

EL JUEGO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADAS DE ILÍCITOS CONTRA LA COMPETENCIA

DEALING WITH THE STATUTE OF LIMITATION IN CLAIMS FOR DAMAGES ARISING OUT OF ANTITRUST INFRINGEMENTS

ALBERT POCH
Redi Abogados

Recibido: 10.07.2019 / Aceptado: 02.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5016>

Resumen: La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/104/UE, mediante Real Decreto-Ley 9/2017, ha supuesto un avance significativo en la regulación de la prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de infracciones antitrust. Pese a los innegables beneficios que, en términos de seguridad jurídica, introduce la nueva normativa, en el presente artículo se examinarán las dudas que actualmente persisten a raíz del régimen transitorio, así como la eventual ineffectividad de la regulación de la prescripción prevista en el Código Civil, para resarcir a los perjudicados de una infracción antitrust ex artículo 101 y 102 TFUE.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, Directiva de daños, prescripción, acciones follow-on, Cogeco.

Abstract: The transposition into Spanish legislation of Directive 2014/104/EU, by Royal Decree-Law 9/2017, has made important progress in the regulation of the statute of limitation in actions for damages arising out of antitrust infringements. Despite the undeniable benefits that the new regulation has provided in terms of legal certainty, this article will examine the doubts that currently persist as a result of the transitory regime, as well as the eventual ineffectiveness of the regulation of the prescription provided in the Civil Code, in order to compensate the victims of an antitrust infringements ex Article 101 and 102 FTEU.

Keywords: private enforcement, damages actions, damages Directive, statute of limitation, follow-on claims, Cogeco.

Sumario: I. Introducción: algo que reclamar. II. La responsabilidad civil del infractor del Derecho de la competencia antes del RD 9/2017. 1. La LRPRC 1963. 2. La LDC 1989. 3. El Reglamento 1/2003. 4. La LDC 15/2007. III. La transposición de la Directiva de Daños. IV. El régimen transitorio del RD 9/2017. V. Aplicación del RD 9/2017 a las acciones por daños nacidas con posterioridad a su entrada en vigor. VI. Determinación del régimen jurídico aplicable a la acción nacida y no prescrita. 1. La eventual modificación legislativa de situaciones no consolidadas. 2. El concepto de retroactividad. 3. Una elección consciente del legislador (de la UE y nacional). VII. Hacia un sistema efectivo de reclamación por daños derivados de infracciones antitrust. 1. La interpretación restrictiva (o el triunfo) de la prescripción 2. Un plazo “extremadamente breve”, potencialmente contrario al orden público de la UE 3. La obligada adopción de un criterio sobre la prescripción

que no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones por daños y perjuicios. VIII. Reclamando a ciegas: el caso *Trucks*. 1. Un cártel de gran tonelaje. 2. Determinación del *dies a quo*. 3. Un mismo régimen legal aplicable para todos los integrantes del cártel. IX. Conclusiones: el esperado fin de una carrera de obstáculos.

*“For the loser now
ill be later to win
For the times they are a-changin’.”¹*

I. Introducción: algo que reclamar

1. Sucede con frecuencia, a los que intentamos dedicarnos a la aplicación privada del Derecho de la competencia, que la primera conversación con las víctimas de una práctica anticompetitiva, consista en explicar porqué tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que dicha actuación le haya podido causar, pues el importe de la sanción interpuesta por la autoridad de competencia tiene una finalidad meramente disuasoria y cuando se pague su importe –cosa que ocurre con menos frecuencia de la deseada– éste irá a parar a las arcas públicas.

2. Ello se debe a que, en Derecho de la competencia, el ordenamiento español tradicionalmente se ha centrado en su aplicación pública, esto es, la investigación y sanción de las infracciones por parte de las autoridades administrativas, mientras que la reclamación de daños ha quedado relegada a un segundo plano, hasta el punto de que muchos de los perjudicados ignoran siquiera la posibilidad de reclamar, o bien focalizan sus esfuerzos en intentar (vanamente) que la administración les compense el daño sufrido con el importe de la multa impuesta a los infractores².

3. La dualidad de esferas, pública y privada, también incide, directamente, en la oportunidad de reclamar daños y perjuicios por parte de los perjudicados. Y ello por la sencilla razón de que, en una acción *stand-alone*, esto es, sin que exista una previa resolución administrativa que “destape” la infracción, probar la existencia de la conducta ilícita resulta una tarea prácticamente imposible, mientras que, en las acciones *follow-on*, la existencia de una sanción por parte de las autoridades de competencia, posibilita al perjudicado la prueba de la actuación ilícita, pero plantea no pocos problemas ligados al momento oportuno para formular la reclamación judicial, al encontrarse ésta condicionada por la firmeza (o no) de la resolución sancionadora.

4. Sucede en consecuencia que, pese a que, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, es perfectamente posible e incluso deseable³ el ejercicio una acción de daños basada en la infracción de las normas antitrust, en la práctica, ni los perjudicados son realmente conscientes del derecho que les asiste a reclamar daños y perjuicios, ni el ordenamiento ha ofrecido hasta ahora la seguridad jurídica necesaria para que sea posible⁴.

¹ B. DYLAN, “*The times they are a-changin’*” (1964).

² Nos referimos, por ejemplo, a los ganaderos del sector lácteo perjudicados por el cártel de compradores de leche cruda de vaca (S/0425/12: INDUSTRIAS LACTEAS 2) sancionado por la Nacional del Mercado y la Competencia (“CNMC”), que, a través de las organizaciones agrarias han entablado multitud de contactos con el ministerio de agricultura, para que “*la recaudación de la multa que tiene que hacer a Hacienda se traslade al Ministerio de Agricultura española y este, en última instancia, pueda devolver el dinero de la sanción a los ganaderos perjudicados durante todos estos años*”, tal y como puede leerse en la noticia publicada el 18 de mayo de 2018 por El Nacional cuyo texto íntegro puede consultarse [aquí](#).

³ Como nos recuerda la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) del caso *Courage* (Apdo. 27): “*Las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad*.”

⁴ Conclusión compartida por I. SANCHO GARGALLO “*Aplicación privada de las normas antitrust*” en J.A. GARCÍA-CRUCES “*Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*”, Ed. Tirant lo Blanch (2014), tomo I, pp. 907-963 que, en el análisis sobre las causas de la baja litigación, refiere dos: “*Ello puede ser debido, de una parte, a que no existe una cultura jurídica propicia que facilite el ejercicio de estas acciones y su resolución y, de otra, a la existencia de dificultades prácticas procesales que disuaden a los interesados de plantear estas cuestiones ante la jurisdicción ordinaria*”.

5. Ello ha provocado que el número de reclamaciones presentadas ante los tribunales haya sido muy escaso hasta la fecha, en comparación con el gran número de afectados potenciales –salvo la reciente excepción del cártel de camiones (caso AT.39824 - “Trucks”), que posteriormente se analizará–, por lo que España se presenta como uno de los países más permeables al impulso de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia llevado a cabo por la Unión Europea (“UE”)⁵, cuyo zenit constituye la aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los estados miembros y de la UE (la “Directiva de Daños”).

6. La transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen las directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (el “RD 9/2017”), supone un avance indiscutible en la defensa de los derechos de los perjudicados por infracciones antitrust, toda vez que, a partir de una concepción positiva del papel desempeñado por las acciones de daños y perjuicios en la lucha contra las infracciones antitrust, clarifica las reglas del juego para que las reclamaciones puedan prosperar.

7. Sin embargo, hasta que los afectados no adquieran plena consciencia de su derecho a exigir una compensación y los tribunales resuelvan las reclamaciones de daños al amparo de la nueva normativa, la entrada en vigor del RD 9/2017, el 27 de mayo de 2017, deja sin resolver el interrogante de su aplicación temporal, así como su eventual aplicación a conductas anticompetitivas que se hubiesen llevado a cabo –y, presuntamente, concluido– con anterioridad a su entrada en vigor.

8. Como veremos, la cuestión no es sencilla y plantea múltiples interpretaciones posibles que, a su vez, tienen un impacto decisivo en las posibilidades de éxito de los afectados por una infracción antitrust a la hora de reclamar una indemnización, a causa de los exiguos plazos de prescripción que se establecen para las acciones de responsabilidad extracontractual, un año según el artículo 1968 del Código Civil (“CC”) o tres años ex art 121-21 del Código Civil de Cataluña (“CCCat”)⁶.

9. Y es que las reclamaciones de daños efectuadas al amparo de la normativa anterior a la entrada en vigor del RD 9/2017, pueden verse frustradas –vulnerando el principio de efectividad– si no vienen acompañadas de una interpretación del *dies a quo* que proporcione seguridad jurídica a los perjudicados.

