

Derecho de la Competencia

Sobre la responsabilidad solidaria de los agentes en los supuestos de falseamiento de la competencia por actos desleales

Se niega que en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid puedan aplicarse la solidaridad propia del régimen de daños competenciales y el Derecho común de la solidaridad impropia entre los causantes de un daño.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28.ª, 161/2002, de 14 de marzo

La actora era asociada de la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA), que presentó una denuncia contra una serie de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS o las «mutuas» en adelante), entre las que se encontraba la demandada. Tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo y los recursos judiciales instados contra él, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de marzo del 2014 declaraba probado que dichas mutuas habían realizado una serie de actuaciones conjuntas que habían distorsionado gravemente la competencia en el mercado

de los servicios de prevención consistentes en la utilización de recursos propios de la Seguridad Social para su estructura, de recursos con cargo a cuotas para su funcionamiento y de información privilegiada de las empresas, así como en la oferta de tarifa por debajo del coste real. Estas actuaciones determinaron un detrimento de la posición competitiva de las empresas competidoras entre las que se encontraba la actora. Por lo tanto, la sentencia del Tribunal Supremo declaró la comisión de la infracción prevista en el artículo 7 (hoy 3) de la Ley de Defensa de la Competencia, «falseamiento de la libre competencia por actos desleales», manifestando expresamente que esta declaración era un paso previo para una eventual acción indemnizatoria en la vía civil.

Diagnóstico y Control de Salud Laboral, S. L., demanda a Fremap (una de las mutuas condenadas) la indemnización del daño sufrido por la primera como consecuencia de la práctica condenada. Plantea la parte demandante la responsabilidad conjunta y solidaria de la demandada por el ilícito antitrust. Así, la actora indica que, en materia de daños por el ilícito antitrust, tanto la jurisprudencia nacional como la Directiva 2014/104/UE y la Ley de Defensa de la Competencia actual declaran la responsabilidad conjunta y solidaria. Además, nos encontraríamos ante un supuesto de solidaridad impropia en la que no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid estimó que se podía aplicar el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) como «principio general» y que en cualquier caso la responsabilidad solidaria de Fremap venía impuesta por la doctrina jurisprudencial de la solidaridad impropia.

2. El régimen de solidaridad pasiva específico de ilícitos competenciales

Cuando se aplica la Directiva 2014/104, *responsabilidad solidaria* significa que cada uno de los sujetos que forman parte del cártel o de la práctica abusiva puede ser condenado a satisfacer todo el daño que sufra cualquiera de los sujetos pasivos afectados por la conducta prohibida (art. 11.1). El que ha sido demandado y condenado, puede seguir siendo demandado y condenado, incluso por quien no tuvo relación contractual con él. Puede ser obligado a pagar todo el daño de todos y cada uno de los afectados.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (FD 36.^º), aunque por razón temporal no es aplicable el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia, «no es

menos cierto que en el mismo se establece un principio general que debe inspirar y presidir la resolución de controversias en esta materia», de donde infiere la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores.

Esta analogía retrospectiva es incorrecta ya a nivel de simple literalidad. Es notorio que el Real Decreto Ley 7/2007 pretendió la implementación de la Directiva 2014/104, que a su vez determinaba su ámbito de aplicación a los supuestos de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Es decir, a acuerdos restrictivos (cárteles) y a prácticas de abuso de posición dominante. El Derecho de la Unión no conoce un tercer ilícito competencial parecido al artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia y no puede entenderse incluido en el sistema de responsabilidad de la directiva. Esto es algo que resulta en España paladinamente del artículo 71.1a de dicha ley, que expresamente excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de falseamiento de la competencia por actos desleales.

Claro que se puede reargüir en contrario que la cuestión de la cobertura del régimen especial es indiferente, porque (FD 33.^º) «además nos encontramos ante un supuesto de solidaridad impropia en la que no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades». Permítasenos que sobre este extremo nos pronunciemos luego, sin cortar el hilo de la argumentación derivada del régimen de responsabilidad competencial de la directiva y del Real Decreto Ley 7/2007.

