendo precisamente ese peligro el criterio que ha de seguir el órgano jurisdiccional ante el que se invoca la aplicación del Derecho de la competencia para acordar o no la suspensión del proceso, una vez iniciado el procedimiento por la Comisión»¹⁶. Con ello, el Tribunal identifica precisamente el problema que plantea el peligro de que se produzcan resoluciones contradictorias entre la Administración y los juzgados ordinarios haciendo suyo el razonamiento del TJCE, que en estos casos, sin embargo, no prescribe, como hiciera la sentencia CAMPSA, la inaplicabilidad de la norma comunitaria ante los órganos jurisdiccionales, sino la obligación de éstos de evitar resoluciones contradictorias, suspendiendo el procedimiento hasta que la Comisión se haya pronunciado y adaptando su resolución a dicho pronunciamiento.

En el nuevo régimen no está claro el grado de vinculación que el pronunciamiento administrativo tendrá para el juez de lo mercantil. Como hemos visto antes, hasta ahora la prejudicialidad administrativa del art. 13.2 LDC significaba que el juez de lo civil podía limitarse a constatar la existencia de una acción ilícita y culposa y en ocasiones incluso el nexo de causalidad entre dicha acción y el daño producido y ceñir su papel a determinar la cuantía del daño por la conducta anticompetitiva.

La nueva Disposición adicional quinta, sin embargo, parecería dejar más margen al juez, puesto que prevé que las partes del litigio podrán presentar alegaciones sobre la decisión administrativa y que el órgano

¹⁶ FD Cuarto. Con este razonamiento el TS descartaba que la imposibilidad de invocar las normas de competencia ante la jurisdicción civil pudiera violar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).

jurisdiccional valorará, a efectos de la decisión final, tanto la resolución administrativa como las alegaciones efectuadas por las partes. Esta facultad de valoración parece indicar que el juez de lo mercantil no estará vinculado por el pronunciamiento administrativo, sino que éste será un elemento que, aunque importante, no será el único en el que pueda basar su juicio sobre la existencia o no de una infracción de las normas de competencia.

Esta mayor libertad del juez y, por tanto, el mayor respeto a la independencia del poder judicial, parece intencionada, puesto que en el Anteproyecto (art. 18) todavía se preveía que «en caso de concurrencia de procedimientos administrativos y jurisdiccionales en aplicación de la presente Ley, los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes deberán evitar la adopción de decisiones contradictorias», facultando para ello al órgano jurisdiccional para suspender el proceso hasta que recayese una decisión definitiva del órgano administrativo conforme al art. 42.3 de la LEC. Esta disposición, sin embargo, prevé expresamente que «el tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial»¹⁷. Que el actual Proyecto haya abandonado esta referencia al art. 42.3 LEC sólo puede interpretarse en el sentido de que el juez de lo mercantil ya no estaría, conforme a la nueva redacción del precepto, vinculado por el pronunciamiento administrativo, ni tendría que aguardar la firmeza del mismo.

Ahora bien, aunque la nueva disposición omita decirlo, el juez nacional sí estará vinculado por un pronunciamiento previo de la Comisión Europea. En efecto, como norma general, los tribunales nacionales que apliquen los arts. 81 y 82 CE y/o alguna norma de Derecho derivado de aplicabilidad o efecto directo —en particular, los reglamentos comunitarios de exención por categoría y las decisiones de la Comisión adoptadas en aplicación de los arts. 81 y 82— están vinculados por la aplicación de los arts. 81 y 82 por la Comisión en un asunto concreto, con independencia de que los órganos jurisdiccionales nacionales estén aplicando dichas normas simultánea o posteriormente a la Comisión¹⁸. Esta

¹⁷ La Audiencia Provincial de Baleares (sentencia núm. 120/2003, de 21 de febrero de 2003) ya aplicó esta disposición en un caso en el que la parte demandante reclamaba el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por unos supuestos actos de competencia desleal de su competidora en paralelo con la tramitación de un expediente por los mismos hechos ante el TDC. Frente a la desestimación de la demanda en primera instancia sobre la base de que aún no se había producido el pronunciamiento del TDC sobre los mismos hechos (ni éste era firme como exige el art. 13.2 LDC), la Audiencia Provincial acordó, sobre la base del art. 42.3 LEC, la suspensión del procedimiento «hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta».