10. Algunas resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha ya han afrontado el problema en el que seguidamente trataremos de profundizar y otras, como la sentencia del TJUE de fecha 28 de marzo de 2019 en el procedimiento C-637/17 (“Cogeco”), permiten solventar gran parte de las incertidumbres que hasta la fecha han pesado en el ejercicio de las acciones por daños.

⁵ Nos referimos a la publicación por parte de la Comisión Europea (“CE”), el 19 de diciembre de 2005, del denominado “Libro Verde” sobre *“reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*, que vino seguido de la aprobación del “Libro blanco”, el 2 de abril de 2008.

⁶ El TSJ de Cataluña ha señalado de forma reiterada que la normativa prevista en los artículos 121-1 a 121-24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017 dice al respecto lo siguiente: *“Así, en las STSJCat de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor “El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”, precepto complementado por el artículo 111-5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opona a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan. De ahí que las normas relativas a la prescripción contenidas en los artículos antes citados sean de aplicación general y preferente en Cataluña aunque la totalidad de la relación jurídica a la que resulte aplicable no venga regulada en el Código civil catalán sino en el CC.”*

II. La responsabilidad civil del infractor del Derecho de la competencia antes del RD 9/2017

11. La posibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados de infracciones antitrust no ha ofrecido duda, en derecho español, ya desde los años 60 del siglo pasado, con la promulgación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (“LRPRC 1963”), antecedente de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia (“LDC 1989”) y posterior Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (“LDC 2007”).

12. Todo ello, en un contexto en el que la normativa europea ha tenido, cada vez más influencia, a raíz de las competencias asumidas por la UE —expresadas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea⁷ y en el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (“Reglamento 1/2003”)— y por la importancia que han adquirido las resoluciones dictadas en materia de competencia por la CE, en las reclamaciones de daños de carácter *follow-on*.

1. La LRPRC 1963

13. La primigenia LRPRC 1963 admitía de forma expresa la posibilidad de que las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios pudieran ejercitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, por parte de los perjudicados de una infracción antitrust, pero establecía la prejudicialidad administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), de tal forma que la acción de resarcimiento se entendía naturalmente de forma consecutiva a la firmeza de la sanción impuesta en vía administrativa.

14. Según se expresaba en la exposición de motivos de la norma, “*la determinación de prácticas restrictivas como contrarias al orden público económico, por resolución del TDC, constituye una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en lo que es intangible la probanza de los hechos*”, por lo que, una vez alcanzada la firmeza de la resolución, los hechos probados por el TDC se declaraban irrevisables por parte de los tribunales de los otros órdenes jurisdiccionales.

15. Además, la LRPRC 1963 dotaba a la acción civil de resarcimiento de daños de una sustantividad propia, al regular también la prescripción, tal y como se recogía en su artículo sexto:

“Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.”

[el destacado es nuestro]

16. En consecuencia, la LRPRC 1963 establecía un régimen de responsabilidad propio (y, prácticamente, autosuficiente), que, si bien otorgaba al TDC toda iniciativa en la persecución de las conductas colusorias, ofrecía pocas dudas en cuanto al momento de interposición de la acción por parte del perjudicado, el plazo de prescripción de la acción o la eficacia de las resoluciones del TDC en el orden civil.

2. La LDC 1989

17. En una línea similar a su predecesora, la LDC 1989 mantuvo en su articulado una referencia expresa a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, aunque, a diferencia de la legislación anterior, los contornos de la acción quedaron más difusos, al desaparecer la referencia al TDC y al plazo de prescripción de un año.

En este sentido, el artículo 13 de la LDC 1989 disponía que:

⁷ En la actualidad, artículos 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (“TFUE”).

"1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles".

[el destacado es nuestro]

18. La preponderancia de la aplicación pública del Derecho de la competencia sobre la aplicación privada, quedaba patente en la parca regulación de la acción de resarcimiento en el texto legal, pues parecía subordinar la reclamación de daños a la firmeza de la vía administrativa –aunque no contemplaba una prejudicialidad administrativa, en sentido estricto– y se remitía a las “leyes civiles” en cuanto al régimen procesal y sustantivo de la acción de resarcimiento.

19. Y, precisamente, la falta de definición sobre la naturaleza de la acción –acompañado de una incipiente práctica ante los tribunales de este tipo de reclamaciones–, abrió el debate sobre si nos encontramos ante una responsabilidad contractual ex artículo 1258 CC, o, extracontractual, sobre la base del artículo 1902 CC, finalmente superado en favor de esta última⁸, con las evidentes repercusiones que ello puede tener en materia de prescripción.

3. El Reglamento 1/2003

20. Vigente la LDC 1989, el Reglamento 1/2003 vino a clarificar el panorama legislativo, toda vez que, al atribuir a los tribunales nacionales la facultad de conocer de una acción de responsabilidad civil derivada de un ilícito antitrust sin que previamente existiera un pronunciamiento de la CE al respecto o se suspendiera el procedimiento judicial cuando hubiere una investigación en curso, eliminaba cualquier duda sobre la posibilidad de que los perjudicados realizaran un ejercicio *stand alone* de la acción de resarcimiento, basada en la infracción de normas antitrust comunitarias.

21. La potenciación de la aplicación privada del Derecho de la competencia como un mecanismo resarcitorio de los perjudicados, pero también como instrumento de disuasión dirigido a los infractores, supuso un cambio de enfoque respecto de la legislación nacional preexistente, que concebía la acción de resarcimiento de forma consecutiva a la previa sanción administrativa.

22. La discrepancia generada por el distinto tratamiento de las acciones civiles, según derivasen de una infracción de la normativa nacional o comunitaria, hizo virar la interpretación del artículo 13.2 LDC 1989 para flexibilizar la acción de resarcimiento al estándar comunitario y permitir su ejercicio *stand alone*, lo que provocó, como explica I. SANCHO GARGALLO⁹, que proliferara “una interpretación doctrinal más flexible, que entendía el término “podrá” del art. 13.2 LDC1989 en el sentido de permitir al particular la opción de acudir directamente a los tribunales civiles para que declararan la ilicitud del acto y condenaran a reparar los perjuicios sufridos”.

23. Consecuencia de ello, derivaba en que, al no tener que esperar al dictado de una resolución sancionadora por parte de las autoridades de competencia para poder reclamar el resarcimiento de los daños, los perjudicados no tuvieron que esperar durante años para poder reclamar y, por tanto, el número de reclamaciones de daños se incrementara.

⁸ La emblemática STS 8 de junio de 2012 (ROJ STS 5462/2012, J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL) dictada contra Acor Sociedad Cooperativa, en el marco del proceso contra las empresas del cártel del azúcar, razona que “ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual –a las que los anglosajones se refieren como “the law of contract” y “the law of torts”-, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda”, aunque parece dejar abierta la posibilidad de que, también bajo la órbita contractual, puedan exigirse responsabilidades por infracción del deber de buena fe.

⁹ I. SANCHO GARGALLO, “Aplicación privada de las normas antitrust”, op. cit. pp. 907-963.

4. LDC 15/2007

24. La aprobación de la LDC 15/2007, en su redacción original, dio un paso más hacia la aparente desvinculación de los ámbitos público y privado del Derecho de la competencia, al desaparecer del texto legal cualquier referencia a la acción de resarcimiento por daños.

25. En un intento por equiparar la legislación nacional con el derecho de la UE¹⁰, la LDC 15/2007 dejó de contemplar la existencia de una resolución sancionadora, como un requisito previo a la interposición de la acción de daños, con el fin de posibilitar a los particulares el ejercicio de acciones *stand alone* basadas en la infracción de las normas de competencia nacionales¹¹.

26. Y a fin de precisar los efectos que podía producir, en el procedimiento civil ya iniciado, la apertura de un expediente administrativo por infracción de normas antitrust, la disposición adicional 2.5 de la LDC 15/2007 introdujo una referencia a la prejudicialidad administrativa en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) que, en su artículo 434.3, incorporó la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia, cuando el tribunal tuviera conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la CE, la CNMC o ante las autoridades de las Comunidades Autónomas y resultara necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo¹².

27. No obstante, al orillar la LDC 15/2007 cualquier referencia a las acciones de resarcimiento de daños de carácter consecutivo o *follow-on*, quedaba por determinar la incidencia del procedimiento administrativo ya iniciado en el procedimiento ulterior civil, a los efectos de determinar un cauce procesal que proporcionara seguridad jurídica para que los perjudicados por una práctica anticompetitiva, previamente sancionada por las autoridades de competencia, pudieran solicitar el resarcimiento de los daños causados ante los tribunales de justicia.