«Además nos encontramos», sostiene la sentencia. Pero este «además» es impropio. La responsabilidad solidaria conjunta de la Directiva y de la LCD Ley de Defensa de la Competencia no puede ser al mismo tiempo una responsabilidad por solidaridad impropia. Y no ya porque la solidaridad esté impuesta

por ley, sino porque en el Derecho de la competencia se responde solidariamente, *aunque se sepa quién causó el daño a quién*, como en efecto se sabe siempre, porque no puede haber duda de quién compró y quién vendió. Por definición, aunque se dé una situación de incertidumbre en cuanto a la producción y alcance de los daños, no se da incertidumbre alguna sobre quién hizo qué cosa a quién otro. No existe incertidumbre causal. Y no es por incertidumbre causal que, por ejemplo, en el *cártel de los camiones*, un comprador de un camión Daimler demande a Iveco (con quien no tiene relación), sino porque la norma dice que Iveco responde también frente a los compradores de Daimler.

Repárese en el sistema de responsabilidad solidaria competencial del artículo 73.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Como primer dato reseñable, tiene un fundamento legal. No se hubiera podido llegar a él por la aplicación directa del régimen común de la responsabilidad solidaria impropia. En efecto, tengamos presente que lo singular de este régimen de la Directiva y de la Ley de Defensa de la Competencia no es en sí la solidaridad, sino el hecho de que cada infractor responda o pueda responder por una fracción de daño que claramente no tiene relación causal con la conducta de este cartelista. En efecto, el cartelista A responde también frente a los compradores y proveedores del cartelista B, que es quien les cobró sobreprecio (art. 78) o de otra forma les produjo daño. Esta afirmación no requiere mayor explicación y se infiere a contrario del artículo 73.4.

3. Diferencias con la solidaridad impropia

Esto nunca ocurre en un sistema de solidaridad impropia. Si cien automóviles en la ciudad han atropellado a cien peatones el día *n*, el automovilista que atropelló a Pedro no puede ser condenado por el daño de Juan. Y, si

se diera el caso de que existen automovilistas 1, 2, 3, 4, 5 y peatones *a, b, c, d, e*, y no se supiera quién atropelló a quién, es notorio que el dañado *d* no puede demandar solidariamente por todo su daño al automovilista que le parezca más solvente.

Para hablar de solidaridad es preciso que haya una pluralidad de sujetos (al menos dos) en la posición pasiva de responsabilidad. Pero, en la Directiva y en la Ley de Defensa de la Competencia, estos infractores plurales no responden por ser plurales ni por una suerte de solidaridad impropia, sino porque *actúan conjuntamente*, cometen en común un ilícito anticompetencial que es previo al daño singular. Es por eso, sólo por eso, por lo que son castigados por un sistema de responsabilidad cuasi punitiva. Están siendo *sancionados* por medio de un sistema de responsabilidad civil. Por eso, el infractor demandado puede responder más allá del límite de su daño probado; por eso, el infractor que es demandado en vía de regreso no puede oponer tampoco que él no tiene imputación causal con el daño que se le reclama. El infractor pagador puede repetir siempre, y el «importe de la contribución» (art. 73.5) no se determina en función de su contribución causal efectiva.

Hay otra particularidad relevantísima del sistema de responsabilidad solidario del régimen antitrust. Observemos que, tanto en el régimen de cárteles como en el de abuso «conjunto» de una posición de dominio, los infractores están necesariamente relacionados por contrato, al menos (recuérdese el *passing on*, art. 79) con los sujetos afectados en el primer (y normalmente único) nivel de la cadena: sus compradores, sus proveedores. En el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se aprecia aún más claro que el horizonte de responsabilidad se determina subjetivamente por la existencia

de contratos relacionales entre afectados e infractores.

No se trata de afirmar aquí que la responsabilidad del régimen especial es contractual. Se trata de que un contrato es preciso en todo caso, siquiera *prima facie*, para delimitar lo que se puede llamar el *scope of liability*, la clase de sujetos que pueden considerarse *causalmente afectados* por el ilícito competencial. Si nadie compra camiones cartelizados, no puede existir daño, aunque la directiva presuma el daño. Porque antes de toda presunción tiene que darse la existencia de un colectivo, pequeño o grande, de *afectados contractualmente*.

Finalmente, el régimen de responsabilidad solidaria de la Directiva, como otros muchos sistemas legales (no el del artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación —LOE—) impone una solidaridad pasiva *ya de partida*, y no como consecuencia de la incertidumbre causal sobre el resultado o la contribución respectiva. La solidaridad nace en este caso de la ley, no de la sentencia.

