

Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA_P

El Real Decreto Ley 9/2017, transposición de la Directiva comunitaria 2014/104, no sólo ha producido una reforma de fondo de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que también incorpora soluciones originales frente al régimen común del Derecho de daños. En este trabajo me ocupo en exclusiva de las cuestiones relativas a la solidaridad entre infractores.

1. Solidaridad

(1) Se dispone en el Real Decreto Ley 9/2017 la responsabilidad solidaria de las empresas que «hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia» (art. 73.1 LDC), con las excepciones previstas para las pymes en los apartados 2 y 3 de este precepto. Aunque la ley española no lo dice —porque se sobreentiende que es un término que se corresponde con el del Derecho común de las obligaciones—, *responder solidariamente* significa que «cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada» (art. 11.1 Directiva 2014/104). Las infracciones competenciales ya producidas antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2017 no estarán sujetas al régimen de solidaridad propio de la nueva ley (disp. trans. 1.^ª.1 RDL).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

2. Infracción conjunta

(2) «Infringir de forma conjunta» es un supuesto comprensible en el Derecho de cárteles, porque se requiere al menos la práctica concertada de las empresas infractoras. Pero, en una situación de abuso de posición de dominio, la infracción conjunta sólo es imaginable en el ejercicio conjunto de una posición de dominio concertada o situación similar. En otro caso, si existen diversos dañantes contractuales o extracontractuales que no actúen «conjuntamente», la responsabilidad solidaria tendrá que sustentarse en el Derecho común de daños y no se aplicará la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), porque no basta en el artículo 73 «concurrir» al daño, sino actuar «conjuntamente» en la producción de la infracción. La solidaridad no proviene —como en otros supuestos de pluralidad en el daño— de la indeterminación de la fuente del daño, sino del hecho mismo de que todo cártel constituye una conducta concertada para la producción de un ilícito.

(3) «De forma conjunta» no equivale a exigir que la contribución de cada infractor al daño sea indeterminada o que no se pueda aislar el sujeto al que se imputa el daño. Por definición, esta indeterminación no existe en un cártel, ya que cada comprador sabe a quién compró con sobrecoste y sabe que ese daño no se lo causó el coinfractor fabricante de un producto que él no compró. Si el actor compró a AA, es seguro que el daño no se lo causó el coinfractor BB. Es cierto que la infracción la cometieron todos, pero no el daño, que, siendo de naturaleza contractual, sólo puede haber sido causado por el proveedor que empieza la cadena de comercialización del producto.

3. Follow on/stand alone claims

(4) La responsabilidad solidaria de los diversos integrantes del cártel no está condicionada a que todos los demandados hayan sido condenados previamente por una autoridad de la competencia (*follow on claims*) o que ninguno de ellos lo haya sido aún (*stand alone claims*). Se puede postular una responsabilidad solidaria entre infractores ya condenados por una autoridad de competencia (*cf.* art. 75) y sujetos cuya responsabilidad en la infracción conjunta tendrá que determinarse en el propio proceso en el que se reclama la responsabilidad solidaria porque no han sido destinatarios de la resolución administrativa sancionadora. Si se demanda a varios infractores (declarados ya o presuntos), la acumulación procesal estará bien hecha; otra cosa es, por supuesto, que el actor tendrá que probar en este caso último «sin red» la comisión de la infracción más la causación de daño más la cuantificación de éste por parte de quien no ha sido condenado administrativamente, mientras que en una *follow on* sólo tendrá que probarse —y con las restricciones del artículo 76.2— la cuantificación del daño, dadas las reglas probatorias favorables al actor que se contienen en los artículos 75 y 76.3 de la ley. Digo que en estas acciones *follow on* tendrá que probarse la cuantificación del daño porque es muy probable que la decisión administrativa nacional o comunitaria sancionatoria del cártel se abstenga de afirmar (por falta de pruebas) que ha existido daño o, más frecuente, que no haya practicado la cuantificación del daño producido a compradores o proveedores del cártel.

