

A protección dos cidadáns fronte aos danos causados por infraccións á libre competencia

La protección de los ciudadanos frente a los daños causados por infracciones a la libre competencia

The protection of citizens against damage caused by infringements of free competition



MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO

Doutora, profesora de Dereito Mercantil
mati.hernandez@gmail.com

Recibido: 13/11/2017 | 12/06/2018

Resumo: Este traballo fai unha aproximación ás principais novidades introducidas no ordenamento español polo Real decreto lei 9/2017, polo que se traspón en España a Directiva de danos por infraccións á libre competencia. A transposición da Directiva de danos ten por obxecto facilitarles aos particulares un mecanismo efectivo para reclamar fronte ás empresas polos danos que directa ou indirectamente puidesen sufrir como resultado dos comportamentos anticompetitivos desenvolvidos por aquelas. Asemade, o traballo analiza os aspectos problemáticos do exercicio da acción privada no dereito da competencia e a súa convivencia coa acción pública que corresponde ás autoridades de competencia.

Palabras clave: Defensa da competencia, libre competencia, interese público, interese privado, danos, resarcimento de danos.

Resumen: Este trabajo hace una aproximación a las principales novedades introducidas en el ordenamiento español por el Real decreto-ley 9/2017, por el que se transpone en España la Directiva de daños por infracciones a la libre competencia. La transposición de la Directiva de daños tiene por objeto facilitar a los particulares un mecanismo efectivo para reclamar frente a las empresas por los daños que directa o indirectamente pudieran sufrir como resultado de los comportamientos anticompetitivos desarrollados por aquellas. Al mismo tiempo, el trabajo analiza los aspectos problemáticos del ejercicio de la acción privada en el derecho de la competencia y su convivencia con la acción pública que corresponde a las autoridades de competencia.

Palabras clave: Defensa de la competencia, libre competencia, interés público, interés privado, daños, resarcimiento de daños.

Abstract: This document analyses the main developments introduced into the Spanish legal system by RD-Law 9/2017, which transposes EU Directive 2014/104/EU on actions for damages for competition law infringements. The transposition of the Directive 2014/104/EU has the purpose of facilitating the instruments for the citizens to make claims to companies for direct or indirect damages caused by their

anticompetitive behaviour. At the same time, the work analyses the problematic aspects of the exercise of private action in competition law and its coexistence with the public action, which corresponds to the competition authorities.

Key words: Protection of competition, free competition, public enforcement, private enforcement, damages, compensation for damages.

Sumario: 1 Introducción. Algunhas consideracións preliminares arredor da aplicación privada do dereito da competencia. 2 A regulación española da protección do interese individual fronte ás infraccións da libre competencia. 2.1 O dereito ao pleno resarcimento dos danos. 2.2 O dereito ao pleno resarcimento dos danos e a carga da proba. 2.3 Réxime de responsabilidade conxunta e solidaria dos infractores. 2.3.1 Principio xeral. 2.3.2 Excepcións ao principio de solidariedade dos infractores. 2.3.2.1 Excepción ás pemes. 2.3.2.2 Excepción para solicitantes do programa de clemencia aos que se lles concedese a inmunidade. 2.4 O exercicio da acción de resarcimento de danos por infracción do dereito da competencia. 3 Reflexión final. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN. ALGUNHAS CONSIDERACIÓNS PRELIMINARES ARREDOR DA APLICACIÓN PRIVADA DO DEREITO DA COMPETENCIA

As prácticas contrarias á libre competencia, entre as que se atopan as condutas colusorias¹ e os abusos de posición dominante², son actos prohibidos que realizan algunhas empresas no desenvolvemento da súa actividade no mercado, e son susceptibles de causar prexuízos en dous niveis: por unha banda, os comportamentos descritos na Lei de defensa da competencia³ (en diante, LDC) lesionan o interese xeral *public enforcement*, que persecue a existencia dunha competencia efectiva entre as empresas e que constitúe un dos elementos definitorios da economía de mercado en correspondencia co establecido no artigo 38 da Constitución española (en diante, CE)⁴ e; por outra, as condutas infractoras á libre competencia poden causar danos patrimoniais ao interese privado dos cidadáns, *private enforcement*, que actúan como consumidores no mercado, ou ao doutras empresas competidoras⁵.

É dicir, que se debe partir da existencia dun fin esencial que é defender e protexer a competencia nos mercados. Este propósito conséguese a través da plena coordinación da aplicación pública –réxime sancionador administrativo– e da aplicación privada –réxime de responsabilidade civil–. Por iso, as bases do control e a defensa da competencia son coincidentes e deben estar orientadas a minimizar os efectos dos comportamentos anticompetitivos das empresas nos mercados⁶.

A pesar diso, tradicionalmente a aplicación privada, *private enforcement*, das normas do dereito da competencia foi relegada a un segundo plano, debido a que tanto o lexislador europeo como o nacional desenvolveron un sistema de tutela que priorizou a aplicación pública do dereito da competencia por parte dos órganos da Administración⁷ a través dos correspondentes procedementos administrativos sancionadores, os cales están orientados principalmente á imposición de multas ás empresas infractoras⁸.

Non obstante, esta orientación maioritariamente administrativa sancionadora do dereito da competencia (europeo e nacional) non constitúe a negación da existencia dun dereito privado dos particulares –consumidores e empresas– para exercitar accións que lles permitan obter o resarcimento dos danos causados como consecuencia das prácticas anticompetitivas.

Malia que a tutela do dereito privado non recibise atención específica no ordenamento xurídico do dereito da competencia, foise desenvolvendo á marxe deste un sistema de protección dos intereses particulares nesta materia a partir das categorías xerais da responsabilidade civil.

Neste sentido, o resguardo ao interese privado fronte ás condutas infractoras á libre competencia tivo especial acollida no ámbito procesual, debido a que a nivel comunitario europeo se recoñeceu en sentido amplo –en canto ao seu alcance e lexitimación– un dereito á indemnización dos particulares fronte ás condutas infractoras.