Con lo dicho se revela cuán impropio es buscar una analogía retrospectiva fundada en la Directiva 2014/104. Mucho más importante, cuán inapropiado es siquiera proponer un sistema común de solidaridad impropia.

4. Improcedencia de la solidaridad impropia

Las veintisiete mutuas condenadas por infracción competencial del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia no estaban vinculadas por un cártel ni por una actuación conjunta de posición de dominio. No lo sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^ª, y con eso basta. No hay, pues, una actuación conjunta, una práctica concertada, una conducta convergente conscientemente. Es decir, no se está ya incurriendo en un ilícito

competencial antes mismo de que se proceda a actuar en el tráfico privado. Cada mutua realizaba por su cuenta y manera «actos de competencia desleal». Cada una de las veintisiete realizaba sus propios actos.

«Arriba», pues, los agentes no convergían en el ilícito. «Abajo», los afectados carecían de relación bilateral específica con una de las veintisiete mutuas. El «daño», si alguno, es «puramente económico», porque no se lesiona un derecho contractual ni un interés de indemnidad en la propiedad, integridad física, etc. Ya por principio un daño de esta clase, si es difuso, no debería ser indemnizado por falta de imputación objetiva, por exceder de la *scope of liability*. Pero lo que importa ahora es que en tales condiciones no puede aplicarse el régimen de solidaridad impropia.

Si cada uno realiza su conducta, no puede existir una *fuerza causal única* cuya autoría haya que atribuir. No hay cuotas en la causalidad, no hay cuotas en el daño. Claro es, empero, que se podría proponer que el sistema de responsabilidad por solidaridad impropia no sólo se aplicara a actos conjuntos, sino también a actos independientes convergentes en la producción de *un daño*, en unas circunstancias tales (reza la doctrina) que no se pueda determinar qué curso causal fue relevante para producir este *daño* o no se sepa cuánto contribuyeron los distintos cursos causales autónomos en la producción de *este daño*.

Lo anterior puede ser cierto, pero con dos importantes matizaciones.

Primera, los cursos causales alternativos que la ley y la jurisprudencia singularizan como casos de responsabilidad impropia (*v. gr.*, además de los legales [por ejemplo, art. 17.3 LOE, art. 267 LSC, etc.], la responsabilidad por ruina, la responsabilidad por daños derivados

de la caza, la responsabilidad entre coproductores, la responsabilidad personal propia junto a la responsabilidad subsidiaria del principal, etc.) se producen siempre en un *contexto de acción única o al menos convergente*. En nuestro caso no existe esta convergencia, no existe un punto que sirva para una unificación inicial del contexto subjetivo de la solidaridad impropia. Tiene que existir un punto de comunidad o convergencia de acción para que el sacrificio que comporta la solidaridad esté justificado.

Segundo, y más importante, la consideración del dañado. Para que existan causalidades convergentes, tiene que existir *un dañado*. El daño que se liquida es el del afectado A, al cual pueden haber contribuido diversos cursos causales autónomos. Si 1 daña a A y 2 daña a B, no hay convergencia. Se dirá, en contra, que si no se sabe si el daño de A fue causado por 1 o 2 ni si el daño de B fue causado por 1 o 2, regiría el principio de solidaridad impropia. No es cierto. El principio de solidaridad impropia no puede servir para eso y hay que construir otra teoría. Se prueba sin más aumentando el número de sujetos: cien dañados, sin conexión entre ellos; cien dañantes, sin conexión entre ellos *ni con los dañantes*: es claro que no es posible que cada uno de los cien dañados demande, por ejemplo, a M, y sólo a M, acaso porque es el bolsillo más profundo entre los dañantes. El sistema no funciona aquí con la solidaridad impropia, sino, a lo sumo, con un régimen de responsabilidad civil dividida y mancomunada *en función de las cuotas de mercado*.

La cuestión es evidente en otro contexto más conocido: la responsabilidad medioambiental. Existe una pluralidad (incluso no determinable) de fuentes de contaminación, existe una pluralidad de operadores afectados física o económicamente por la contaminación. En la contaminación dañosa difusa ocurre

como en nuestro caso: no hay contrato que delimite el contexto relacional, que seleccione la pluralidad subjetiva. Es evidente que un dañado no puede demandar a un dañante a su arbitrio. De ser así, cualquier sujeto enfermo de enfermedades respiratorias podría demandar a cualquier automovilista por su contribución, mucha o poca, a la inmisión de dióxido de carbono en el ambiente.

