

# Inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia

**Ángel Carrasco Perera**

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

Consejero académico de GA\_P

---

*En esta nota se estudia si se dan las condiciones para que pueda hablarse de inicio del plazo de prescripción cuando la acción de responsabilidad por daños derivados de ilícito competencial hubiera de interponerse sin esperar a una decisión administrativa sancionadora previa.*

## 1. Lo que el actor debe saber para que corra la prescripción

(1)

Según el artículo 10.2 de la *Directiva 2014/104* (de responsabilidad civil por daños causados por ilícitos competenciales), el plazo de prescripción (que será como mínimo de cinco años ¡sin distinguir entre daños contractuales y extracontractuales!) de las acciones resarcitorias no empezará a contar antes de que la infracción competencial haya cesado y de que el actor sepa o hubiera podido razonablemente conocer (a) la «conducta» y el «hecho» que constituye un ilícito competencial, (b) que «la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio» y (c) la «identidad del infractor». La transposición de esta norma mediante el *artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia* (reforma publicada en el *BOE* de 27 de mayo del 2017) no es enteramente congruente con la versión española de la directiva, que a su vez es una traducción sutilmente desviada de la versión inglesa («*of the fact that the infringement of competition law caused harm to it*»). Ya de partida, no es lo mismo tener conocimiento *en toda su extensión del perjuicio sufrido* o tenerlo *del hecho de que se ha sufrido perjuicio*. Luego volveré sobre

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

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

- (1) ello, pero antes proceden unas consideraciones generales sobre el plazo de prescripción de las acciones por ilícitos del Derecho antitrust. A partir de ahora voy a referirme a las normas tal como están transpuestas en la ley española.

## 2. Público y privado en el Derecho antitrust

- (2) Es sabido que la directiva ha querido consagrar un sistema de acumulación independiente de remedios públicos y privados para perseguir infracciones competenciales y que los remedios privados pueden apoyarse en una decisión condenatoria previa de la autoridad nacional o europea de competencia o pueden activarse con independencia de que se haya iniciado o concluido un procedimiento administrativo, sin perjuicio de las ventajas que para los actores civiles reporta la existencia de una sanción administrativa previa (*cf.* art. 75). Se habla entonces de *stand alone claims* y de *follow on claims*. Dicho esto, es importantísimo advertir que en el régimen legal actual (no así en la reforma de 1989 de la Ley de Defensa de la Competencia o LDC: STS de 8 junio del 2014: cártel del azúcar), las *stand alone claims* están sujetas a su propio plazo de prescripción autónomo, con independencia de que se articule o no un procedimiento público de infracción. Lo prueba claramente el apartado 3 del artículo 74. Si el plazo de prescripción de una *stand alone claim* se interrumpe cuando se inicie un procedimiento administrativo sancionador relativo a una infracción «relacionada» con la acción de daños (mala traducción: *in respect of an infringement to which the action for damages relates*, que denota una relación más directa entre objeto de la pretensión civil y objeto del procedimiento administrativo), será porque aquel plazo ya se inició a su debido tiempo. Es decir, que puede y debe producirse el *dies a quo* del plazo de prescripción civil con independencia de que se haya iniciado o concluido un procedimiento administrativo sancionador. La misma interrupción del plazo tiene lugar cuando se inicie un procedimiento de solución extrajudicial respecto de las partes que participan en este procedimiento alternativo. Es muy importante tener en cuenta esta prefiguración legal porque de la lectura de alguna jurisprudencia española parece darse como un hecho indiscutible que el actor puede retrasar el inicio del plazo de prescripción hasta el momento de tener conocimiento de la resolución administrativa de infracción (*cf.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 12 de 9 de mayo del 2014: cártel del seguro decenal) o, en otros términos, que, en materia de prescripción, los actores se hallan siempre en el caso de esperar a litigar una acción *follow on*.

## 3. La tarea de evaluar los daños

- (3) Es universalmente asumida la enorme dificultad de evaluar los daños y perjuicios en este sector. Especialmente, porque los demandados y demandantes serán ordinariamente operadores plurales y, entre ellos, pueden distribuirse aleatoriamente actores que reclamen en calidad de compradores o proveedores directos del cártel; otros que sean compradores de los compradores directos o proveedores de los proveedores directos del cártel; unos terceros que sean prestadores o receptores de servicios empresariales de los compradores, directos o indirectos, y, por

(3) último, consumidores finales. A pesar de que no hay demanda de importancia en este sector que no vaya acompañada de pericias sobre complejos modelos econométricos, la sensación no siempre verbalizada es que el cálculo correcto de los daños es una empresa poco menos que imposible; la condena (no ya la sentencia), con todo, *ha de producirse* (cfr. art. 76.2) y el juzgador no puede conformarse con un *non liquet* a pesar de la inexistencia de pruebas concluyentes.