28. Y es que la determinación del momento procesal oportuno para la interposición de la reclamación judicial de resarcimiento de daños *follow-on*, que no presentaba dudas a la luz de la normativa anterior porque tanto la LRPRC 1963 como la LDC 1989 entendían que ésta podía interponerse, en todo caso, con la firmeza de la vía administrativa, quedaba sujeta, con la nueva norma, a otra interpretación según la cual la reclamación por daños podía interponerse ante los tribunales sin necesidad de esperar a la firmeza de la resolución.

29. Un vacío legal, que, rápidamente, fue explotado por los infractores del Derecho de la competencia, que creyeron descubrir un filón en la defensa de sus intereses: situar el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción en la fecha de emisión de la resolución de la autoridad de competencia o, mejor aún, desde la fecha en la que se publicó la nota de prensa que advertía del inicio de actividades investigadoras por la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, con la intención, evidente, de que las reclamaciones por daños se declarasen prescritas antes de que la resolución sancionadora fuera firme o, incluso, antes de que finalizara el propio procedimiento sancionador¹³.

¹⁰ La entrada en vigor de la LDC 15/2007 se produce poco después de la STJUE de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, que había establecido el principio de que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust.

¹¹ Lo explica perfectamente –y con inquietante precisión sobre lo que acabaría sucediendo en la práctica– I. Díez PICAZO, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en “1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia”, Libro Marrón, C. Empresarios 2008, pp. 53-74.

¹² Nótese que, la LDC 15/2007, también supuso la incorporación del artículo 465.5 LEC, en sede de apelación, a efectos de que pudiera suspenderse el dictado de la sentencia de segunda instancia, cuando se encontrase pendiente el expediente ante las autoridades de competencia.

¹³ Como se puede comprobar en las sentencias del cártel de sobres de papel (por todas, sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona nº 3, de 5 de septiembre de 2018 –ECLI: ES:JMB:2018:2726–), es habitual que los cartelistas demandados aleguen al unísono la existencia de prejudicialidad contencioso-administrativa y la prescripción de la acción, aunque ello sea jurídicamente incompatible toda vez que, si hay prejudicialidad, el *dies a quo* no puede considerarse iniciado.

30. Pues bien, aunque volveremos posteriormente sobre el particular, es importante subrayar ahora que dicha interpretación, que, en la práctica, supondría hacer inefectivas las reclamaciones por daños de los perjudicados, ha quedado ampliamente superada por la sentencia del TJUE en el asunto Cogeco, al establecer que *“un plazo de prescripción corto, que no pueda suspenderse o interrumpirse mientras duren los procedimientos a cuyo término la autoridad nacional de la competencia o una instancia de recurso dictará una resolución firme”* es contrario a los artículos 101 y 102 del TFUE y al principio de efectividad.

III. La transposición de la Directiva de Daños

31. La transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, mediante RD 9/2017, de 26 de mayo, ha supuesto una auténtica revolución en la aplicación privada del Derecho de la competencia en nuestro país, en cuanto a seguridad jurídica de los afectados por una práctica anti competitiva se refiere.

32. Y es que, a diferencia de la normativa vigente hasta ese momento, el RD 9/2017 establece un plazo de 5 años de prescripción para que los afectados puedan reclamar (artículo 74.1), la suspensión de la prescripción en caso de recurso contencioso-administrativo de la resolución sancionadora (artículo 74.2) y la eficacia de la resolución sancionadora, en el procedimiento civil (artículo 75).

33. Ninguno de dichos logros merece ser menospreciado en el marco de interpretaciones fatalistas o que restan valor al catálogo de medidas que introduce la norma por la sencilla razón de que, el sistema de responsabilidad civil existente hasta la fecha, ya hacía posible muchas de las soluciones (por ejemplo, la solidaridad de los miembros del cártel) que ahora el RD 9/2017 pone negro sobre blanco.

34. Y ello porque, como se ha visto, la principal barrera que hasta la fecha ha impedido que las acciones por daños derivados de infracciones antitrust pudieran prosperar ha estado en la falta de conocimiento (de cultura) sobre este tipo de reclamaciones y, sobretodo, en la inseguridad jurídica con la que se encontraban quienes, siendo conocedores de la posibilidad de reclamar, decidían no hacerlo por falta de concreción de la norma sobre el momento oportuno para ello.

35. Por ello, la transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, mediante RD 9/2017, de 26 de mayo es tan relevante, porque, además de proporcionar un cauce procedimental para que las víctimas de una infracción antitrust puedan reclamar, confiere un mandato a las autoridades de los estados miembros para que faciliten las acciones civiles de reclamación de daños y resarzan plenamente a los perjudicados (facultando a los tribunales, incluso, para que puedan estimar el importe de los daños y perjuicios en supuestos de imposible o difícil cuantificación¹⁴), como parte de la lucha contra las infracciones del Derecho de la competencia.

IV. El régimen transitorio del RD 9/2017

36. Queda claro del propio tenor de la Directiva de Daños, que el legislador de la UE quiso establecer un ámbito de aplicación temporal limitado de la norma, circunstancia que se desprende con toda claridad de su artículo 22.1, el cual establece que las normas sustantivas no se deben aplicar con efecto retroactivo.

37. Por el contrario, del artículo 22.2 de la Directiva de Daños, resulta que los Estados miembros disponían de la facultad discrecional para decidir, a la hora de su transposición, si las normas nacionales que transponían las disposiciones procesales se aplicaban o no a las acciones por daños ejercitadas después del 26 de diciembre de 2014, pero antes de la fecha de transposición de la citada Directiva o, a más tardar, antes de la expiración de su plazo de transposición.

¹⁴ Artículo 76.2 LDC.

38. Pues bien, el legislador español –que, como es bien sabido, no fue puntual a la hora de transponer la Directiva de Daños¹⁵– estableció en la disposición transitoria primera (“D.T.1ª”) del RD 9/2017 un régimen aparentemente dual, que, en la línea de lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva de Daños, distingue entre normas de carácter procesal y normas de carácter sustantivo.

En los siguientes términos:

1. “Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo”.

2. “Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.

39. Se infiere de ello que, en lo que se refiere a las modificaciones introducidas en la LEC (artículo 4 del RD 9/2017) sólo serán aplicables a los procesos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor, lo que significa que, desde el 27 de mayo de 2017, las medidas de acceso a las fuentes de prueba pueden ser solicitadas por las partes en procedimientos de reclamación por daños en infracciones antitrust.

40. Sin embargo, en lo que atañe a las modificaciones de la LDC 15/2007 (artículo 3 del RD 9/2017), el apartado primero de la D.T.1ª se limita a señalar que sus previsiones se aplicarán con efecto retroactivo, lo que no viene sino a devolvernos al régimen común, porque no es más que una reiteración de lo dispuesto en el artículo 2.3 CC, que establece con carácter general que “*las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*”.

41. Ello deja abierta la duda acerca del momento temporal preciso en el que se aplicarán las disposiciones sustantivas del RD 9/2017, a efectos de determinar si cabe su aplicación a las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivadas de cárteles ya descubiertos y sancionados antes de su entrada en vigor.

V. Aplicación del RD 9/2017 a las acciones por daños nacidas con posterioridad a su entrada en vigor

42. Desde su aprobación y posterior publicación en el BOE el 27 de mayo de 2017, el RD 9/2017 tiene una vigencia inmediata y produce efectos para todas aquellas situaciones que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, lo que significa que cualquier acción por daños nacida con posterioridad a su entrada en vigor deba regirse de conformidad con la nueva normativa.

43. En primer lugar, por tanto, debemos determinar cuál es el elemento temporal de referencia a partir del cual se considera “nacida” la acción por reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta colusoria, aspecto que debe ponerse en relación con el momento en el que los afectados tuvieron conocimiento de la infracción y se encontraban en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción¹⁶.

44. El ejercicio de la acción por daños se configura a la luz del principio de la *actio nata*, de manera que, en el caso de los daños derivados de infracciones anticompetitivas, el nacimiento de la acción

¹⁵ Recuérdese que, conforme al artículo 21 de la Directiva de Daños, el plazo para su transposición expiraba el 27 de diciembre de 2016.

¹⁶ La Directiva de Daños ha positivizado ese principio, para precisar en su art. 10.2 que “*los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor*”.

se producirá en el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrencial supo de su extensión y afectación concreta (el hecho de la infracción, la identidad del causante y el “alcance» de la indemnización¹⁷), coincidiendo, de esta forma, con el *dies a quo* del plazo de prescripción.

45. Todo ello, con independencia del concreto marco temporal en el que se materializó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos contrarios al Derecho de la competencia, fuera anterior a la entrada en vigor de la norma¹⁸.