No está muy claro qué condiciones impone la jurisprudencia para que pueda hablarse de una responsabilidad solidaria impropia o responsabilidad *in solidum*, pero resulta claro que se trata de una solidaridad *procesal*, *creada en el momento mismo en que la sentencia impone la responsabilidad «solidaria» a uno o varios* (STS de 17 de junio del 2002, RJ 2002\5223).

Para que un sistema de solidaridad impropia pueda funcionar con equidad, es preciso, bien que en las conductas activas haya cuando menos una convergencia identificada, bien que, si no la hay, al menos una norma con rango de ley establezca una solidaridad *prima facie*. Si no hay actividad conjunta o no hay norma de solidaridad *prima facie*, y como la solidaridad impropia *nace de la sentencia* (como repetidamente repite el Tribunal Supremo), la solidaridad no puede ser el presupuesto del proceso, sino su consecuencia. Esto es, antes de que sea condenado en virtud de la solidaridad impropia, el sujeto «elegido» por el actor no puede ser considerado ya, y antes de la sentencia, codeudor solidario. Es evidente, el efecto no puede preceder a la causa. *Para que se determine ya en el pleito una situación de solidaridad impropia, tienen que estar las veintisiete mutuas en el pleito o existir un texto legal como para los cárteles*. Porque de otra manera no se puede demandar a Fremap por todo el daño de cualquier entidad de previsión; ni tan siquiera por el daño sufrido por la conducta específica

de Fremap porque, sin solidaridad impropia, cosa que en el proceso no existe, no podrá determinarse tal cosa. Se verá que el resultado es una trampa: con tales condiciones y requerimientos probatorios y con un solo demandado en el proceso, es claro que *nunca se podrá dar la prueba* que evite la solidaridad impropia. Esto es, basta con que haya una pluralidad activa difusa para que caiga sobre cada uno de sus miembros la némesis de tener que responder sólo por los daños de cualquiera.

Es por esta razón por la que la jurisprudencia constante sostiene desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo del 2003 (RJ 2003\3645) que el artículo 1974.1 del Código Civil no es aplicable a la solidaridad impropia. Y no hay ningún misterio en ello. Quien eventualmente podrá ser condenado luego como codeudor solidario impropio, no puede ser afectado en su derecho a prescribir por la existencia de reclamaciones judiciales o extrajudiciales anteriores a esa sentencia de condena, porque *antes de la condena no era codeudor solidario*. ¿Cómo pudo entonces *ser demandado como codeudor solidario*?

5. Por encima de todo, la equidad de las soluciones

No ya por Derecho, sino por la equidad más obvia, *no puede aceptarse* que cada una

de las entidades de prevención demande a Fremap por todo el daño que cada una de ellas pueda haber sufrido. Sólo por el hecho de que Fremap sea el «bolsillo profundo», la cosa no puede ocurrir así. Tengamos presente que en el presente ni tan siquiera existe el alivio de equidad de la directiva, que permite la acción de regreso sin que el nuevo demandado pueda hacer valer que él no es causante ni responsable del daño. Pero si Fremap paga a todas y cada una de las entidades presuntamente afectadas, no se podrá resarcir en términos prácticos del resto de las mutuas, porque en vía de regreso no hay solidaridad y porque Fremap *nunca podrá probar que las otras mutuas sean causantes del daño por el que ella ha pagado*, salvo que se estableciera un sistema de responsabilidad por cuota de mercado, que nunca se ha puesto en práctica en la jurisprudencia española.

En consecuencia, se aboca a un sistema perverso: el bolsillo profundo siempre será considerado como deudor solidario para pagar todo el daño de todos, pero el bolsillo profundo no se podrá encontrar nunca en situación de hecho o de derecho que le permita reembolsarse parcialmente del resto de los agentes. El bolsillo profundo será demandado indefinidamente por uno y por otro y nunca podrá oponer, ni directamente ni en regreso, que ya ha pagado lo suficiente como para satisfacer la proporción correspondiente a su cuota de mercado.