¹⁸ Ver los apdos. 8 y 11-14 de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (2004/C 101/04), *DOUE* C 101/54, de 27 de abril de 2004.

regla se desprende del art. 16.1 del Reglamento 1/2003 (que codifica la anterior jurisprudencia *Delimitis* y *Masterfoods*), que se refiere tanto al supuesto de que la Comisión ya haya adoptado una decisión, como a que la resolución judicial sea susceptible de entrar en conflicto con una «decisión prevista» por la Comisión en un procedimiento ya incoado. El art. 16.1 se refiere igualmente a la posible obligación de suspender el procedimiento nacional (y, en su caso, de adoptar medidas cautelares) para evitar resoluciones contradictorias y a la posibilidad (u obligación cuando se trate de un tribunal de última instancia o una cuestión de validez) de plantear una cuestión prejudicial conforme al art. 234 del Tratado en caso de duda sobre la interpretación de la normativa comunitaria. Cuando ya existe una decisión de la Comisión, la uniformidad en la aplicación de los arts. 81 y 82 CE está garantizada por el efecto obligatorio de esta decisión (art. 249.4 CE), pues los tribunales nacionales sólo podrían cuestionar su validez mediante una cuestión prejudicial —en este caso siempre obligatoria— al TJCE, que así preserva la aplicación e interpretación uniforme del Derecho comunitario, en este caso, de la decisión en cuestión¹⁹. Por su parte, la obligación del juez nacional de no adoptar resoluciones que potencialmente puedan entrar en conflicto con futuros pronunciamientos de la Comisión, se deriva del deber general de cooperación leal de los Estados miembros con las instituciones comunitarias que establece el art. 10 del Tratado así como del principio general de seguridad jurídica²⁰.

Así pues, parecería que los riesgos de que se produzcan resoluciones contradictorias en la aplicación paralela de los arts. 81 y 82 CE por parte de los juzgados de lo mercantil y los órganos administrativos especializados son mínimos en el caso de que intervenga la Comisión Europea, donde no cabe duda sobre los efectos obligatorios de la decisión de la Comisión en caso de conflicto, mientras que en el supuesto de suspensión del litigio hasta que la nueva CNC se haya pronunciado, el juez no estará estrictamente vinculado por la decisión administrativa, si bien ésta deberá tener un peso determinante en la resolución del litigio.

¹⁹ Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost/Hauptzollamt Luebeck-Ost*, 314/85, Rec. 1987, p. 4199. Ver sobre esta cuestión el análisis de la sentencia *Masterfoods* de F. CASTILLO DE LA TORRE, «Decisiones de la Comisión Europea en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia *Masterfoods*», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 213, mayo/junio, 2001, pp. 29-44.

²⁰ As. 234/89, *Delimitis/Henninger Braeu*, Rec. 1991, p. 935, apartado 47, y As. C-344/98, *Masterfoods/HB Ice cream*, Rec. 2000, p. I-11.369, apdos. 51 y 56-57.

d) *El requisito de culpabilidad*

El art. 1.902 requiere que intervenga «culpa o negligencia» del responsable de la infracción de las normas de competencia.

A este respecto, la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid en el asunto *Antena 3 TV/LNFP* señalaba que «bastaría, en principio, la declaración de ilicitud del acto para que aquel que se considere perjudicado pueda ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. (...). Por tanto, la condena de la LNFP en aquella instancia lleva a estimar, a los efectos de juzgar en ésta, que ha cometido una acción culposa [...]».