46. Y ello porque, desde la perspectiva del derecho civil, las modificaciones introducidas en la LDC 15/2007 mediante RD 9/2017 no modifican la antijuricidad de la conducta colusoria ni crean una acción por daños que anteriormente no existiera en nuestro ordenamiento, sino que se limita a regular las condiciones mediante las que debe hacerse efectiva la responsabilidad civil derivada de una conducta anticompetitiva, previamente declarada en sede administrativa o judicial.

47. Por tanto, al encontrarnos ante una modificación normativa que regula las consecuencias de la acción por daños nacida de una conducta colusoria (es decir, que proyecta sus efectos hacia el futuro), se aplicarán las disposiciones del RD 9/2017 a las acciones *follow-on* derivadas de una resolución sancionadora dictada con posterioridad a su entrada en vigor o, en el caso de que la resolución hubiese sido dictada con anterioridad a su entrada en vigor, cuando su firmeza se hubiera producido bajo la vigencia de la nueva regulación¹⁹.

VI. Determinación del régimen jurídico aplicable a la acción nacida y no prescrita

48. Es frecuente la apelación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a dos grandes tipos de situaciones jurídicas individuales potencialmente afectadas por un cambio normativo: los derechos, comúnmente adjetivados como perfectos o adquiridos, y las expectativas, a las que suelen acompañarse de expresiones tales como “meras” o “simples” en un intento, sin duda, de destacar su mayor vulnerabilidad, su escasa resistencia ante la fuerza innovadora de la disposición que se promulga; de ahí la importancia de examinar unos y otras.

49. Se plantea dicha cuestión porque, en el caso de las acciones por daños, parece evidente que, hasta que no haya transcurrido íntegramente el plazo de prescripción, nos hallaríamos de lleno en el campo de las expectativas, toda vez que no cabe hablar de una situación consolidada para el patrimonio del infractor (inmune, por tanto, a la incidencia de la nueva normativa), hasta que la prescripción se haya consumado.

50. Todo ello, sobre la base de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (recurso de inconstitucionalidad 5347/2013), que establece la primacía de la norma en vigor frente a los derechos patrimoniales que no se hayan incorporado definitivamente al patrimonio del destinatario:

“El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013,

¹⁷ Nótese que el Tribunal Supremo –STS 2/04/2014 (RJ 2014/2162)–, considera que el comienzo del cómputo del plazo se produce “desde el conocimiento cierto y seguro del alcance total del daño”, extremo de vital importancia en reclamaciones de daños derivadas de ilícitos antitrust.

¹⁸ Vid, en idéntico sentido, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de fecha 20 de febrero de 2019 –ECLI:ES:JMV:2019:34– en el marco de una reclamación por daños derivada del cártel de camiones, en cuyo apartado 14 (página 10), se argumenta que: “En efecto, el art. 22 de la Directiva de daños se refiere a las “acciones por daños”, no al concreto marco temporal en el que arraigó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos sancionados”.

¹⁹ Vid apartados 51 a 53 de la sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el TJUE en el asunto Cogeco.

sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.”

[el destacado es nuestro]

51. De esta manera, se examinará a continuación en qué medida la entrada en vigor de una nueva normativa que modifica la regulación preexistente puede incidir en aquellas situaciones que no se hayan consumado, lo que provocaría que el infractor pueda ser conminado a soportar su ejercicio en los términos de la nueva regulación.

1. La eventual modificación legislativa de situaciones no consolidadas

52. Con la entrada en vigor del RD 9/2017, pueden identificarse tres tipos de situaciones en las que la acción por daños puede encontrarse, para determinar el juego de la prescripción y la influencia de la nueva normativa, en función de la D.T.1ª:

- (i) Acciones cuyo plazo de prescripción, computado de acuerdo con la legislación anterior al RD 9/2017, había transcurrido íntegramente cuando se produjo la entrada en vigor de la norma: De acuerdo con el tenor literal de la D.T. 1ª y del artículo 22 de la Directiva de Daños, la reclamación habrá de considerarse prescrita, pues, consumada la prescripción de acuerdo con la normativa en vigor (un año ex artículo 1968 CC o tres años en el caso catalán), la expectativa de ser reclamado en virtud de una acción de daños ya no existe, por lo que nos encontramos ante un derecho adquirido protegido por la irretroactividad²⁰.
- (ii) Acciones cuyo plazo de prescripción no había empezado a correr con la antigua normativa, es decir, que el *dies a quo* para ejercitar la acción de daños se inició a partir del 27 de mayo de 2017:
El plazo de prescripción quedará indiscutiblemente determinado por la nueva norma (5 años), toda vez que la acción por daños derivados de un ilícito antitrust ha nacido con posterioridad a la entrada en vigor del RD 9/2017.
- (iii) Acciones cuyo plazo de prescripción se había iniciado conforme a la legislación anterior, pero no se había agotado cuando se produjo la entrada en vigor de la nueva normativa:
El supuesto que se encuentra a caballo entre las dos normativas puede llevar a interpretaciones discordantes, sin embargo, al producirse la entrada en vigor de la norma que amplía el plazo cuando la situación jurídica todavía no se ha consolidado, el plazo de prescripción se extenderá hasta los 5 años establecidos en la nueva norma²¹, con detracción del tiempo ya consumido.

53. Todo ello, de acuerdo con el tenor literal de la D.T.1ª, que se limita a establecer una prohibición de retroactividad común para la totalidad de normas de carácter sustantivo del RD 9/2017, en lugar de contemplar una disposición específica para la prescripción como hacía, por ejemplo, al artículo 1939 CC.

²⁰ Tal y como se recoge en las conclusiones emitidas por la abogada general J. KOKOTT, en el asunto Cogeco (párrafo 63, página 13): “*está claro que dichas disposiciones nacionales de aplicación no pueden hacer «renacer» acciones ya prescritas con arreglo a la antigua legislación*”. Cosa distinta, como se ha dicho, es que las acciones no estuvieran prescritas.

²¹ En sentido parecido, E. SANJUÁN en “El plazo para la reclamación privada de daños en supuestos “antitrust” Ed. Sepin, Artículo monográfico (Diciembre 2018), SP/DOCT/81156, que establece al respecto: “*Desde esa interpretación el paso de una reclamación posible de un año, con la normativa anterior (y al margen de la naturaleza de la acción como contractual o extracontractual que la haría diferente) a cinco años con la nueva supondría igualmente la aplicación del art. 1.939 CC, por lo que en modo alguno podrían entenderse prescritas las acciones derivadas de supuestos anteriores siempre que estuviesen en plazo para ser reclamadas cuando la norma entró en vigor y deberían adaptarse al nuevo plazo de cinco años (más uno posterior a la firmeza de la resolución administrativa en su caso como veremos) a computar desde esa fecha de entrada en vigor y no desde que pudieron ejercitarse*”.

2. El concepto de retroactividad

54. Al contrario de lo que inicialmente pudiera pensarse, el concepto de retroactividad no es unívoco, sino que tiene distintas acepciones que nuestra jurisprudencia constitucional se ha encargado de perfilar, distinguiendo entre:

- (i) Retroactividad auténtica (o de grado máximo) que se produce “*cuando la disposición pretende anular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas*”; y
- (ii) Retroactividad impropia (o de grado medio), que tiene lugar “*cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas*”²².

55. De esta forma, debemos cuestionarnos si nos hallamos, en puridad, ante “relaciones consagradas” o “situaciones agotadas”, esto es, si la nueva ley incide en efectos jurídicos ya producidos de situaciones o relaciones anteriores, o si, por el contrario incide únicamente en esos derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro o a las consecuencias a posteriori de situaciones creadas con anterioridad, ya que, de encontrarnos ante esta última opción, no nos encontraríamos, propiamente, ante un supuesto de retroactividad, prohibida por el artículo 2.3 CC y la D.T.1ª.

56. Lo anteriormente expuesto tiene una importancia fundamental en lo que se refiere a la prescripción de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones antitrust, porque, una prescripción simplemente comenzada y todavía no concluida, no constituye un derecho adquirido (del destinatario de la acción), sino una expectativa, que, por tanto, no queda afectada por la prohibición de retroactividad²³.

57. Repárese, en este sentido, que el Tribunal Constitucional tiene declarado en prolongada línea jurisprudencial, que “*lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*”²⁴, además de subrayar que “*no existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones aún no consolidadas*”²⁵ o cuando regula las consecuencias a posteriori de situaciones creadas con anterioridad²⁶.

58. Así pues, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, podemos defender que, no se encuadra en el concepto técnico de retroactividad, la afectación por parte de una nueva disposición normativa de efectos no consumados de situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma que, a tenor de esta tesis, sólo serían constitutivos de meras expectativas y no quedarían por tanto protegidas por la regla de irretroactividad²⁷.