Deste modo, púxose de manifesto na Sentenza do 20 de setembro de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*, C-436/1999, e na Sentenza do 13 de xullo de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, nas que o TXUE afirmou a aplicabilidade directa dos artigos 101 e 102 TFUE e a posibilidade de reclamar a súa infracción ante os tribunais europeos, coa reclamación de danos correspondente. En concreto, o TXUE recoñeceu que o dereito a reclamar danos derivados de condutas contrarias á competencia serve para fortalecer a aplicación das normas comunitarias de competencia, disuadir da realización de tales prácticas, ademais de contribuír ao mantemento da competencia efectiva na Unión Europea.

Así pois, a xurisprudencia do TXUE foi admitindo progresivamente que o contido dos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (en diante TFUE)⁹ producía efectos directos nas relacións entre particulares, e xeraban dereitos e obrigas que estes particulares podían facer valer fronte aos órganos xurisdiccionais nacionais. Polo tanto, de acordo co anterior, recoñécéuselles aos órganos xurisdiccionais nacionais unha función esencial na aplicación privada das normas sobre competencia, posto que ao pronunciarse sobre litixios entre particulares garanten os dereitos subxectivos que emanan do Dereito da Unión, mediante o resarcimento de danos e perdas ás vítimas de infraccións.

Así as cousas, o TXUE admite que a plena efectividade dos artigos 101 e 102 do TFUE exigen que calquera persoa poida reclamar ante os órganos xurisdiccionais nacionais o resarcimento dos danos e perdas causados por unha infracción destas disposicións, con independencia de que previamente existise ou non unha relación contractual directa entre o afectado e a empresa infractora, ou que se constate a comisión dunha infracción por parte dunha autoridade da competencia¹⁰. Así mesmo, o dereito ao resarcimento considerado no Dereito da Unión debe aplicarse igualmente ás infraccións dos artigos 101 e 102 do TFUE cometidas por empresas públicas e empresas titulares de dereitos especiais ou exclusivos dos Estados membros a teor do artigo 106 do TFUE.

En correspondencia cos pronunciamentos do TXUE, o *Libro verde sobre reparación de danos e perdas por incumprimento das normas comunitarias de defensa da competencia*, publicado pola Comisión Europea en decembro de 2005¹¹, eliminou o monopolio da Comisión sobre a aplicación do apartado 3 do artigo 101 en virtude do Regulamento CE núm. 1/2003¹². Esta idea viuse reforzada coa posterior publicación no *Libro branco sobre accións de danos e perdas por incumprimento das normas comunitarias de defensa da competencia*, de 2008¹³.

Como consecuencia da remisión da protección do interese privado aos ordenamentos nacionais, produciuse como efecto que os tribunais nacionais dos distintos Estados membros da Unión Europea ofrecen solucións dispares fronte ás accións de reclamación por danos¹⁴. Esta problemática centrou o interese da Comisión, preocupada en evitar que a falta de regulación uniforme en materia de exercicio privado do dereito da competencia puidese ter como efecto a busca da lexislación máis favorable para o exercicio das accións e que, ao mesmo tempo, puidese acabar prexudicando o desenvolvemento do programa comunitario e dos programas nacionais de clemencia¹⁵.

Todo o anterior desembocou na aprobación da Directiva 2014/104/UE¹⁶, do 26 de novembro de 2014, relativa a determinadas normas polas que se rexen as accións por danos en virtude do

Dereito nacional, por infraccións do dereito da competencia dos Estados membros e da Unión Europea (en diante, Directiva de danos)¹⁷. A directiva pretende harmonizar as lexislacións nacionais en materia de reclamación de danos mediante a codificación do acervo comunitario, para o cal establece determinadas normas necesarias para garantir que calquera persoa que sufrise un prexuízo ocasionado por algunha infracción do dereito da competencia por parte dunha empresa ou unha asociación de empresas poida exercer eficazmente o seu dereito a reclamar o pleno resarcimento do dito prexuízo causado pola empresa ou asociación¹⁸.

Non obstante, a directiva preocupouse tamén de asegurar manter o delicado equilibrio entre a efectividade do *private enforcement* e a continuidade do éxito dos programas de clemencia na loita contra as condutas colusorias das empresas ou cárteles. Os programas de clemencia e os procedementos de transacción son considerados pola directiva como instrumentos importantes para a aplicación pública do dereito da competencia da Unión, xa que contribúen á detección, á persecución eficiente e á imposición de sancións das infraccións máis graves do dereito da competencia.

En consecuencia, aínda que a directiva recoñece que os órganos xurisdicionais nacionais poden pedir en calquera momento, no contexto dunha acción por danos, a exhibición das probas preexistentes con independencia das actuacións dunha autoridade da competencia, exclúe da exhibición de probas os documentos autoincriminatorios facilitados polas empresas, que se presentan só para os efectos de cooperar coas autoridades da competencia. Esa limitación persegue evitar que as empresas se vexan disuadidas de cooperar coas autoridades da competencia no marco de programas de clemencia e procedementos de transacción¹⁹.

Deste xeito, a directiva fixa unha protección absoluta de confidencialidade sobre os documentos do programa de clemencia, que impide que os órganos xurisdicionais nacionais poidan ordenar a exhibición a unha parte ou a un terceiro das declaracións corporativas no marco dun programa de clemencia e das solicitudes de transacción, o que xerou dúbidas respecto a que o auténtico interese da directiva recaia en incentivar a aplicación privada do dereito da competencia en Europa, posto que parece máis ben un intento de protexer a acción pública, *public enforcement*, e, máis concretamente, a protección efectiva dos programas de clemencia²⁰.

A directiva tiña como data límite para a súa transposición o 27 de decembro de 2016; non obstante, en España a transposición da Directiva de danos aprobouse, fóra de prazo²¹, o pasado 26 de maio de 2017, mediante o Real decreto lei 9/2017, polo que se traspoñen directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre o desprazamento de traballadores²². Entre as directivas traspostas polo Real decreto lei 9/2017 atópase a Directiva 2014/104/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de novembro de 2014; coa dita transposición incorpóranse as normas de carácter substantivo da directiva na Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante, LDC)²³, mentres que as referentes a cuestións procesuais se engaden na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil (en diante, LAC)²⁴. Por último, no que respecta ás definicións recollidas na directiva, o Real decreto lei 9/2017 opta por modificar e ampliar a disposición adicional cuarta da LDC.