Aunque este pronunciamiento —que infiere la culpa de la existencia de una acción ilícita— se haya realizado en el marco del antiguo régimen del art. 13.2 LDC, en nuestra opinión, debiera ser extrapolable a la nueva situación de aplicación directa de las normas de competencia. En efecto, conforme a la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, cualquier infracción de los arts. 81 y 82 CE prácticamente puede presumirse culposa, puesto que siempre será, cuanto menos, negligente. Así, desde las sentencias *Belasco* y *Tipp-Ex* del TJCE²¹, es jurisprudencia constante que «para que una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia [...]»²².

Es más, frente a una alegación del infractor de haber actuado de buena fe por entender que su conducta estaba amparada por la normativa nacional, el TPI declaró en la sentencia *Martinelli* que «por lo que se refiere a la alegación relativa a las disposiciones del Código Civil italiano, procede añadir que una ley nacional no puede justificar un comportamiento prohibido por el Tratado. El que la demandante haya podido equivocarse a este respecto no obsta para que ésta debiera saber que su comportamiento restringía la competencia en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada»²³. Con ello, la jurisprudencia comunitaria parece excluir prácticamente cualquier posibilidad de exculpación por la comisión de un error de derecho, desde luego en los casos de cártel y abuso de posición de dominio.

²¹ As. 246/86, *Belasco y otros/Comisión*, Rec. p. 2117, apartado 41, y C-279/87, *Tipp-Ex/Comisión*, Rec. p. I-261.

²² T-145/89, *Baustahlgewerbe*, Rec. 1995, p. II-8417, apartado 150.

²³ T-150/89, *Martinelli/Comisión*, Rec. 1995, p. II-1165, apartado 38.

En este sentido, la Comisión infirió la intencionalidad de una conducta de la seriedad de la infracción cometida (intercambio de información sobre precios²⁴) y el Tribunal confirmó la multa impuesta a *United Brands* a pesar de que ésta no podía ser consciente de ocupar (con un mero 45 por 100 de cuota de mercado) una posición de dominio²⁵. Del mismo modo, el TJCE entendió que *Tipp-Ex* no pudo no ser consciente de que un sistema de protección territorial absoluta (una restricción vertical) constituía una restricción de la competencia y Michelin fue sancionada dos veces por implantar un sistema de descuentos de fidelidad, en el primer caso aunque éste no se correspondía con los descuentos anteriormente condenados en *Hoffmann-La Roche* y en el segundo a pesar de que el nuevo sistema se ajustaba a las exigencias de la sentencia *Michelin I*²⁶.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia comunitaria parece dejar poco margen para la comisión de un error de derecho no culpable, en nuestra opinión sí pueden darse supuestos en los que la empresa infractora ni siquiera haya actuado con negligencia. Especialmente en el marco del nuevo sistema de excepción legal —donde ya no se puede reprochar a la empresa infractora no haber notificado la práctica en cuestión²⁷— no cabe excluir que una empresa pueda alegar justificadamente que no incurrió en culpa por entender que la práctica se ajustaba a los requisitos del tercer apartado del art. 81 CE.

Por otra parte, existen precedentes en los que la Comisión no impuso sanción o redujo el importe de la misma —y, por tanto, no apreciaba culpa— por lo novedoso de la conducta infractora²⁸. También el propio TJCE declaró en la sentencia *CIF* que la existencia de una ley nacional que imponía una práctica restrictiva de la competencia debía considerarse como «causa justificativa que exime a las empresas implicadas de todas las consecuencias que se derivan de la infracción de los arts. 81 CE y 82 CE»²⁹.

En definitiva, aunque en muchos casos podrá inferirse la culpa de la empresa infractora de la propia comisión de una infracción a las normas

²⁴ Decisión de la Comisión 99/210, de 14 de octubre de 1998, *British Sugar*, DOCE L 76/1, de 22 de marzo de 1999.

²⁵ As. 27/76, *United Brands/Comisión*, Rec. 1978 p. 207.

²⁶ As. 322/81, *Michelin/Comisión*, Rec. 1983, p. 3461, y as. T-203/01, *Michelin/Comisión*, Rec. 2003, p. II-4071.

²⁷ Ver la sentencia *Martinelli*, *supra* nota 23, apartado 37.