59. En consecuencia, dado que desde la promulgación del RD 9/2017 resulta de aplicación inmediata el nuevo plazo de prescripción de 5 años, éste será aplicable cuando la prescripción no se hubiera consumado.

²² En este sentido, STC 182/1997 de 28 de octubre de 1997.

²³ Vid J. CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, tomo I, vol. 1, 10ª edición, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid 1962, p. 648.

²⁴ STC 42/1986 de 10 de abril. En el mismo sentido, STC 65/1987 de 21 de mayo, STC 227/1988 de 29 de noviembre.

²⁵ Vid ATC. 224/1995, de 18 de julio.

²⁶ Vid SSTC. 63/1986, de 21 de mayo, 32/1987, de 12 de marzo y 35/1987, de 18 de marzo.

²⁷ Con rotunda claridad se pronuncia la STC 129/1987, de 16 de julio de 1987, al establecer que “*la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas*”.

3. Una elección consciente del legislador (de la UE y nacional)

60. Ratifica lo anteriormente expuesto, el tenor literal del artículo 22 de la Directiva de Daños, que se refiere a la acción por daños y no a los hechos constitutivos de la infracción.

61. Se trata de una consideración importante, porqué, cuando el legislador de la UE lo ha considerado necesario, ha relacionado expresamente la aplicabilidad de la norma con el momento en el que se produjeron a los hechos generadores del daño utilizado en el pasado, tal y como demuestra el artículo 31 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que establece al respecto lo siguiente:

“Artículo 31. Aplicabilidad

El presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor”.

[el destacado es nuestro]

62. Idéntica conclusión se desprende de la literalidad de la D.T.1ª del RD 9/2017, que, ante la posibilidad de optar por una retroactividad de grado máximo, se limita a establecer una prohibición análoga al artículo 2.3 CC, lo que determina, como se ha visto, que su aplicación sea inmediata, cuando no se haya consolidado el plazo de prescripción.

63. En este sentido, es importante destacar que la actual redacción de la D.T.1ª difiere significativamente de la propuesta de ley de transposición de la Directiva de Daños en el ordenamiento jurídico español (“PLTD”) preparada por la sección especial de la Comisión General de la Comisión²⁸, hecha pública el 15 de enero de 2016²⁹, cuya disposición transitoria única regulaba el régimen transitorio, en los siguientes términos:

1. *“Las previsiones del artículo primero serán aplicables exclusivamente a los procedimientos administrativos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.*

2. *“Las previsiones del artículo segundo serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.*

64. Y es que, si bien la redacción del apartado 2 se ha mantenido idéntico en la actual redacción de la D.T.1ª, es evidente que el apartado 1 ha sufrido una considerable transformación respecto de la PLTD, cuya redacción inicial vinculaba su aplicación a la incoación del procedimiento administrativo (por parte de la autoridad de competencia, se entiende).

65. El indiscutible cambio operado en la D.T.1ª, pone de manifiesto que su actual redacción obedece a una elección consciente del legislador que, en lugar de optar por una solución de derecho transitorio que eliminaba cualquier posibilidad de ampliar el plazo de prescripción con la entrada en vigor de la norma, adopta una posición que, de acuerdo con la interpretación que la jurisprudencia constitucional hace del concepto de retroactividad, no afecta a la proyección a futuro de los derechos no consolidados.

66. Por consiguiente, de acuerdo con la literalidad de la D.T.1ª, la ampliación del plazo de prescripción a 5 años, recogida en el artículo 74.1 LDC, resultará de aplicación a todas aquellas reclamaciones por daños cuyo plazo de prescripción, iniciado de acuerdo con la normativa anteriormente en vigor, todavía no hubiese expirado.

²⁸ Vid orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación, una sección especial para la transposición de la Directiva 2014/101/UE, integrada por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho Mercantil); R. ALONSO SOTO (Catedrático de Derecho Mercantil); A. CALVO CARAVACA (Catedrático de Derecho Internacional Privado); I. DÍEZ PICAZO (Catedrático de Derecho Procesal), F. GASCÓN INCHAUSTI (Profesor Titular de Derecho Procesal); J. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Subdirector General de Política Legislativa) y un funcionario del Ministerio de Economía y Competitividad.

²⁹ El texto de la PLTD puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia haciendo click [aquí](#).

VII. Hacia un sistema efectivo de reclamación por daños derivados de infracciones antitrust

67. Las consideraciones realizadas en los apartados precedentes resultan oportunas, singularmente en el caso español, dado que el marco legal existente hasta el momento, se ha demostrado inefectivo para que las acciones de reclamación por daños pudieran prosperar.

68. Conviene no olvidar, cuando nos adentramos en el ámbito de las reclamaciones de daños derivadas de una infracción contraria al Derecho de la competencia, que los perjudicados por un cártel o abuso de posición de dominio son, habitualmente, clientes o proveedores de una empresa (o empresas) que, precisamente por su posición de privilegio en el mercado, se encuentran en condiciones de llevar a cabo una determinada práctica colusoria.

69. Se trata de un factor a tener en cuenta, porque significa que, dicho cliente o proveedor afectado, probablemente tendrá que volver a contratar en el futuro con la empresa infractora, extremo que por sí solo resulta ya disuasorio a la hora de demandar y acaba por tornarse insalvable, cuando la presencia de obstáculos legales añade incertidumbre a la reclamación.

70. Y lo cierto es que, a día de hoy, las cuentas de resultados de cartelistas, monopolistas y monopsonistas han sido las grandes beneficiadas de la situación³⁰, pues basta comparar el número de sanciones impuestas por las autoridades de la competencia europeas, nacionales y autonómicas por infracciones contrarias al Derecho de la competencia los últimos 15 años, con el escaso número de sentencias judiciales por reclamaciones de daños consecutivas a dichas infracciones, para atisbar cuan rentable ha resultado infringir el Derecho de la competencia en nuestro país³¹.

71. Por ello, la adaptación de nuestro derecho nacional al estándar europeo establecido en la Directiva de Daños resulta urgente, toda vez que la actual regulación basada en el artículo 1902 CC –en cuanto al fundamento de responsabilidad– y, especialmente el artículo 1968 CC –en cuanto a la prescripción–, bien puede resultar contraria al principio de efectividad y a los artículos 101 y 102 TFUE.

1. La interpretación restrictiva (o el triunfo) de la prescripción

72. No es extraño encontrar en nuestra jurisprudencia reiterados pronunciamientos que insisten en la necesidad de llevar a cabo una interpretación cautelosa y restrictiva de la prescripción, sobre la base de que no es una institución fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica³².

73. Sin embargo, nos hemos acostumbrado tanto a convivir con la prescripción, que, en la actualidad, nos parece absolutamente normal que el ejercicio de derechos perfectamente legítimos y hasta deseables desde el punto de vista del bien común –es el caso de las acciones de reclamación por daños derivadas

³⁰ En este sentido, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, Nº 2, p. 22, afirman que “los estudios de Economía Industrial muestran dos hechos (A. Wolf): Primero: Los miembros de un cártel obtienen, de promedio, unas ganancias entre el 15 y el 20%, aunque puedan llegar hasta un 40% en ocasiones. En este sentido, cabe recordar que el § 88/C de la Ley húngara de cárteles de 1 junio 2009 estableció una presunción iuris tantum de un sobreprecio del 10%⁴³. Segundo: Los cárteles internacionales suelen conseguir, de promedio, unos beneficios (30-33%) superiores a los que logran los cárteles meramente nacionales (17- 19%)⁴⁴. Con márgenes de beneficios tan elevados, un dilema inquietante se exterioriza a la sociedad: O se lucha contra los actos antitrust tanto con un sistema de sanciones públicas como con otro sistema de sanciones privadas (el resarcimiento de los daños antitrust) o el incumplimiento de la Ley resulta rentable para los cartelistas”.

³¹ Según datos aportados por la propia DG COMP (disponible en <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013B-06Ben.pdf>), entre 2008 y 2012, sólo ha habido reclamaciones de daños en un 25% de las decisiones de la Comisión sancionando un cartel o una conducta abusiva, y, además, la práctica totalidad de estas acciones se han concentrado en Reino Unido, Alemania y Holanda.

³² Por todas, la reciente STS 384/2019 –ECLI: ES:TS:2019:384– dictada por la sala primera del Tribunal Supremo el 14 de febrero de 2019 (ponente A. SALAS CARCELLER).

de infracciones del Derecho de la competencia, por el efecto disuasorio que generan—, sean desestimadas por el mero hecho de haber transcurrido días, quizás tan solo unas horas, desde que expirara el plazo legal.