Para ter unha visión global desta nova lexislación, resulta necesario analizar a súa confluencia co obxectivo de avanzar no efecto disuasorio fronte ás condutas infractoras, mediante a acción pública e a acción privada no Dereito da competencia. Para iso deben formularse os aspectos máis problemáticos desta nova normativa e os cambios que implica a súa incorporación no ordenamento xurídico español.

2 A REGULACIÓN ESPAÑOLA DA PROTECCIÓN DO INTERESE INDIVIDUAL FRONTE ÁS INFRACCIÓN DA LIBRE COMPETENCIA

2.1 O dereito ao pleno resarcimento dos danos

Como adiantamos, coa transposición da Directiva de danos ao dereito nacional, a través do Real decreto lei 9/2017, incorpóranse á LDC once novos artigos (arts. 71 a 81), no novo título VI, os cales regulan a compensación dos danos causados polas prácticas restritivas da competencia. Ademais, modificouse a disposición adicional cuarta da LDC co fin de aclarar as definicións das condutas prohibidas para os efectos de interpretar o contido do título VI; a enumeración de definicións incluídas nesta disposición ten carácter exemplificativo; polo tanto, non se considera unha lista exhaustiva²⁵.

No que respecta á nova regulación do dereito a resarcimento por danos, o artigo 71 LDC considera como infracción do dereito da competencia toda infracción dos artigos 101 ou 102 do TFUE e aos artigos 1 ou 2 da LDC realizada polas empresas no mercado –condutas colusorias, abuso de posición dominante–. En consecuencia, recoñécese calquera persoa física ou xurídica que sufrise un prexuízo ocasionado por unha infracción do dereito da competencia, o dereito a reclamar o infractor e a obter o seu pleno resarcimento ante a xurisdición civil ordinaria (art. 72.1 LDC).

De acordo co contido da LDC, o pleno resarcimento debe consistir en devolver a persoa afectada á mesma situación na que tería estado de non terse cometido a infracción do dereito da competencia²⁶. Polo tanto, recoñécese que o dereito a obter un resarcimento comprende o dereito á indemnización polo dano emerxente e o lucro cesante, máis o pagamento dos xuros (art. 72.3 LDC). *A contrario sensu*, o pleno resarcimento non supón unha sobrecompensación por medio de indemnizacións punitivas, múltiples ou doutro tipo.

Polo tanto, o que se recoñece como dereito a resarcimento é en realidade o mínimo indemnizable, é dicir, que non se prevé a posibilidade de outorgar indemnizacións de carácter disuasorio ou punitivo. Todo iso a pesar de que no Libro verde xa se expuxo a conveniencia de dobrar os danos nos casos de cárteles ou, polo menos, de definir os danos en función do beneficio ilegal obtido polo infractor²⁷.

A razón pola que na LDC non se recolle unha protección máis ampla do dereito de resarcimento ten a súa orixe en que o establecemento da absorción das ganancias ou de danos punitivos foi expresamente rexeitado polo Parlamento Europeo²⁸, que en relación co contido do Libro verde sostivo que *“a indemnización que se lle recoñeza ao demandante debería ter carácter compensatorio e non debería exceder os danos (damnum emergens) e perdas (lucrum cessans) efectivamente sufridos, para evitar o enriquecemento inxusto”*. Polo tanto, eliminouse a posibilidade de incluír indemnizacións de carácter disuasorio, as cales xa non apareceron consideradas no Libro branco, que se limitou a sinalar que unha indemnización plena non debía conducir a un exceso de resarcimento, senón que o dereito ao pleno resarcimento recoñecido ao prexudicado debía incluír unicamente a indemnización do dano emerxente, o lucro cesante e o pagamento de xuros (art. 2.1)²⁹.

En definitiva, o dereito a resarcimento que recoñece a LDC aos particulares fronte a condutas infractoras da libre competencia resulta limitado, en especial se o comparamos coa regulación nacional doutros réximes especiais que prevén a absorción das ganancias ilícitamente obtidas polo causante do dano. Tal é o caso do disposto no artigo 43 da Lei 17/2001, do 7 de decembro, de marcas³⁰; artigo 74 da Lei 24/2015, do 24 de xullo, de patentes³¹; e o artigo 140 do

Real decreto legislativo 1/1996, do 12 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de propiedade intelectual, regularizando, aclarando e harmonizando as disposicións legais vixentes sobre a materia³².

Aínda que, é certo, nos supostos mencionados anteriormente, a función disuasoria ou punitiva ten unha maior xustificación que no caso dos danos que foron causados por infraccións do dereito da competencia xa que, a diferenza do que sucede con este, no dereito de marcas, de patentes e de propiedade intelectual as normas non contan cun mecanismo de aplicación pública da defensa do dereito, é dicir, que non existe un organismo público que actúe de oficio para perseguir e sancionar condutas infractoras. Ademais, non hai que perder de vista que os beneficios obtidos polo infractor non forman parte do dano, senón que constitúen un enriquecemento inxusto, de aí que, respecto aos dereitos de propiedade industrial e intelectual, ambas as dúas accións se regulen de forma separada, limitando a acción de enriquecemento inxusto aos casos nos que o acto ou práctica lesione unha posición xurídica amparada por un dereito de exclusiva ou outra de análogo contido.

Outro aspecto relevante a destacar respecto á regulación na LDC do dereito ao pleno resarcimento é que nesta non se fai mención sobre o cálculo dos xuros, malia que a directiva establece claramente que son un elemento esencial do resarcimento e que deben exixirse: *“O pagamento de xuros é un elemento esencial do resarcimento para reparar os danos e perdas sufridos tendo en conta o transcurso do tempo, e debe exixirse desde o momento en que aconteceu o dano ata aquel en que se aboe a indemnización, sen prexuízo de que no Dereito nacional eses xuros se cualifiquen de xuros compensatorios ou de demora, e de que se teña en conta o transcurso do tempo como categoría independente (xuro) ou como parte constitutiva da perda experimentada ou da perda de beneficios. Correspóndelles aos Estados membros establecer as normas que deban aplicarse para tal efecto”*. Ao contrario, se se recorre á norma xeral establecida no artigo 1100 do Código civil³³ (en diante, CC), os xuros exixibles polo afectado polo dano soamente se poderían computar desde o momento en que se exixa xudicialmente a compensación.