(5) Puede uno preguntarse qué interés puede tener un sujeto en demandar a empresas que no hayan sido destinatarias de la decisión administrativa condenatoria del cártel. Y, en verdad, aquel sujeto puede tener mucho interés en hacerlo, por ejemplo, para atraer la competencia al foro de su domicilio o del domicilio del pretendido coinfractor y arrastrar a ella a quienes están domiciliados fuera de la jurisdicción del actor [art. 8 (1) Reglamento UE Bruselas I; *cfr.* STJUE C-352/13, 2015, *Peroxide*, nn. 15-33], o para conseguir que se aplique a todos los demandados la ley material del foro (domicilio del actor y del demandado «nacional», *cfr.* *Peroxide*, nn. 52-56) en las condiciones del artículo 6.3b del Reglamento UE Roma II, un interesante *forum & legem shopping* si el actor busca, por ejemplo, la legislación más benevolente en lo relativo a los plazos de prescripción.

4. Solidaridad impropia

(6) La *solidaridad* establecida por el artículo 73.1 de la ley sigue siendo una *solidaridad impropia*. Históricamente se ha venido llamado tal en la jurisprudencia a aquella forma de *solidaridad* que no nacía de «ley o de contrato», sino que era directamente fundada en la sentencia de condena a la *solidaridad*, por ejemplo, porque en la responsabilidad extracontractual o en la responsabilidad por ruina no había podido individualizarse el agente causante del daño (*cfr.* STS de 14 de marzo del 2003). La cuestión cambió de perspectiva cuando el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) creó una especie de responsabilidad legal solidaria (si bien sujeta a un presupuesto fáctico de incertidumbre causal). En buena teoría, y dado su fundamento legal, esta responsabilidad ya no podría seguir llamándose *impropia*. Sin embargo, y con acierto, la jurisprudencia sigue denominándola de este modo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio del 2017), a pesar de la existencia de base legal, así como también viene denominando *impropia* la responsabilidad solidaria entre asegurado y asegurador de responsabilidad civil, que en este caso necesariamente precisa de un contrato (STS de 15 de septiembre del 2017).

(7) La responsabilidad por daños competenciales conjuntos es también una responsabilidad *impropia*. Y lo es toda aquella que no haya sido fundada entre las partes dañantes por un instrumento contractual previo a la producción de la infracción o daño relevante. No importa que la ley sea la que establece la *solidaridad* si para que así resulte finalmente declarada es preciso un doble pronunciamiento de autoridad: primero, que el conjunto de los sujetos constituyan un cártel (ellos no habían pactado con antelación que su responsabilidad, caso de ser descubierta, sería solidaria) y, segundo, que hayan infringido de forma «conjunta». La *solidaridad* es *impropia*, pues, cuando nace directamente de la sentencia de condena (SSTS de 17 de junio del 2002, de 21 de octubre del 2002 y de 16 de enero del 2006).

(8) La cuestión de la *impropiedad* de la *solidaridad* sólo tiene importancia práctica en un extremo, aunque bien relevante, a saber, la jurisprudencia sostiene que el artículo 1974 del Código Civil (CC) no se aplica en casos de *solidaridad impropia* cuando la prescripción de la acción se interrumpió frente a uno(s), pero no frente a otro(s), deudores solidarios. En otras palabras,

(8) la reclamación extrajudicial hecha a un miembro (o pretendido miembro) de un cártel no interrumpirá la prescripción quinquenal a efectos del artículo 74 de la ley frente a otros sujetos no reclamados, *al menos mientras no quepa presumir que eran sabedores de aquella interrupción* (test éste que en la praxis no suele llevar a resultados favorables al actor: SSTS de 16 de enero del 2015, de 20 de mayo del 2015, de 17 de septiembre del 2015 —tres sentencias— y SAP Granada de 6 de febrero del 2015).

(9) Por esta razón, lo dispuesto en el artículo 74.4 no es excepcional. Según la norma, el inicio de un proceso de mediación contra uno de los legitimados pasivos sólo interrumpirá la prescripción «en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución judicial de la controversia». Pero esto es así en cualquier clase de interrupción de la prescripción, incluso en la reclamación judicial. No cabe una interpretación *contrario sensu* del artículo 74.4.