74. Todos recordamos como, en la reclamación por daños efectuada por Céntrica Energía, S.L.U., contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (caso “Céntrica”), a raíz del abuso de posición de dominio de ésta última, la acción se consideró inicialmente prescrita por parte del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao y, posteriormente, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, al haber transcurrido un año y 6 días desde que se puso “a disposición” de Céntrica la información que, a la postre, sirvió de base para cuantificar el daño.

75. Pronunciamiento que, pese a ser posteriormente revocado por el Tribunal Supremo en la muy comentada sentencia de 4 de septiembre de 2013³³, no debe ocultar que, en el supuesto enjuiciado, la interpretación supuestamente “restrictiva” de la prescripción llevada a cabo por nuestro más alto tribunal, no tuvo en consideración que el procedimiento ante la Comisión Nacional de la Competencia no había siquiera concluido cuando la información fue puesta en manos de Céntrica³⁴, por lo que, al no haber sido declarada en vía administrativa la infracción del artículo 102 TFUE, el *dies a quo* de la prescripción no debía considerarse iniciado.

76. Pues bien, todo ello debe ser objeto de revisión, de acuerdo con la reciente sentencia del TJUE en el caso Cogeco, toda vez que el inicio del plazo para computar la prescripción no debería fijarse antes de que la resolución sancionadora devino firme, opción perfectamente compatible con nuestro derecho, porque, no es hasta ese momento, que desaparece la incertidumbre procedimental para que los perjudicados puedan plantearse litigar³⁵.

77. Y es que, hasta que la decisión no es firme, la plena aptitud para litigar para reclamar puede verse comprometida, porque cabe la posibilidad de que se revoque la declaración de la infracción o se advierta una infracción formal que modifique o incluso anule la resolución, por lo que, el *dies a quo* para ejercitar una acción *follow-on*³⁶, solo puede situarse en un momento posterior a la firmeza de la resolución sancionadora, una vez las víctimas de la infracción hayan podido determinar el daño.

78. Cosa distinta es que el reclamante, motu proprio, decidiera —o no pudiera— esperar al transcurso de los 5 o 6 años que dura el procedimiento contencioso-administrativo para interponer la reclamación civil por daños sobre la base de la resolución administrativa no firme, opción perfectamente posible a la luz de la regulación anterior al RD 9/2017, que solo contempla la suspensión por prejudicialidad durante el procedimiento administrativo.

³³ La STS 4739/2013 –ECLI: ES:TS:2013:4739–, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (ponente I. SANCHO GARGALLO) tuvo ya en cuenta los trabajos preparativos de la Directiva de Daños y, a partir de una interpretación restrictiva de la prescripción, consideró que debía prevalecer el “principio de indemnidad”, esto es, “la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento”, frente al criterio de la instancia.

³⁴ Nótese que la entrega a Céntrica de la información a partir de la cual calcular el daño se produjo el 2 de junio de 2008, mientras que la resolución sanciona se dictó el 2 de abril de 2009.

³⁵ Máxime, cuando, según tiene declarado el Tribunal Supremo en su STS 191/2015 –ECLI: ES:TS:2015:191– de 9 de enero de 2015 (ponente I. SANCHO GARGALLO) la “previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil”, tal y como sucede en el caso del cártel del azúcar.

³⁶ En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca –ECLI: ES:APHU:2016:70– de 16 de febrero de 2016 (ponente J.T. GARCÍA CASTILLO), que establece al respecto lo siguiente: “Hemos de decir al respecto que, por una parte, aceptamos el criterio del Juzgado en cuanto a que el reconocimiento del derecho de los actores, vino a suponer el fin de la conducta infractora (la negativa injustificada del acceso a la red de la que hablaremos más adelante), hallándose así los perjudicados en condiciones de evaluar la extensión temporal de sus daños, si bien, por otro lado, no hay que olvidar que el acuerdo que reconocía el derecho de los apelantes todavía no era firme, y de hecho fue recurrido en alzada ante la Subsecretaría del Ministerio de Industria, que pudo haber estimado el recurso negando el derecho de acceso a la red como la demandada había hecho desde un principio.”

2. Un plazo “extremadamente breve”, potencialmente contrario al orden público de la UE

79. La conclusión, por tanto, es que, en los procedimientos de reclamación por daños *follow-on*, el demandante “podrá” optar por ejercitar su acción después de la firmeza de la resolución administrativa, sin que el *dies a quo* se considere iniciado, pues la opción de considerar que el plazo de prescripción para reclamar en la vía civil se computa desde la resolución administrativa (o, desde el inicio de la actuación inspectora de la autoridad de competencia, como defienden habitualmente los infractores) y corre en paralelo a la vía contencioso-administrativa, contravendría los artículos 101 y 102 del TFUE y el principio de efectividad.

Tal y como expresa el TJUE en el párrafo 53 de la sentencia del caso Cogeco:

“En efecto, la conformidad de un plazo de prescripción con las exigencias del principio de efectividad, tiene una especial importancia tanto por lo que respecta a las acciones por daños ejercitadas con independencia de una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia como para aquellas que resultan de tal resolución. En cuanto a estas últimas, si el plazo de prescripción, que empieza a correr antes de la finalización de los procedimientos a cuyo término se dicta una resolución firme por la autoridad nacional de la competencia o por una instancia de recurso, es demasiado corto en relación con la duración de esos procedimientos y no puede suspenderse ni interrumpirse durante el transcurso de tales procedimientos, no se descarta que ese plazo de prescripción se agote antes incluso de que finalicen los referidos procedimientos. En ese caso, la persona que hubiera sufrido daños no podría ejercitar acciones basadas en una resolución firme en la que se declare la existencia de una infracción a las normas de competencia de la Unión.”

[el destacado es nuestro]

80. Aunque la sentencia analiza el derecho portugués, es evidente que las consideraciones del TJUE son aplicables al derecho español, lo que excluye una interpretación de la prescripción que sitúe el *dies a quo* de la prescripción en un momento anterior a la firmeza de la resolución administrativa sancionadora.

81. Pero es que, además, no hay que olvidar que España cuenta con el plazo de prescripción de acciones extracontractuales más breve de toda la Unión Europea, extremo que, por sí solo, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de resarcimiento de las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia.

82. Y es que, en una materia que exige llevar a cabo un análisis fáctico y económico complejo, el exiguo plazo de prescripción de un año previsto en el Código Civil, resulta insuficiente para poder armar en condiciones una buena demanda y una buena pericial, que permita a los perjudicados por el ilícito concurrencial interponer una demanda con garantías de éxito.

83. Se trata de una cuestión tan obvia que ha sido reconocida incluso por los jueces de lo mercantil españoles en las jornadas dedicadas a los “*problemas procesales derivados de las acciones «follow on» relacionadas con el cártel de camiones*”, celebradas en Oviedo los días 3, 4 y 5 de octubre de 2018 y posteriormente recopiladas por L. BLANCO GARCÍA-LOMAS³⁷ para el editorial El Derecho:

“No cabe duda que el establecimiento de plazos extremadamente cortos de prescripción, y aquí el plazo de 1 año se antoja extremadamente corto, por cuanto que, si bien con la publicación de la Decisión de la Comisión Europea cualquier perjudicado pudo conocer los hechos constitutivos de la infracción de las normas de defensa de la competencia, así como las personas contra las que podía dirigir la acción, es muy difícil que haya podido reunir los elementos de hecho y de derecho suficiente como para poder cuantificar y concretar la pretensión resarcitoria. En consecuencia, si sujetáramos el ejercicio de las

³⁷ L. BLANCO GARCÍA LOMAS es Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, el texto íntegro de la ponencia puede consultarse en el siguiente enlace: <https://elderecho.com/problemas-procesales-derivados-de-las-acciones-follow-on-relacionadas-con-el-cartel-de-camiones>

acciones “follow on” al plazo y cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, en la práctica, se estaría haciendo prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tales acciones, por la dificultad de calcular el perjuicio sufrido por la conducta infractora en tan perentorio periodo de tiempo.”

[el destacado es nuestro]

84. Es evidente, por tanto, que, de acuerdo con la interpretación realizada por el TJUE en el caso Cogeco, la prescripción regulada en el Código Civil choca frontalmente con la normativa antitrust regulada en los artículos 101 y 102 TFUE y el principio de efectividad, lo que supone que los tribunales nacionales deban interpretar la prescripción de una forma tal que evite sus efectos potencialmente contrarios al orden público comunitario.

3. La obligada adopción de un criterio sobre la prescripción que no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones por daños y perjuicios

85. El carácter imperativo de la normativa antitrust comunitaria³⁸ resulta determinante para considerar, conforme al principio de primacía del derecho de la UE (art. 4 bis LOPJ), que la determinación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del período prescriptivo no puede situarse, bajo ningún concepto, antes de la firmeza de la resolución administrativa³⁹.