2.2 O dereito ao pleno resarcimento dos danos e a carga da proba

A carga da proba do dano, así como a súa cuantificación, corresponde á parte que alegue telo sufrido. É dicir, que a carga da proba dos danos e perdas sufridos recae sobre o demandante lexitimado, que conforme o disposto no artigo 72 LDC é calquera persoa –física ou xurídica– que sufrise un prexuízo.

Para as infraccións cometidas por cárteles –conduta colusoria– establécese unha presunción *iuris tantum*, que admite proba en contrario (art. 76 LDC). No caso dos prexudicados indirectos por esas prácticas de cártel, presúmese, tamén *iuris tantum*, que se lles repercutiu o sobrecusto por parte dos seus provedores que resultan ser prexudicados directos, sempre que se poida acreditar a existencia da infracción e do sobrecusto, e que realizaron compras aos prexudicados directos (art. 79.2 LDC).

É dicir, que o reclamante está na obriga de demostrar a existencia dunha relación directa ou indirecta co infractor e que, ademais, como consecuencia da conduta infractora, sufriu un dano na situación que tiña antes desta. No caso de que existise unha relación directa. Para probar a relación directa co infractor, será suficiente con achegar a proba das relacións comerciais mantidas con este (*v. gr.* contratos). No que respecta aos prexudicados indirectos, como pode ser o caso dos consumidores ou outros distribuidores, será necesario probar a existencia desa relación indirecta a través da cal se puido ver prexudicado pola conduta infractora.

Unha vez determinada esa relación, para que quede probada a existencia dun dano, tanto compradores directos como indirectos deben acreditar que a situación que tiñan tras o cártel era peor que a anterior a este, alegando calquera cambio nas condicións contractuais que ofrecían os cartelistas.

No que respecta á cuantificación do dano, cando non fose posible estimalo ou resultase excesivamente difícil baseándose nas probas dispoñibles, os órganos xurisdicionais terán a facultade de taxalo, para o cal poderán solicitarlle á CNMC información sobre os criterios para a cuantificación das indemnizacións.

Cabe destacar que a cuantificación do dano é unha das principais dificultades para a reclamación do resarcimento por infraccións ao dereito da competencia, que resulta especialmente difícil nos casos en que se trate de condutas ilícitas secretas, como son os cárteles entre competidores. Ao respecto, as modificacións á LAC consideran a inclusión dun novo incidente de exhibición de probas para poder sustentar a demanda, tal como se recolle no artigo 283 bis i) da LAC, que permite solicitar ante o tribunal a exhibición das probas contidas nun expediente dunha autoridade da competencia.

Así pois, a normativa atenúa a obriga do demandante respecto á proba da existencia dunha conduta ilícita; non obstante, resulta necesario que en calquera caso o demandante demostre a existencia dun dano e, ao mesmo tempo, o nexo causal entre a infracción e ese dano.

Asemade, o lexislador previu mecanismos para evitar o abuso das ferramentas para acceder ás fontes de proba, de modo que condiciona toda exhibición de probas á proporcionalidade da petición³⁴. Ademais, como mencionamos anteriormente, establécense límites ao acceso a documentos que figuran nos expedientes das autoridades de competencia, particularmente os que fan parte dos procedementos de solicitude de clemencia, nos que a prohibición ten carácter absoluto e que non serán admisibles ata que a autoridade da competencia dese por concluído o procedemento coa adopción dunha decisión ou doutro modo.

2.3 Réxime de responsabilidade conxunta e solidaria dos infractores

2.3.1 Principio xeral

De conformidade co disposto no artigo 71 da LDC, a responsabilidade xeral deriva da infracción do dereito da competencia, entendida como a comisión por parte dunha ou varias empresas das condutas prohibidas ás que se refiren os artigos 101 ou 102 de TFUE e os artigos 1 ou 2 da LDC. Como explicaremos máis adiante, esta responsabilidade faise extensiva ás empresas ou persoas que as controlan, salvo nos supostos nos que o seu comportamento económico non veña determinado por algunha delas.

Por outro lado, o artigo 73.1 da LDC contempla que cando unha infracción se cometa conxuntamente por varias empresas ou por unha asociación, unión ou agrupación de empresas, a responsabilidade destas sexa solidaria³⁵. Polo tanto, o prexudicado pode optar por lles reclamar a todos os infractores ou dirixirse soamente contra algúns, aínda que no último suposto contará coa posibilidade de reclamarlles a totalidade do dano. No que respecta á contía que corresponde aboar a cada un dos infractores, a LDC límitase a indicar que a contía se determinará *"en función da súa responsabilidade relativa polo prexuízo causado"* e non establece os criterios que deben empregarse para determinar ese grao de responsabilidade relativa³⁶.

Pola súa banda, o artigo 73.5 da LDC segue o principio xeral respecto ás accións de repetición reguladas polo artigo 1145 CC, en virtude do cal o debedor solidario que se fixo cargo

do pagamento pode exercitar a acción de regreso contra os demais debedores solidarios para reclamarlles a parte que corresponda a cada un deles. De acordo co previsto no artigo 1964 CC, o infractor que pagou a indemnización ten un prazo de cinco anos para repetir contra o resto de empresas infractoras, contado desde o momento no que realizou o pagamento.

Como adiantamos ao principio deste apartado, aínda que a Directiva de danos non o establecía, o RDL 9/2017 inclúe unha importante novidade no artigo 71 da LDC, ao recoñecer expresamente que a actuación do infractor é imputable ás empresas ou persoas que o controlen –empresa matriz–, agás que o seu comportamento económico non veña determinado por elas. Con esta norma créase unha presunción *iuris tantum* de control que se emprega para imputar as matrices polos danos causados polas súas filiais³⁷, e que podería levar a considerar que a responsabilidade das empresas que controlen aquela que tivese participado na conduta reprochable ten carácter automático; non obstante, polo menos, sería necesario probar que a matriz efectivamente controla á filial imputable. En calquera caso, o principio de solidariedade na responsabilidade da filial pon en dúbida a aplicación da doutrina do levantamento do veo seguida polos tribunais españois, para atribuír na vía civil a unha sociedade a responsabilidade polas condutas realizadas por outra³⁸.