5. Beneficiario de exención de multa en programa de clemencia

(10) Según el artículo 73.4, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia sólo serán responsables solidarios a) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos (*v. gr.*, compradores en el primero o sucesivos niveles de la cadena de distribución) y b) ante «otras partes perjudicadas» sólo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción competencial. El sentido de la norma no es claro (tampoco el considerando 38 de la directiva), como pasamos a probar.

(11) Un sujeto sólo responde *solidariamente* con otro si responde del daño causado *por ese otro* o *por no se sabe quién*. Quien responde de los daños competenciales que ha causado a su propio comprador o a otro comprador de la cadena —la ley da por supuesto que en este segundo caso se mantiene la relación de causalidad de la conducta infractora (arts. 78 y 79)— no está respondiendo «solidariamente» porque responde por el daño que él mismo ha causado; serán en su caso los otros fabricantes los que respondan solidariamente con él de esta clase de daños. Por tanto, el supuesto de la letra a del artículo 73.4 no puede existir porque, si sólo responde ante sus propios compradores (directos o indirectos), no está por este concepto respondiendo «solidariamente». Sólo cabría hablar de solidaridad si el beneficiado por la exención también respondiese del daño causado a quien compró a otro integrante del cártel, cosa que la letra a niega que pueda ocurrir. La norma vendría a decir con malas palabras una cosa que, por demás, es importante decir: que la exención en el programa de clemencia no exonera de los daños causados por el beneficiado.

(12) Lo que importa, pues, es la regla b: sólo responde «ante otras partes perjudicadas» cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas. Estas otras partes son, parece, los compradores y subcompradores y los proveedores de otro fabricante incurso en el cártel o incluso el comprador o subcomprador de otro fabricante *no incurso en el cártel*, pero que se beneficie igualmente de la subida de precios causada por el cártel (el llamado *umbrella*

(12) *effect*¹). Pero no sólo en estos casos; el beneficiado sólo responde «solidariamente», aunque con subsidiaridad («sólo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción competencial»), también frente a otros sujetos afectados por el cártel en otra cadena de producción, pero que *ni son compradores, subcompradores ni proveedores*. Ejemplo de la letra b: el fabricante AA que responde «solidariamente» de los daños sufridos por cargadores de transporte que tuvieron que pagar más caro por alquilar camiones de la flota vendida a un transportista que los adquirió del fabricante BB: este cargador no es comprador ni proveedor del cártel.

(13) Parece que nos queda una laguna por rellenar. Es el caso del fabricante AA, incurso en el cártel, y los daños causados al cargador de transporte o al viajero de autobús que tuvieron que pagar más caros los servicios al transportista que compró el vehículo con sobrecoste a AA; aquéllos no son, obsérvese, compradores ni proveedores. Desde luego, el fabricante AA no responderá ante estos cargadores o viajeros «solidariamente» porque el daño que éstos sufren sería daño causado personalmente por AA. Otra cosa distinta es si respecto de estas «restantes partes» puede predicarse una relación de causalidad suficiente respecto de AA. Esto no está resuelto ni en la directiva ni en la ley española, por más amplia que parezca la fórmula del artículo 72.1 («Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio»), porque en estos casos todavía habrá que discutir si estos daños laterales son objetivamente imputables al fabricante AA. Sobre este tema no me pronunciaré ahora.

(14) Repárese en la singularidad de la «responsabilidad solidaria pero subsidiaria» del artículo 73.4b.

6. Acción de regreso

(15) Según el artículo 73.5, el infractor que paga la deuda solidaria tiene acción de regreso contra el resto de los infractores en una cuantía resultante de su «responsabilidad relativa por el perjuicio causado». Una vez más, la expresión es incorrecta. El «perjuicio» sufrido a consecuencia de un cártel de precio por un comprador aguas abajo (casi) siempre ha sido producido identificadamente por un miembro del cártel, al menos mientras nos mantengamos en los dominios del daño contractual (compradores, proveedores y sus causahabientes). Vamos a tomar como ejemplo base el del «cártel de los camiones», resuelto por la Decisión de la Comisión de la Unión Europea el 19 de julio del 2016. El perjuicio producido a quien compró al fabricante AA lo ha causado enteramente este fabricante, sin concurrencia alguna del fabricante BB. En consecuencia, el reparto proporcional se hará en función del grado de responsabilidad *en la infracción administrativa*, que puede ser inferior o superior al daño real que este infractor haya causado efectivamente². Ello

¹ En relación con el *umbrella effect* interpretan el artículo 11 (4) b de la directiva LLIANOS, DAVIS y NEBBIA en: *Damages Claims for the Infringement of the EU Competition Law*, 2015, pág. 49.