86. Sin embargo, ello no es por sí mismo suficiente para salvar la extrema brevedad del plazo anual de prescripción recogido en el Código Civil, toda vez que las evidentes dificultades existentes a la hora de concretar y cuantificar la pretensión resarcitoria por parte de las víctimas, determinan que muchas de las víctimas opten por no reclamar, ante la inseguridad jurídica ocasionada por tener que iniciar una reclamación –judicial o extrajudicial– sin saber cual es el daño.

87. Consecuencia de lo expuesto es que, a fin de alinear la regulación de la prescripción española con el estándar comunitario exigido por el TJUE, el cómputo del plazo de la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un ilícito antitrust no podrá comenzar a correr, hasta que los perjudicados alcancen un conocimiento subjetivo acerca de la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión, entre los cuales se encuentra el alcance de la indemnización debida (o del daño cuantificado).

88. Y ello porque resulta evidente que, difícilmente, podrá un sujeto adoptar una decisión informada sobre la conveniencia (o no) de interponer una acción por daños si ignora cuánto ha sido el daño sufrido o carece siquiera de las bases para poder calcular el quantum indemnizatorio (supuesto especialmente relevante cuando la infracción deriva de un cártel, de carácter secreto), lo que obliga a situar el *dies a quo* en una fecha posterior al momento en el que dicha cuantificación haya podido ser realizada⁴⁰.

89. En consecuencia, tan solo después de que la víctima conozca el perjuicio causado y, pese a ello, opte conscientemente por no iniciar la reclamación judicial o extrajudicial frente al infractor –dejando, en consecuencia, transcurrir el plazo de prescripción–, podrá entenderse que existe realmente una

³⁸ Vid sentencia del Tribunal Supremo 3879/2017 (ponente J.L. ORDUÑA MORENO) –ECLI: ES:TS:2017:3879– que afirma “la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público «español o comunitaria» en el mantenimiento de la competencia”.

³⁹ Como nos recuerda la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1962 (RJ 1962/562): “Si la prescripción comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención; por eso la jurisprudencia de otros países ha establecido la doctrina de que no se podrá reprochar al titular de un derecho, al no haberlo actuado en una época, en la cual no podría ponerlo en ejercicio, pues, además, podría suceder que tal derecho ya quedara prescrito antes de haber podido ser ejercitado, lo cual es tan injusto como absurdo.”

⁴⁰ Entre otras muchas, cabe citar la STS 13/02/2003 (RJ 2003/1013), en el sentido de que el plazo no comienza a correr sino desde que es “conocido cuantitativamente el total del resultado dañoso” o la STS 2/04/2014 (RJ 2014/262), en cuanto afirma que comienza el cómputo del plazo “desde el conocimiento cierto y seguro del alcance total del daño”.

“dejación de la acción” compatible con una interpretación de la prescripción acorde con el principio de efectividad y los artículos 101 y 102 TFUE.

VIII. Reclamando a ciegas: el caso *Trucks*

90. *Trending topic* de las reclamaciones por daños derivadas de infracciones antitrust a nivel europeo, el caso *Trucks* ilustra perfectamente los problemas generados por una litigación masiva asociada a un tema novedoso y complejo, llevada a cabo en muchas ocasiones de forma apresurada ante el potencial riesgo de prescripción de la acción (y a los costes asociados a su interrupción).

91. Todo ello, agravado por la inseguridad jurídica generada por la duda sobre la normativa que debe ser aplicada al fondo del asunto, a la vista del momento temporal en el que fue dictada la resolución sancionadora por parte de la CE y del contenido que se conoce de la misma⁴¹ (ya adelantamos que, a fecha de cierre de este artículo, la decisión definitiva todavía se encuentra pendiente de ser publicada), que se solapa con la entrada en vigor del RD 9/2017.

92. De acuerdo con las consideraciones efectuadas hasta el momento, a continuación abordaremos un breve análisis del caso *Trucks*, a efectos de trazar unas pautas sobre el juego de la prescripción de las acciones por daños de los afectados por dicho cártel.

1. Un cártel de gran tonelaje

93. Las primeras informaciones acerca de la existencia de un cártel de fabricantes de camiones se dieron a conocer el 19 de julio de 2016, cuando la CE hizo pública una nota de prensa en la que informaba de la imposición de una multa histórica de 2.930 millones de euros a los fabricantes de los camiones MAN, Volvo/Renault, Mercedes, Iveco y DAF⁴² por haber constituido un cártel entre los años 1997 y 2011, mediante el cual pactaron precios y retrasaron voluntariamente el cumplimiento de la normativa en materia de emisiones de la UE, en camiones de más de 6 toneladas.

94. La sanción, resultado de las investigaciones iniciadas por la CE en el año 2011 y del programa de clemencia (“*leniency*”) al que se acogieron MAN, Volvo/Renault, Mercedes e Iveco, para beneficiarse de una reducción de la multa, se materializó en el mes de julio de 2016 a raíz del acuerdo alcanzado por dichas entidades junto con DAF, con la CE, lo que hizo que la sanción no fuera objeto de recurso y, por tanto, devino firme.

95. Scania, igualmente investigada por la CE por formar parte del cártel⁴³, optó por no reconocer el ilícito y quedó al margen del acuerdo con la CE, con lo que el procedimiento sancionador se bifurcó y, en lo que a ella respecta, el cauce ordinario derivó en la imposición de una sanción de 880 millones de euros, anunciada mediante nota de prensa de 27 de septiembre de 2017, que todavía no es firme al haber sido objeto de recurso ante el TJUE.

2. Determinación del *dies a quo*

96. La primera cuestión a determinar se centra en fijar cuál es la fecha de inicio de cómputo del plazo prescriptivo, toda vez que, solo cuando se encuentren determinados los elementos necesarios para

⁴¹ La cronología completa del expediente 39824 puede consultarse en la web de la CE o haciendo click [aquí](#).

⁴² Las sanciones fueron interpuestas a las siguientes empresas: del grupo MAN (MAN SE, MAN Truck & Bus AG, MAN Truck & Bus Deutschland GmbH), Daimler (Daimler AG), Iveco (Fiat Chrysler Automobiles N.V., CNH Industrial N.V., Iveco S.p.A., Iveco Magirus AG), Volvo-Renault (AB Volvo, Volvo Lastvagnar AB, Renault Trucks SAS, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH), DAF (PACCAR Inc., DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF Trucks N.V.).

⁴³ En concreto, las empresas Scania AB, Scania CV AB y Scania Deutschland GmbH.

que los afectados pueden reclamar el daño causado, se entenderá que ha nacido la acción de resarcimiento por daños y, por consiguiente, empieza a correr el *dies a quo*.

97. La respuesta, que ha sido hasta la fecha objeto de todo tipo de interpretaciones más o menos interesadas, no parece difícil de determinar si nos atenemos a la información actualmente disponible sobre el ilícito concurrencial, o, mejor dicho, a la falta de información todavía existente en el expediente, en la que, sorprendentemente, pocos parecen haber reparado.

98. El caso es que, durante los años 2016 y 2017, la CE hizo pública diversa información sobre el caso *Trucks* en el portal de competencia, desde la primigenia nota de prensa en inglés ya comentada⁴⁴, el 19 de julio de 2016, hasta la publicación, el 6 de abril de 2017, de una versión provisional de la decisión sancionadora⁴⁵, lo que significa que la versión definitiva se encuentra todavía pendiente de ser publicada.

99. Así lo certifica la segunda nota de prensa publicada por la CE el 27 de septiembre de 2017, cuyo muy revelador título “*No public version available*”, informa de un retraso sine die en la publicación de la versión definitiva de la decisión sancionadora, hasta que las empresas sancionadas y la CE alcancen un acuerdo sobre la información confidencial y los secretos empresariales que pueden (o no) aparecer en la misma⁴⁶.

100. Por tanto, aun cuando es perfectamente posible que algunos de los perjudicados por el cártel decidieran que la información para reclamar era suficiente con la primera nota de prensa, o, posteriormente, con la publicación de la más extensa decisión provisional en abril de 2017, lo cierto es que, si adoptamos un criterio restrictivo del cómputo del plazo de prescripción, el *dies a quo* no debería considerarse iniciado hasta que se publique la decisión definitiva, toda vez que la misma contendrá (o podría contener, lo mismo da a efectos de aquellos que no son parte en el expediente) información adicional que puede resultar decisiva para que las víctimas puedan cuantificar adecuadamente el daño sufrido.

101. Dicha conclusión cobra más fuerza todavía si tenemos en cuenta que el retraso en la publicación de la decisión definitiva es en exclusivo interés de las sancionadas, por lo que, en ningún caso, las víctimas de la infracción deberían pechar con las consecuencias de que la reclamación pueda considerarse prescrita, antes de que toda la información existente sobre la misma haya sido publicada⁴⁷.