2.3.2 Excepcións ao principio de solidariedade dos infractores

2.3.2.1 Excepción ás pemes

Os artigos 73.2 e 73.3 LDC prevén regras especiais de responsabilidade atenuada nos supostos en que os infractores sexan pemes que reúnan certas condicións, así como para os solicitantes de clemencia aos que se lles concedera a exención do pagamento da multa.

No que respecta ás pemes, prevese que soamente sexan responsables ante os seus propios compradores (xa sexa directos ou indirectos). De modo que non teñen que facer fronte aos compradores dos outros infractores, é dicir, que rompe o principio de solidariedade. Esta excepción está xustificada no caso das pemes debido ao maior risco que supón para unha empresa de pequenas dimensións asumir o pagamento da totalidade do dano causado pola infracción no seu conxunto. Para que a excepción opere, conforme o disposto no artigo 73.2 da LDC, a peme debe cumprir as seguintes condicións:

“a) que a súa cota de mercado no respectivo mercado fose inferior ao cinco por cento en todo momento durante a infracción, e

b) que a aplicación do réxime de responsabilidade solidaria previsto no apartado 1 minguase irremediabilmente a súa viabilidade económica e causase unha perda de todo o valor dos seus activos”.

No entanto, a LDC exclúe a aplicación da excepción á peme infractora cando sexa responsable de ter dirixido a infracción ou coaccionado outras empresas para que participasen nela, ou fose declarada previamente culpable dunha infracción do dereito da competencia, é dicir, en caso de reincidencia. Non obstante, o texto non aclara se a exclusión da excepción opera unicamente cando existe reincidencia e identidade de tipo infractor ou se predica doutras condutas.

2.3.2.2 Excepción para solicitantes do programa de clemencia aos que se lles concedese a inmidade

O outro suposto excepcional que exclúe a responsabilidade solidaria das empresas infractoras refírese ás empresas solicitantes de clemencia, xa que estas deben responder unicamente fronte aos seus clientes ou provedores (directos ou indirectos) e a obriga de resarcimento só terá efectos fronte a outros terceiros prexudicados se estes non puideron ser plenamente resarcidos polo resto de infractores.

Deste modo, o lexislador pretende evitar o menoscabo da eficacia e os incentivos que teñen as empresas, que, tendo participado nun cártel, estean a considerar solicitar clemencia á autoridade ao abeiro dos artigos 65 e 66 da LDC.

A solicitude de clemencia e a colaboración coa autoridade de competencia levan consigo que as empresas teñan que recoñecer a súa participación na infracción; a cambio, permíteselles obter unha exención do pagamento da multa correspondente ou, se é o caso, unha redución do seu importe. En consecuencia, o infractor que solicitase clemencia está máis exposto ás reclamacións de danos que o resto de empresas que participaran na conduta sancionada.

Por esta razón, o lexislador europeo, e o español en cumprimento da súa obriga de transposición, introduciron dúas excepcións á regra de solidariedade que benefician exclusivamente o solicitante de clemencia ao que lle foi concedida a inmunidade. Nestes casos as empresas soamente serán responsables fronte aos seus clientes directos e indirectos; e, de forma subsidiaria, fronte a outros prexudicados unicamente cando non poidan obter o pleno resarcimento do dano do resto de empresas implicadas na infracción.

Deste xeito, o lexislador procura que as normas que impulsan as reclamacións de danos non supoñan un obstáculo para os solicitantes de clemencia e, ademais, inclúen un incentivo adicional ao da exención do pagamento da multa e que é a limitación das posibles reclamacións por danos ás dos seus compradores, directos ou indirectos. Non obstante, cabe precisar que a excepción só favorece as empresas que recibisen beneficio da inmunidade no procedemento de clemencia, quedando fóra as empresas que tamén solicitaron clemencia no marco da investigación, pero que soamente obtiveron unha redución do importe da multa.

2.4 O exercicio da acción de resarcimento de danos por infracción do dereito da competencia

Un dos cambios máis significativos que se introducen ao ordenamento español como consecuencia da transposición da Directiva de danos é o que se refire ao prazo para o exercicio da acción de resarcimento, posto que se amplía o prazo de 1 ano establecido no artigo 1968 CC –aplicable ás accións de reclamación de danos extracontractuais–, a 5 anos, que corresponde ao prazo previsto para reclamación de responsabilidade contractual, de acordo co disposto no artigo 1964.2 CC³⁹. Esta disposición formula a dúbida respecto ás accións que non prescriben no momento da entrada en vigor da transposición da directiva.

Por outro lado, o artigo 77 da LDC prevé determinados mecanismos que promoven as solucións extraxudiciais das disputas relativas ás reclamacións de danos, garantindo que os que acoden a esta vía non se atopen nunha situación menos vantaxosa da que terían se tivesen emprendido a acción xudicial. Para iso, establécese a redución do dereito de resarcimento da parte prexudicada que alcanzase unha solución extraxudicial na proporción da responsabilidade que tivese o infractor co que chegou a tal solución. Tamén se prevé unha prohibición de repetición por parte do resto dos infractores contra o que alcanzou un acordo extraxudicial, en relación coa indemnización restante do prexudicado co que alcanzou o acordo de solución extraxudicial.

Ademais, o artigo 77 prevé como excepción que, salvo pacto en contrario, o prexudicado poida reclamar con carácter subsidiario contra o infractor co que alcanzou a solución a indemnización que non puidesen pagar os restantes infractores. Así mesmo, aplícase unha atenuante para os efectos de establecer o importe da multa nos procesos administrativos sancionadores levados a cabo polas autoridades de competencia. E, por último, establécese unha excepción á norma xeral da LAC que permite que as partes que estean a negociar unha solución extraxudicial

ao conflito soliciten ao xuíz que suspenda o procedemento por un prazo máximo de sesenta días (art. 81 LDC).