² Los criterios ejemplificativos utilizados en el considerando 37 de la directiva no pueden ser determinantes de la concurrencia al perjuicio (civil), sino, a lo sumo, a la infracción y a su sanción.

(15) equivale a sostener que no existirá posibilidad real de vía de regreso cuando la responsabilidad solidaria de varios haya nacido de un proceso *stand alone* y la sentencia no haya «distribuido» la parte imputable en la infracción competencial.

(16) La norma no soluciona la cuestión (no era tampoco su cometido) de si el infractor que pagó puede subrogarse contra los coinfractores en los derechos que contra ellos correspondían al actor, dañado por el ilícito competencial. Y es claro que no se subroga, pues de otra forma el dañante pagador podría a su vez regresar solidariamente contra el resto de los coinfractores.

(17) Obsérvese que el regreso no se puede condicionar a que el pagador haya satisfecho *toda la deuda* resultante del cártel, porque la cifra de responsabilidad es tan indeterminada *a priori* como el número de posibles sujetos afectados por el sobrecoste del cártel y de potenciales demandantes.

(18) El párrafo segundo del artículo 73.5 es un galimatías. El supuesto es el siguiente. Un miembro del cártel ha pagado y ejerce el regreso contra uno que es beneficiario de exención de multa en el marco de un programa de clemencia. En estas condiciones, este último sujeto sólo responde en vía de regreso hasta la cifra del daño causado (*por él*) a sus propios compradores o proveedores directos e indirectos. La norma debería aplicarse con independencia de si son los compradores o proveedores del beneficiario de la clemencia los que han demandado y obtenido satisfacción del miembro del cártel que ejerce la vía de regreso. Es decir, aunque los compradores de la cadena AA hayan sido indemnizados por el fabricante BB y el fabricante AA sea el beneficiario del programa de clemencia, cabría la acción de regreso con este límite. Pero, a poco que se piense, la hipótesis es imposible: si los compradores o proveedores de la cadena AA (beneficiaria de la exención) no han sido indemnizados por el fabricante de la cadena BB, no se podrá saber ordinariamente cuáles son los daños sufridos por los compradores o proveedores de la cadena AA, que es la cifra máxima de reembolso contra el fabricante AA en vía de regreso.

(19) Pero la norma sigue: «cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores [infractores distintos, parece, del beneficiario de la exención], el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio». La norma es impenetrable porque podría referirse a los compradores directos del infractor demandado BB, que no lo son del infractor AA que a su vez es beneficiario de la exención; pero también es probable que la cosa se refiera al daño causado por BB en la cadena BB a sujetos (*v. gr.*, cargadores de transporte, viajeros transportados en autobús, etc.) distintos de los proveedores y compradores de BB, es decir, cuando el fabricante BB haya tenido que indemnizar a cualquiera que no sea proveedor o comprador suyo. En estos casos, la responsabilidad en vía de regreso se limita por la «responsabilidad relativa por dicho perjuicio». Y retorna con ello la incertidumbre porque AA no tiene parte alguna en el perjuicio causado a sujetos dañados

- (19) en la cadena de comercialización BB; podrá tener parte en la responsabilidad en la comisión de la infracción competencial, cosa que sólo podrá saberse si la resolución administrativa lo ha declarado antes de eximirle de la multa correspondiente.