²⁸ As. C-62/86, *AKZO/Comisión*, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 163.

²⁹ As. C-198/01, *CIF/Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato*, Rec. 2003, p. I-8055 y Decisiones 93/738, *CNSD*, de 30 de junio de 1993, DOCE L 203/27 y 95/188, *COAPI*, de 30 de enero de 1995, DOCE L 122/37.

de competencia, habrá circunstancias —especialmente en el caso de acuerdos potencialmente amparados en el art. 81.3 CE— en las que las empresas afectadas no hayan incurrido en negligencia al violar la normativa de competencia.

e) *El nexo de causalidad*

En cuanto al requisito de causalidad entre la acción ilícita y el daño, el Tribunal Supremo viene adoptando lo que se ha denominado una «postura realista», es decir, un criterio de sometimiento a las circunstancias de cada caso concreto, huyendo de lo que algunas sentencias califican como «exclusivismo doctrinal». No obstante, el Tribunal Supremo recurre con frecuencia a la doctrina de la «causalidad adecuada»³⁰: «Para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad: debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados: y debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se valora como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido».

Por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado³¹ que no son suficientes «las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación —añade la sentencia— no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba..., pues el cómo y el por qué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso».

En el ámbito concreto de las acciones de resarcimiento por infracción de las normas de competencia, en muchos casos el requisito de causalidad ya queda acreditado por la existencia de la infracción de dichas

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de 27 de septiembre de 1993, RJ 1993/6746.

³¹ STS núm. 400/1994 (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 1994, RJ 1994/2944.

normas, para cuya prueba normalmente será necesario demostrar que la práctica o conducta en cuestión tiene efectos restrictivos de la competencia en el mercado. Es cierto que para violar las normas de competencia puede ser suficiente acreditar que la práctica en cuestión tiene por objeto restringir la competencia. Del mismo modo, en el caso de una conducta abusiva, no es siempre necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados, siendo suficiente, según la jurisprudencia más reciente del TPI³², que el comportamiento abusivo tienda a restringir la competencia o, en otras palabras, que el comportamiento puede tener tal efecto.

Aunque estas infracciones de las normas de competencia sean las más graves, paradójicamente, en estos casos sería necesario demostrar por separado la concurrencia del requisito de causalidad, lo cual podría incluso, *de lege ferenda*, abogar en favor de una inversión de la carga de la prueba en las infracciones más severas de las normas de competencia —cárteles y abusos de posición de dominio.

f) *El daño*

Conforme al art. 1.106 CC, «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor [...]». La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta esta norma en el sentido de que «la entidad del resarcimiento (según lo proclama el art. 1.106 del Código Civil), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo; en igual sentido se manifiesta la sentencia de 13 abril 1987 (RJ 1987/2706), citada en la de 28 abril 1992 (RJ 1992/4466), al decir que no existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma»³³.

³² Asunto T-219/99, *British Airways/Comisión*, Rec. 2003, II-5917, apartado 293.

³³ STS de 2 de abril de 1997, RJ 1997/2727.

Una primera cuestión que se nos plantea respecto de los daños reconocidos en el art. 1.106 CC es si en el mismo tendría cabida la denominada *passing-on defence*, según la cual un intermediario en la cadena de distribución no puede reclamar daños de un cártel, dado que normalmente no habrá sufrido ningún perjuicio al haber repercutido el sobreprecio por él pagado a sus clientes. Relacionado con este problema está la cuestión de si un «comprador indirecto» —es decir, aquel que adquirió bienes a una empresa que a su vez las había adquirido a un miembro de un cártel, repercutiendo dicho sobreprecio al «comprador indirecto»— puede reclamar daños. Aunque no tenemos constancia de que esta doctrina ya haya tenido aplicación en España, consideramos que podría tener cabida en nuestro ordenamiento, puesto que, en rigor, se trata de un mero razonamiento de causalidad o realidad del daño sufrido. Sin embargo, en el Derecho comparado la tendencia es la de abolir legislativamente la posibilidad de recurrir a la figura del *passing-on*, como así ha ocurrido en Alemania, donde la última reforma de la Ley de Competencia (GWB) establece expresamente que no se excluye la existencia de un daño porque la mercancía o el servicio en cuestión hayan sido revendidos a un tercero (art. 33.3).