3 REFLEXIÓN FINAL

Como podemos analizar ao longo destas páxinas, a función preventivo-punitiva que se lle pretendía atribuír ás normas que regulan a acción privada do dereito da competencia esvaeceuse ao longo do procedemento de tramitación da Directiva 2014/104/UE, o que impediu o establecemento dun réxime de responsabilidade civil específico para os danos por infraccións do dereito da competencia. En consecuencia, a transposición da directiva ao dereito nacional límitase a facilitar o resarcimento das vítimas, especialmente dos cárteles xa sancionados administrativamente, polo que resulta potenciada a función indemnizatoria, propia das normas xerais de responsabilidade civil, e só indirectamente a súa función preventiva.

Non obstante, a aplicación privada do dereito da competencia depende de que o réxime de responsabilidade civil facilite o exercicio da acción. Os prexudicados por unha infracción do dereito da competencia poden atoparse con serias dificultades para achegar indicios sólidos sobre a extensión e cuantificación do dano que lle puidese ocasionar a conduta infractora, en particular nos supostos de cárteles, polo que resulta necesario acordar unha especialidade no que respecta ao acceso da proba, para o cal a existencia de procedementos e resolucións administrativas previas e o acceso ao contido destas pode contribuír á boa fin da acción civil, o que redundaría nunha redución dos custos procesuais ao non ter que analizarse nin cualificarse dúas veces os mesmos feitos e evitaría, ao mesmo tempo, o risco de que se diten resolucións contraditorias.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, J. 2010. «El abuso de posición dominante», en M. A. Agúndez e J. Martínez-Simancas Sánchez (coords.), *Cuadernos de derecho para ingenieros (Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial)*, vol. 5. Madrid: La Ley, Iberdrola e Colegio de Ingenieros del ICAI.
- Bello Martín-Crespo, M. P. 2005-2006. *Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, tomo 26: 397-416.
- Berenguer Fuster, L. 2012. «Reflexiones en torno al programa de clemencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 28: 11-22.
- Berger, M. 2013. «Prácticas colusorias: imputabilidad del comportamiento infractor de las filiales a sus sociedades matrices y presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante: TJ Sala Primera, S 8 May. 2013», *La Ley Unión Europea*, 7: 15-24.
- Caballol I Angelats, L. 2012. «Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de las normas comunitarias de competencia», en A. Font Ribas e B. Vilà Costa (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Cachafeiro, F. 2013. «Confidencialidad de los documentos del programa de clemencia», en A. Font Ribas e S. Gómez Trinidad (coords.) *Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Carrasco Perera, A. 2018. «Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1: 71-84.
- Contreras de la Rosa, I. 2016. «La responsabilidad por daños de la matriz por conductas anticompetitivas de su filial», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 19: 1 e ss.
- De la Vega García, F. L. 2001. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid: Civitas.
- Escribuela Morales, F. J. 2008. «Conductas colusorias en la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 81: 73 e ss.

- Galán Corona, E. 2014. «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición», en J. A. García-Cruces González (coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, vol. 1. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Herrero Suárez, C. 2016. «La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(1): 150-183.
- Hovenkamp, H. 2011. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. Minnesota: West, St. Paul.
- OCDE, 2015. «Relationship between public and private antitrust enforcement». [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=23-09-2017](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=23-09-2017)
- Sopeña Blanco, V. e Martín Martín, G. 2015. «La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17.
- Suderow, J. 2011. «El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia», en L. A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ledesma, M. Echebarría Sáenz, C. Herrero Suárez e J. Gutiérrez Gilsanz (dirs.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Madrid: Lex Nova.
- Vidal Martínez, P. e Arranz Fernández-Bravo, T. 2017. «Aspectos sustantivos de la transposición al infracciones del derecho de la competencia», *La Ley mercantil*, 38: 4 y ss.
- Villacañas Pérez, D. 2013. «La propuesta de Directiva de daños y la experiencia en los tribunales españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley 11000, 16 de decembro de 2013.
- Yanes Yanes, P. 2015. «Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: una aproximación», en M. J. Morillas Jarillo, M. P. Perales Viscasillas y L. J. Porfirio Carpio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Zurimendi Isla, A. 2017. «La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales», *Revista de Derecho Mercantil*, 306: 487-544.

NOTAS

- 1 Artigo 1.1 da LDC. “Conduitas colusorias.1. Prohibese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional a) A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo. b) A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos. c) A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento. d) A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros. e) A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio, non garden relación co obxecto de tales contratos”. Ao respecto pode verse: Galán Corona, 2014: 61-122. Escrihuela Morales, 2008: 73 e ss.
- 2 Artigo 2.1 da LDC. “Abuso de posición dominante. 1. Queda prohibida a explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio en todo ou en parte do mercado nacional 2. O abuso poderá consistir, en particular, en: a) A imposición, de forma directa ou indirecta, de prezos ou outras condicións comerciais ou de servizos non equitativos. b) A limitación da produción, a distribución ou o desenvolvemento técnico en prexuízo inxustificado das empresas ou dos consumidores. c) A negativa inxustificada a satisfacer as demandas de compra de produtos ou de prestación de servizos. d) A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizos, de condicións desiguais para prestacións equivalentes, que coloque uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros. e) A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou conforme os usos de comercio non garden relación co obxecto dos ditos contratos”. Respecto ao contido da prohibición de abuso de posición dominante, véxase Alfaro Águila-Real, 2010: 53-68.
- 3 Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, BOE, núm. 159, do 4 de xullo de 2007.
- 4 BOE núm. 311, do 29 de decembro de 1978. Art. 38 da CE: “Recoñécese a liberdade de empresa no marco da economía de mercado. Os poderes públicos garanten e protexen o seu exercicio e a defensa da produtividade, de acordo coas exigencias da economía xeral e, se é o caso, da planificación”.
- 5 Herrero Suárez, 2016: 153.
- 6 De la Vega García, 2001: 133 e 134.
- 7 Ao respecto pode verse a actividade da Dirección da Competencia da Comisión Europea a través do seguinte enlace http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm; e da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia> (10-11-2017).
- 8 Non acontece o mesmo na xurisdición dos Estados Unidos, onde se deu preeminencia á protección dos intereses privados, debido especialmente ás singulares características do seu sistema *antitrust*, que favorecen o exercicio de accións que permite ao actor reivindicar o resarcimento dos danos sufridos ata un triplo do seu valor máis o custo dos honorarios derivados da acción. Ademais, o sistema prevé a existencia do recurso colectivo ou *class action*, que permite a un ou máis demandantes presentar e establecer unha demanda en nome dun grupo máis grande, ou “clase”, o cal facilita aos tribunais administrar demandas que doutro modo serían inmanexables se cada membro da clase deste tipo de accións demandase individualmente. *Vid.* Hovenkamp, 2011: 652.
- 9 Versión consolidada 2012/C 326/01, DOUE, núm. C 326, do 26 de outubro de 2012. *Vid.* Castro-Villacañas Pérez, 2013: 1 e ss.