102. Todo ello, por descontado, al margen de la potencial reclamación a Scania, cuyo plazo de prescripción nunca podrá comenzar antes de que se publique la decisión sancionadora definitiva, esto es, la sentencia del TJUE.

⁴⁴ Disponible en la página web de la CE del caso *Trucks* ([aquí](#)).

⁴⁵ La información provisional sobre la decisión sancionadora, que puede consultarse en la página web de la CE ([aquí](#)), ya advierte al lector, en negrita y subrayado, de que: “***This is a provisional non-confidential version***”.

⁴⁶ La declaración de la CE, que puede ser consultada en la página web oficial del caso *Trucks* ([aquí](#)) es del siguiente tenor literal: “*As DG Competition and the companies involved are in the process of establishing a version of the decision that does not contain any business secrets or other confidential information, no public version of this text is available for the time being. DG Competition is trying to settle this issue as soon as possible with a view to a quick publication. You are therefore invited to check the present section of DG Competition’s website regularly in order to remain aware of any further developments*”.

⁴⁷ La muy interesante sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 3 de abril de 2019 considera aplicable el nuevo régimen legal al hilo de la STJUE en el caso *Cogeco* y, en un alarde de sentido común en cuanto a la interpretación de un *dies a quo* que haga efectivas las reclamaciones de daños, afirma: “*Tanto las normas reguladoras de la prescripción, como las circunstancias que deben valorarse para decidir su sanción (el día de inicio del cómputo básicamente, porque el plazo es el que es), reclaman una interpretación y valoración restrictivas, cuando, como en este caso ocurre, no existe un negligente ejercicio tardío del derecho, ni perjuicio alguno para la articulación de la defensa de las codemandadas. Y con más razón cuando el término de prescripción que se reclama aplicable es tan corto: un año (la Comisión empleó casi ese tiempo solo para publicar el resumen de la Decisión).*”

3. Un mismo régimen legal aplicable para todos los integrantes del cártel

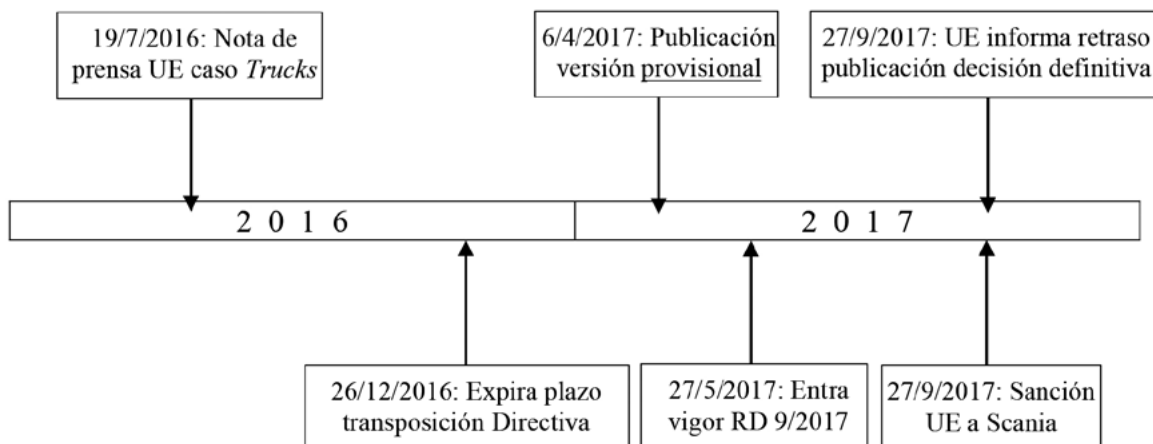
103. Sentado lo anterior, queda por determinar el régimen legal aplicable a la reclamación por daños: la normativa del CC o las disposiciones del RD 9/2017.

104. Se trata de una decisión que también ha resultado controvertida y sobre la que, en contra de lo que se defiende en el presente artículo, la mayoría de sentencias dictadas hasta la fecha relativas al caso *Trucks*, se ha decantado a favor de la aplicación de la normativa del CC, al considerar que, cuando se publicó la primera nota de prensa por parte de la CE –19 de julio de 2016– o se hizo pública la versión provisional –6 de abril de 2017–, todavía no se había transpuesto la Directiva de Daños al ordenamiento español, pues la publicación del RD 9/2017 no tuvo lugar hasta el 27 de mayo de 2017.

105. Sentado lo anterior, el primer motivo de discrepancia con la opinión mayoritaria estriba, precisamente, en la insuficiencia de la información contenida tanto en la nota de prensa como en la versión provisional de la decisión, para considerar que ha nacido la acción.

106. No será hasta la publicación de la decisión definitiva del caso *Trucks*, que se producirá en un momento temporal muy posterior a la entrada en vigor del RD 9/2017, que todas las cartas estarán finalmente sobre la mesa y, en consecuencia, se habrá despejado definitivamente cualquier incógnita sobre la información de la que disponen los afectados para evaluar la entidad del perjuicio causado.

107. Recordemos que la información sobre el caso *Trucks*, se ha venido haciendo pública por parte de la CE en paralelo a la entrada en vigor a la nueva normativa, por lo que no existe obstáculo alguno para aplicar sus disposiciones a las acciones por daños que se interpongan por las víctimas:



108. A todo ello hay que añadir que, aun si asumiéramos la hipótesis más conservadora y considerásemos que la acción de los perjudicados nació el día que la CE publicó la primera nota de prensa (19 de julio de 2016), llegaríamos a la misma conclusión de que resulta aplicable la normativa del RD 9/2017.

109. Y ello por la sencilla razón de que, cuando entró en vigor el RD 9/2017, el plazo anual de prescripción no habría transcurrido y, por tanto, los potenciales demandados por una acción de daños y perjuicios tendrían una mera expectativa de que dicha prescripción se consolidase, nunca un derecho adquirido.

110. Por tanto, dado que el RD 9/2017 comenzó a desplegar sus efectos desde que entró en vigor el 27 de mayo de 2017, el plazo de prescripción se habría ampliado a 5 años de los cuales habrían transcurrido 10 meses y 8 días, lo que significa que, tanto en las reclamaciones por daños dirigidas a MAN, Volvo/Renault, Mercedes, Iveco y DAF, como aquellas que se dirijan contra Scania, deberán sustanciarse al amparo de la nueva normativa.

IX. Conclusión: el esperado fin de una carrera de obstáculos

111. Cada acción de restitución de daños y perjuicios que no se interpone por parte de las víctimas de un cártel o de un abuso de posición dominante, supone, además de un triunfo de los infractores del Derecho de la competencia, un freno que impide conseguir el objetivo de libre mercado establecido como principio fundamental de la UE.

112. Como tiene establecido el TJUE, la plena eficacia de los artículos 101 y 102 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en dichos artículos, se vería en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado el comportamiento de las empresas que restringen o falsean el juego de la competencia.

113. En ese escenario, el reforzamiento de las acciones de daños y perjuicios que persigue la Directiva de Daños pretende, de una forma similar a lo acontecido años atrás con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, potenciar la aplicación privada del Derecho de la competencia como medida de lucha contra las infracciones anti-trust, con la doble finalidad de resarcir a los afectados y disuadir a los infractores.

114. El aumento de la concienciación de los afectados de su derecho a reclamar como consecuencia de las infracciones antitrust, va a provocar que el ordenamiento procesal español tenga que dar solución a dichas reclamaciones, lo que no significa que los reclamantes tengan barra libre para ser indemnizados, sino partir de la asimetría existente entre la posición del perjudicado respecto del infractor, para evitar que determinadas barreras formales hagan excesivamente difícil las acciones por daños.

115. Ello significa que, el corto plazo de prescripción anual previsto en el Código Civil para las acciones de carácter extracontractual, cuya duración es tan corta que la propia judicatura admite que hace prácticamente imposible las acciones de resarcimiento, no puede ser un obstáculo para que las acciones por daños puedan prosperar.

116. Lógicamente, dicha circunstancia puede hacerse extensiva al caso de que no se permita a los afectados acumular acciones (lo que hace que las reclamaciones sean antieconómicas y, por tanto, no se interpongan) o se exija la aportación de costosas traducciones para emplazar un demandado al que, cuando le interesó, no tuvo problema en usar la lengua española para vender sus productos cartelizados en nuestro país.

117. La aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, además del principio de efectividad, deben servir de guía para remover todos los obstáculos legales existentes para que dichas acciones de indemnización de daños y perjuicios sean efectivas, a efectos de que los perjudicados por una infracción por el Derecho de la competencia puedan ser resarcidos en su totalidad del daño causado.