El propio art. 1.106 CC establece que la indemnización no puede limitarse al daño emergente causado al perjudicado por una infracción a las normas de competencia, sino que debe englobar igualmente el lucro cesante. En nuestra experiencia son los daños restituidos bajo este último concepto los que más relevancia cobran en la práctica, al menos cuando se trata de prácticas excluyentes que perjudican a otro competidor. Cuando, en cambio, es el consumidor final el que reclama indemnización a los miembros de un cártel o a una empresa que haya explotado su posición de dominio (p.ej. por aplicación de precios excesivos o discriminatorios), normalmente sólo podrá reclamar el daño emergente.

Sobre la indemnización del lucro cesante, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4629) afirma «que principio básico de la determinación de lucro cesante es la que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; y añade esta sentencia que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1.106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener. Y la sentencia de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5662), citada en la anterior, señala que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente

para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico».

Este alcance de la indemnización de los daños causados por infracciones a las normas de competencia se encuentra en perfecta sintonía con los criterios que a este respecto establece la jurisprudencia comunitaria, según la cual, una vez más, «ante la inexistencia de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad»³⁴. Según la misma sentencia, «[p]or otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses» (apdo. 95).

Como explica el Tribunal, «la exclusión total, en concepto de daño reparable, del lucro cesante no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, ya que, especialmente en materia de litigios de carácter económico o mercantil, tal exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar en la práctica la reparación del daño (véanse las sentencias *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 87, y de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft* y *otros*, C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727, apartado 91)» (apartado 96).

En línea con esta jurisprudencia y aunque se tratara de una acción fundamentada exclusivamente en la infracción de las normas de competencia de la LDC, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4, de Madrid, señaló que «de conformidad con el art. 1.106 del Código Civil (...) la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; precepto este que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, ha interpretado ampliamente la jurisprudencia».

En cuanto al pago de intereses, según la misma sentencia del TJCE, «su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización» (apartado 97).

³⁴ Sentencia *Manfredi*, *supra* nota 9, apartado 92.

Por otra parte, el Derecho comunitario no se opone a que los tribunales nacionales velen porque la indemnización por infracción de los arts. 81 y 82 CE no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios. Esta posibilidad se planteó en el ya citado asunto *Courage/Crehan*, en el que el TJCE reconoció que el Derecho comunitario no se opone a que «el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto, conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado (véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. p. 101, apartado 10), un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado»³⁵. El principio de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (y el de *in pari turpitudine nemo auditur*) también está reconocido en nuestro ordenamiento (art. 1.305 CC) para excluir una reclamación por enriquecimiento sin causa, aunque no una acción de resarcimiento de daños en virtud del art. 1.902 CC.

Otro aspecto importante en la cuantificación del daño puede ser el deber del perjudicado de mitigar el mismo. Aunque el TJCE no haya desarrollado dicha obligación en su jurisprudencia sobre la indemnización en caso de infracción de las normas de competencia, sino en sus sentencias relativas a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario, el recurso a estas últimas en las sentencias sobre indemnización de daños³⁶ demuestra que los principios allí desarrollados son extrapolables a las acciones civiles de resarcimiento. Según la famosa sentencia *Brasserie du Pêcheur* del TJCE, «[...] para determinar el perjuicio indemnizable, el Juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. En efecto, según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola»³⁷.

³⁵ Sentencias *Courage*, *supra* nota 8, apartado 31, y *Manfredi*, *supra* nota 9, apartado 94.

³⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia *Manfredi*, *supra* nota 9, apartado 96, respecto de la necesidad de que el daño reparable incluya el lucro cesante.