- 10 Así se reconece tamén no considerando 13 da Directiva 2014/104/UE, que establece que: *“O dereito a resarcimento está reconecido para calquera persoa física ou xurídica (consumidores, empresas e administracións públicas) con independencia da existencia dunha relación contractual directa coa empresa infractora, e independentemente de se previamente existira constatación ou non dunha infracción por parte dunha autoridade da competencia (...)”*.
- 11 SECm(2005) 1732 COM (2005) 0672 final, dispoñible a partir de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0672> (11-09-2017). Ao respecto, véxase Bello Martín-Crespo, 2005-2006: 397-416.
- 12 Regulamento (CE) núm. 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do Tratado (Texto pertinente para os efectos do EEE). Dispoñible a partir de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001> (12-11-2017). Desde unha perspectiva procesual, o Regulamento 1/2003 instaurou unhas relacións de cooperación entre a Comisión Europea e os órganos xudiciais nacionais; o seu art. 15 creou a figura do *amicus curiae*, figura que foi recollida posteriormente no art. 16 da LDC e que reconece a posibilidade de que a CNMC ou as autoridades de competencia das CCAA poidan achegar informacións ou presentar observacións ante os órganos xurisdiccionais para a interpretación dos arts. 101 e 102 do TFUE e o dereito nacional. O vehículo para a intervención destas autoridades no proceso civil artículase no art. 15 *bis* LAC. Véxase Caballol I Angelats, 2012: 22-32.
- 13 Do 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.
- 14 Deste modo queda recollido no informe da OCDE, 2015. No que se expón que na Unión Europea só unhas poucas vítimas dunha infracción antimonopolio puideron obter algunha indemnización, e que no período 2006-2012, menos do 25% das decisións de infracción da Comisión da UE foron seguidas por accións por dano. En xeral, presentáronse casos en moi poucos Estados membros, principalmente no Reino Unido, Alemaña e os Países Baixos, mentres que non se notificaron accións de seguimento ás decisións da UE en 20 dos 28 Estados membros. En total, presentáronse 52 accións por danos nese período, só en 7 Estados membros, mentres que en 20 dos 28 Estados membros a Comisión non ten coñecemento de ningunha acción de seguimento de danos e perdas baseada nunha decisión da Comisión.
- 15 En particular, respecto ao exercicio privado do dereito da competencia e a confidencialidade dos expedientes do programa de clemencia pode verse: Cachafeiro, 2013: 143 e ss. Berenguer Fuster, 2012: 11 e ss., Suderow, 2011: 535 e ss., Yanes Yanes, 2015: 1140 e ss.
- 16 DOUE núm. L 349/1, do 5 de decembro de 2014.
- 17 Ao mesmo tempo, publicouse a Comunicación sobre cuantificación de danos, relegándose a unha mera recomendación a preocupación sobre accións colectivas como instrumento de fomento da acción privada. Véxase ao respecto, a Comunicación da Comisión sobre a cuantificación do prexuízo nas demandas por danos e perdas por incumprimento dos artigos 101 ou 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (2013/C 167/07), DOUE núm. C 167/19, do 13 de xuño de 2013; e a Recomendación da Comisión, do 11 de xuño de 2013, sobre os principios comúns aplicables aos mecanismos de recurso colectivo de cesación ou de indemnización nos Estados membros en caso de violación dos dereitos reconecidos polo Dereito da Unión (2013/396/UE), DOUE, núm. L 201/60, do 26 de xullo de 2013.
- 18 Véxase art. 1 Directiva 2014/104/UE.
- 19 Véxanse os considerandos 25-28. Art. 6.a) e b) Directiva 2014/104/UE: *“Os Estados membros velarán por que, para os efectos das accións por danos, os órganos xurisdiccionais nacionais non poidan en ningún momento ordenar a unha parte ou a un terceiro a exhibición de calquera das seguintes categorías de probas: a) as declaracións no marco dun programa de clemencia, e b) as solicitudes de transacción”*.
- 20 Herrero Suárez, 2016: 156. Sopena Blanco e Martín Martín, 2015: 4.
- 21 As disposicións incorporadas á LDC e a LAC entraron en vigor o mesmo día da publicación do RDL 9/2017 no BOE, isto é, o día 27 de maio; a pesar de que a transposición da Directiva de danos entrou en vigor fóra de prazo, as modificacións da LDC non poden aplicarse con carácter retroactivo. Pola súa banda, as modificacións da LAC unicamente son aplicables a procedementos incoados con posterioridade á entrada en vigor do RDL 9/2017. Non obstante, cabe ter en conta que a transposición fóra de prazo dunha directiva confire dereitos aos particulares, os cales están facultados para trasladar unha denuncia á Comisión Europea, que, en caso de estimala, debe emitir un ditame motivado dirixido ao Estado infractor. O particular afectado podería recorrer ao TXUE no suposto de que o ditame da Comisión non fose acatado polo Estado, de conformidade co disposto nos arts. 258-260 TFUE, sobre o procedemento de infracción. O 24 de xaneiro de 2017 a Comisión Europea iniciou un procedemento formal de infracción contra España pola non transposición da Directiva de danos. Número de infracción: 20170081.
- 22 BOE núm. 126, do 27 de maio de 2017.
- 23 BOE núm. 159, do 4 de xullo de 2007.
- 24 BOE núm. 7, do 8 de xaneiro de 2000.
- 25 Entre as definicións incluídas nesta listaxe atópanse: *“acción por danos”, “programa de clemencia”, “declaración no marco dun programa de clemencia”, “información preexistente”, “solicitud de transacción”, “sobrecusto”, “comprador directo”, e “comprador indirecto”*. Cabe destacar que a transposición tamén tivo como efecto a modificación do concepto de *“cártel”*, xa suprimiu o requisito de que se trate dunha práctica secreta e, ademais, amplía os supostos de que se subsumen nesta categoría ás prácticas concertadas entre competidores, sempre que teñan por obxecto a coordinación entre empresas no que respecta aos prezos, cantidades, reparticións de clientes e mercados e, en xeral, calquera medida contraria á competencia que poida levarse a cabo en prexuízo dos competidores.
- 26 Art. 3.2 Directiva 2014/104/UE.
- 27 *“Pregunta E: Como deberían definirse os danos e perdas? Opción 14: Definición dos danos que deben resarcirse en función do prexuízo sufrido polo demandante como consecuencia da conduta infractora do demandado (danos e xuros compensatorios). Opción 15: Definición dos danos que deben resarcirse en función do beneficio ilegal obtido polo infractor (recuperación de beneficio ilegal). Opción 16: Danos e perdas dobres en cárteles horizontais. Estas reparacións poderían ser automáticas, condicionais ou á discreción do tribunal”*.