(4) Si la cifra correcta de daños es un objetivo virtualmente inalcanzable en el seno de un procedimiento administrativo —que dispone de recursos en principio no limitados para esclarecer los hechos—, resulta una fantasía pensar que la certidumbre probatoria pueda obtenerse en el seno de una litigación privada, donde todas las partes tienen incentivos para *invertir sólo cantidades limitadas en la búsqueda de la verdad*. Mas se da el caso de que las condenas administrativas de los cárteles raramente se pronuncian sobre si la conducta causó daños privados a los particulares y *jamás* se atreven a hacer una predicción sobre la *cuantía* de estos daños, extremos que se dejan de lado para que se resuelva, en su caso, en la litigación privada. Y esto ocurre incluso en condenas administrativas de tipo solidario, con lo que de hecho se deja a las partes interesadas sin medio real de hacer efectivo el reembolso entre codeudores, deviniendo inútil la previsión del artículo 73.5 («en función de la responsabilidad relativa por dicho perjuicio»). Y también de hecho convierte en imposible la especulación escolástica que está en la base del (por demás, injustificada regla) artículo 77: como si el actor que transige con uno de los operadores del cártel pudiera saber adelantadamente la «parte en el perjuicio» que le toca a dicho operador y la parte «restante» de indemnización que no recupera de este operador cuando transige con él.

#### 4. El «alcance» del perjuicio

(5) Las anteriores digresiones vienen a propósito de lo siguiente. Existe en el Derecho y la judicatura civil españoles una tendencia a repetir como estribillo universal que las acciones de responsabilidad civil, en general, no empiezan a correr hasta que no se conozca el hecho de la infracción, la identidad del causante y el «alcance» de la indemnización debida (o del daño cuantificado)<sup>1</sup>. Nunca se ha explicado con mayor detalle qué quiere entender

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril del 2012, RJ 2162: «Como recuerda la reciente STS de 25 de abril del 2013, el inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual viene determinado por el conocimiento por el perjudicado de la existencia del hecho determinante de la responsabilidad («desde que lo supo el agraviado»). El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS, entre las más recientes, de 24 de mayo del 2010; 12 de diciembre del 2011, y 9 de enero del 2013, de manera que el plazo de prescripción no comienza a correr en contra de la parte que se propone ejercitar la acción mientras no disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (es decir, hasta el *efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño* [corporal] sufrido)». Se trataba de un problema de secuelas en daños personales.

(5) con «conocimiento del alcance»<sup>2</sup>, pero la serie de resoluciones judiciales donde esta expresión suele contenerse induce a pensar que la exigencia se produce en el seno de los casos afectados por la doctrina del «daño continuado», los daños que se consolidan por una consolidación difusa, especialmente en los supuestos de daños personales, de daños producidos por competencia desleal, de daños ambientales y de daños causados por infracciones de Derecho de la propiedad industrial o intelectual. Se habla entonces ordinariamente de la necesidad de que se consume la «consolidación» del daño. Una infracción competencial de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puede en ocasiones constituir una infracción continuada; pero repárese en que esto, que puede ser más común en los casos de abuso de posición dominante, difícilmente puede acontecer cuando la infracción es un cártel. Es cierto que el cártel puede durar mucho, *pero el daño causado a otros operadores* (compradores directos e indirectos, etc.) es ordinariamente *puntual*. El adquirente de nuestro caso sufre daño cuando compra el producto o servicio cartelizado; y si lo compra muchas veces, cada vez que realiza una compra, consistiendo el daño en el perjuicio puntual del sobreprecio extraído. Ni la infracción ni el daño pueden ser difusos *respecto de cada uno de los potenciales dañados* ni de cada uno de los *actos de compra*. Y la circunstancia de que la acción de daños aún no haya prescrito para quienes compraron más tarde no quiere decir que no haya prescrito para quienes compraron antes el producto cartelizado. No existe al respecto una especie de solidaridad activa universal entre los dañados ni entre sus eventuales representaciones colectivas (*cfr. STJUE Peroxide, 2015*); no hay una regla de cierre por la que el *dies a quo* para cualquier actor se posponga hasta el cese de la infracción en su conjunto.