7. Transacciones individuales

- (20) Según el artículo 77.1 de la ley, el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que le ocasionó la infracción del Derecho de la competencia. Como se trata de codeudores solidarios, cabían en rigor cuatro soluciones: o bien la transacción comporta una excepción extintiva general de la deuda originaria de todos los coinfractores (art. 1146 CC, *cfr.* STS de 18 de junio del 2017), teniendo el infractor que transige vía de regreso contra los demás por la «parte» correspondiente a éstos en la suma pagada (o por la parte en el «perjuicio», mayor o menor que aquélla); o bien la transacción con uno de los infractores produce excepción personal de éste, que los otros podrán utilizar para reducir la deuda global (frente al actor) «en la parte en que (el codeudor que transige) fuese responsable» (art. 1148 CC); o bien la transacción produce los efectos del pago parcial y los coinfractores podrán deducir de su deuda indemnizatoria lo que ya haya pagado el deudor que transigió; o bien, finalmente, podría establecerse que ningún coinfractor puede alegar en todo o en parte la transacción ajena, pero que tiene un derecho incondicional de regreso proporcional. La segunda es la solución por la que opta el artículo 77.1, y obsérvese que la transacción no disminuye la deuda global en la *cantidad transigida y pagada* por el codeudor solidario (que es lo que postula la solución virtual tercera que hemos expuesto), sino en la proporción (mayor o menor que el precio pagado por el arreglo) que este codeudor tuviera en la infracción, que se tendrá que determinar por su proporción en la multa global —¡lo que no se podrá saber acaso si se beneficia de la exención de multa en un programa de clemencia!—. Tampoco puede ser, contra lo que quiere la norma, «la parte proporcional en el perjuicio», sino más bien la parte «en la infracción», porque —como se ha explicado ya— el perjuicio sufrido por un agente de mercado siempre ha sido producido por un sobre coste atribuible *enteramente* al miembro del cártel con el que contrató él o su vendedor.

- (21) Según el artículo 77.2, los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante; se trata de los otros infractores, que han tenido que pagar al actor (transigente con un infractor) el resto de la deuda, descontada la indemnización ya recibida por vía de transacción. La norma no tiene claro sentido porque, si la transacción fue comunicada al resto de los infractores, éstos la pudieron oponer *pro parte* conforme al artículo 1148 del Código Civil, sin regreso. Y, si no fue notificada a los otros y uno de ellos paga «todo», es justo que tenga regreso contra el infractor que transigió, como la tendría de no haber existido transacción (art. 1146 CC). Mas, efectivamente, eso es lo que ocurre porque la transacción no ha tenido de hecho ninguna influencia en la vía de regreso, pues se regresa siempre por «la parte proporcional» que el deudor que transige hubiera tenido en el «perjuicio», haya o no transacción.

(22) El artículo 77.2 tiene también otro alcance: si uno de los infractores beneficiados regresa contra los otros, y otro de los codeudores es insolvente, el codeudor que transigió no tendría que acudir a la cobertura proporcional de la insolvencia, como es lo propio en la responsabilidad solidaria.

(23) A tenor de lo dispuesto en el apartado 77.3, *no obstante lo dispuesto en el apartado anterior (?)*, cuando los coinfractores que no hubiesen alcanzado un acuerdo extrajudicial no pudieran pagar la indemnización restante, la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario. Se trata de una norma excepcional dentro del régimen de la solidaridad, pues lo justo es que el codeudor que transigió y pagó pudiera alegar esta excepción por el todo de la deuda cuando vuelve a ser reclamado. Con todo, la posibilidad de pactar en contrario reduce mucho la singularidad de esta norma.

(24) Finalmente, según el artículo 77.4, «al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo». Pero ¿quién es el «coinfractor respectivo»? Este coinfractor que soporta la vía de regreso no debería ser el coinfractor que llegó a un acuerdo transaccional, porque este caso ya está previsto en el artículo 77.2, sino un tercer infractor que tampoco transigió. Pero tampoco se explica así bien la norma porque el infractor que no transigió y pagó, o pudo alegar la transacción hecha por otro deudor, o no pudo por desconocerlo. Si pudo y no la opuso, el tercer coinfractor, que soporta el regreso, puede oponer esa misma excepción en vía de regreso al coinfractor que pagó; si no pudo oponerla por no conocerla, no se afecta de ninguna manera su regreso contra el coinfractor que transigió ni contra otros terceros coinfractores.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Íñigo Igartua

Socio, Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 74 00
iigartua@ga-p.com

Miguel Troncoso

Socio director, Bruselas
Tel.: 32 (0) 2 231 12 20
mtroncoso@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.