- 28 Resolución do Parlamento Europeo, do 25 de abril de 2007, sobre o Libro verde: reparación de danos e perdas por incumprimento das normas comunitarias de defensa da competencia (2006/2207 (INI)). Disponible a partir de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0152+0+DOC+XML+V0//ES> (23-10-2017).
- 29 Deste modo quedou recollido na directiva, que no seu considerando 13 establece que: *“Sen prexuízo da indemnización pola perda de oportunidades, un resarcimento pleno en virtude desta directiva non debe conducir a un exceso de resarcimento, xa sexa mediante danos punitivos, múltiples ou doutro tipo”*. Ao respecto, Zurimendi Isla, 2017: 487 e ss., defende que a finalidade do noso sistema de responsabilidade civil debe ser unicamente o resarcimento pleno do dano, tendo en conta que, ademais, a función disuasoria pode ser plenamente satisfeita pola aplicación pública e eficaz do dereito da competencia.
- 30 Cfr. BOE núm. 294, do 8 de decembro de 2001. Art. 43.1 LM “1. A indemnización de danos e perdas comprenderá non só as perdas sufridas, senón tamén as ganancias deixadas de obter polo titular do rexistro da marca, causa da violación do seu dereito. O titular do rexistro de marca tamén poderá exixir a indemnización do prexuízo causado ao prestixio da marca polo infractor, especialmente por unha realización defectuosa dos produtos ilícitamente marcados ou unha presentación inadecuada daquela no mercado. Así mesmo, a contía indemnizatoria poderá incluír, se é o caso, os gastos de investigación nos que se incorrese para obter probas razoables da comisión da infracción obxecto do procedemento xudicial”.
- 31 Cfr. BOE núm. 77, do 25 de xullo de 2015. Artigo 74 LP: *“A indemnización de danos e perdas debida ao titular da patente comprenderá non só o valor da perda que sufrise, senón tamén o da ganancia que deixase de obter o titular a causa da violación do seu dereito. A contía indemnizatoria poderá incluír, se é o caso, os gastos de investigación nos que se incorrese para obter probas razoables da comisión da infracción obxecto do procedemento xudicial”*.
- 32 BOE núm. 97, do 22 de abril de 1996. Art. 140.1 TRLPI: *“A indemnización por danos e perdas debida ao titular do dereito infrinxido comprenderá non só o valor da perda que sufrise, senón tamén o da ganancia que deixase de obter a causa da violación do seu dereito. A contía indemnizatoria poderá incluír, se é o caso, os gastos de investigación nos que se incorrese para obter probas razoables da comisión da infracción obxecto do procedemento xudicial”*.
- 33 Real decreto do 24 de xullo de 1889, texto da edición do Código civil mandada publicar en cumprimento da Lei do 26 de maio último. Gaceta do 25 de xullo de 1889.
- 34 Esta disposición obriga o tribunal a valorar tanto o alcance o custo da exhibición documental; con iso evítanse as chamadas *“fishing expeditions”* ou peticións xenéricas e indiscriminadas de exhibición documental, así como a inclusión de información confidencial na información cuxa exhibición se pida. Ademais, o solicitante debe xustificar que as fontes de proba das que solicita o acceso son necesarias para a resolución do proceso; e que non ten medios para acceder ás fontes de proba en cuestión por si mesmo, sen a intervención xudicial. Así mesmo, faise fincapé na protección da confidencialidade da información solicitada, polo que o órgano xudicial debe adoptar medidas para protexer esa confidencialidade, entre as que se atopan: a celebración de audiencias a porta pechada, a utilización de peritos para que elaboren resumos da información confidencial de xeito non agregado ou a limitación das persoas ás que se permita examinar as probas, entre outras.
- 35 Cabe destacar que as reclamacións establecidas contra un ou varios dos infractores interrompen a prescrición tamén fronte aos demais debedores solidarios, o que non debe considerarse un obstáculo para que o demandante se dirixa contra os demais con posterioridade ata que cobre por completo a indemnización correspondente ao dano. O principio de solidariedade tamén leva consigo que o demandado poderá opor todas as excepcións que lle sexan propias e, se tivese que pagar por conta doutros infractores, tamén aquelas que poidan minorar a cantidade que corresponderá a aqueles. Se non o fixese, o demandado correría o risco de non recuperar a totalidade da indemnización cando exerza a acción de regreso. Véxase ao respecto Vidal Martínez e Arranz Fernández-Bravo, 2017: 4 e ss.
- 36 Véxase ao respecto Carrasco Perera, 2018: 71 e ss.
- 37 Cfr. Contreras de la Rosa, 2016: 1 e ss., Berger, 2013: 15-24.
- 38 STS, Sala Primeira, núm. 83/2011, do 1 de marzo de 2011, Rec. 1802/2006.
- 39 Art. 194.2 CC: *“As accións persoais que non teñan prazo especial prescriben aos cinco anos desde que se poida exixir o cumprimento da obriga. Nas obrigas continuadas de facer ou non facer, o prazo comezará cada vez que se incumpran”*.