³⁷ As. 46/93 y 48/93, *Brasserie du Pêcheur/Alemania*, Rec. 1996, p. I-1029, apdos. 84-84.

Finalmente, y aunque por el momento carezca de relevancia en nuestro ordenamiento, la sentencia *Manfredi* (apartado 93) deja claro que el Derecho comunitario permite que el Derecho nacional conceda indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en caso de violación de las normas de competencia, siempre que éstas sean igualmente aplicables a las infracciones de los arts. 81 y 82 CE (principio de equivalencia).

En la práctica, y así lo demuestran las primeras experiencias en los pleitos de daños que se han sustanciado ante los tribunales en los asuntos *Antena 3 TV/LNFP* y *Conduit/Telefónica*, la cuantificación de los daños es una tarea nada fácil que el juzgador realizará a partir de los informes periciales aportados por las partes y, en su caso, del informe pericial judicial. En palabras del Tribunal Supremo, «en el art. 1.902 del CC no se contiene ninguna norma o regla secundaria relativa a la valoración del daño, siendo doctrina reiterada de esta Sala [...] que la fijación cuantitativa de los daños corresponde hacerla al juzgador de instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes» y «la apreciación del daño a indemnizar, en su existencia y alcance, es “cuestión de hecho” reservada única y exclusivamente al Tribunal de instancia»³⁸.

Ello no obstante, y dada la complejidad que en muchos casos supone cuantificar los daños y perjuicios causados por una práctica anticompetitiva, especialmente cuando se trata de calcular el lucro cesante por una práctica o conducta excluyente, los estudios económicos están llamados a jugar un papel importante en estas cuestiones.

5. CONCLUSIONES

Aunque en las cuestiones prejudiciales hasta ahora planteadas al TJCE en relación con acciones de indemnización de daños y perjuicios por infracción de las normas comunitarias de competencia, éste haya recordado reiteradamente que ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes, configurar la regulación procesal de los recursos judiciales y regular las modalidades de ejercicio de este derecho, esta inhibición de la jurisprudencia comunitaria en favor del Derecho interno sólo es aparente.

³⁸ STS núm. 479/1995 (Sala de lo Civil), de 22 de mayo de 1995, RJ 1995/4088, y STS núm. 604/1996, de 18 de julio de 1996, RJ 1996/5893.

En efecto, el TJCE ha desarrollado toda una serie de pautas que los Estados miembros y, en particular, los jueces nacionales, deben respetar en la articulación de este tipo de acciones para no contravenir los principios de equivalencia y efectividad, cuyo respeto exige la jurisprudencia del TJCE. Estos requisitos llegan desde cuestiones materiales, como el alcance del daño indemnizable—que necesariamente debe incluir también el lucro cesante—, hasta cuestiones como el plazo de prescripción o la legitimación activa de los damnificados, que se encuentra fundada directamente en los arts. 81 y 82 CE.

Estos principios desarrollados por el TJCE probablemente sigan siendo de aplicación en la inmensa mayoría de los casos cuando entre en vigor la nueva Ley de Defensa de la Competencia y los juzgados de lo mercantil también tengan encomendada la aplicación directa, junto con los arts. 81 y 82 CE, de los arts. 1 y 2 de la futura LDC. En efecto, puesto que el art. 3.1 del Reglamento (CE) 1/2003 obliga tanto a autoridades de competencia como a jueces a aplicar los arts. 81 y 82 CE cuando las prácticas en cuestión «puedan afectar el comercio entre los Estados miembros», es previsible que los principios desarrollados por la jurisprudencia comunitaria, aunque sólo sean exigibles en las acciones de resarcimiento basadas en los arts. 81 o 82 CE, sean aplicables en la gran mayoría de los casos, puesto que, por lo general, las normas comunitarias serán de aplicación paralela junto con las correspondientes disposiciones del ordenamiento interno.

Creemos por ello que la jurisprudencia comunitaria está llamada a seguir desempeñando un papel importante en el desarrollo de estas acciones, cuya articulación en los juzgados no ha hecho más que empezar.