(6) La conclusión que acaba de proponerse se revela de suyo como obvia, a poco que se reflexione. Si el inicio del plazo de prescripción dependiera de que el demandante conociera o pudiera conocer *antes del proceso* cuál es el montante del daño resarcible, resultaría que el riesgo de la cuantificación y de la prueba del daño correría a costa del demandado, en lugar de hacerlo, como es lógico, a costa del actor. Además, se consideraría que ninguna acción habría empezado a correr, aunque hubiera existido demanda, si la sentencia firme concediera una cantidad indemnizatoria distinta de la pedida, porque esto revelaría que de hecho el actor no conocía al demandar cuál era esta cantidad, que no había *actio nata*. Esto no puede admitirse, como indirectamente viene a probar el artículo 76.2 de la ley, que parte del postulado implícito, evidente, de que el riesgo de cuantificación del daño es un riesgo de la prueba y la prueba es un riesgo del actor, pero no un elemento constitutivo de la acción en su curso de prescripción temporal ni una circunstancia de hecho o de derecho que *fundamente* la pretensión. Lo que el actor tiene que conocer para que la prescripción empiece a correr son las *contingencias de*

---

<sup>2</sup> *Cfr.* la buscada imprecisión de las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio del 2008, RJ 4239, o de 25 de marzo del 2009, RJ 1746: «por no conocer todavía *las bases para actuarlo*». Y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre del 2011, RJ 3542: «elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de *aptitud plena para litigar*». O «el conocimiento del daño *realmente producido*» (STS de 4 de octubre del 2012, RJ 9026). O bien «desde que es conocido *cuantitativamente* el total resultado dañoso» (STS de 12 de febrero del 2003, RJ 1013). En otras ocasiones, lo que hay que conocer es sólo la «existencia del hecho determinante de la responsabilidad» (STS de 25 de abril del 2013, RJ 3389).

- (6) *daño*, puntuales o continuadas, pero la cuantificación es su riesgo en el proceso, sin perjuicio de la «ayuda» que el juez quiera prodigarle merced al artículo 76.2. Al menos en cuanto a los daños producidos por el funcionamiento de cárteles en el mercado (no es tan claro en otro tipo de daños) es notoria la diferencia entre la contingencia del daño y el montante del perjuicio.

## 5. La «atracción» del Derecho español

- (7) Si la propuesta que aquí se critica expresara en verdad el convencimiento al respecto de nuestra jurisprudencia de daños, España se convertiría en un *forum optimum* para litigar contra los operadores implicados en cárteles internacionales, sin necesidad de que uno siquiera de los infractores estuviera domiciliado o hubiera realizado actos de comercialización en España, bastando que un sujeto domiciliado en España quisiera litigar como actor. Porque la jurisprudencia *Peroxide* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene sin ambages que el lugar de comisión del ilícito a efectos del artículo 7.2 del Reglamento (UE) Bruselas I es el de la materialización singular del daño en cada dañante, lo que equivale a postular como factor de conexión competencial el domicilio del actor (o de cada uno de ellos). Pero también devendría el Derecho civil común español la ley aplicable más conveniente para los actores, que acabarían eligiéndola en caso de litigio plural conforme al artículo 6.3 del Reglamento (UE) Roma II. La «cadena» del Derecho de la prescripción en Europa se vendría a romper «en su eslabón» más débil, el Derecho español, que atraería fatalmente a nuestra vorágine a las normas del resto de las jurisdicciones. Porque el Derecho común español es también uno de los pocos<sup>3</sup> que en materia de prescripción carece de una *norma general* (sí hay reglas especiales en materia de daños por productos y daños nucleares) de limitación temporal absoluta del plazo de prescripción, es decir, de un plazo final de cierre de la accionabilidad que se aplica fatalmente con independencia de que el actor conozca o no las circunstancias que disparan la producción del *dies a quo* del plazo de prescripción. En otras palabras, si la cosa fuese como aquí se niega, en España, y aplicando el Derecho común español de la prescripción, el plazo de las acciones por daños competenciales probablemente no empezaría a contar nunca y no se extinguiría nunca por el transcurso del tiempo.

## 6. La praxis más probable

- (8) Si se nos pidiera ahora una valoración prospectiva del más probable estado venidero de las cosas en aplicación de la presente regulación, diríamos (a) que no llegaremos a ver una acción *stand alone* fuera de los casos de abuso de posición dominante en los que el perjudicado se halle muy singularizado; (b) que, cuando se interpongan acciones *follow on*, el juzgador no va a cuestionar nunca si el plazo de prescripción de la acción nació y eventualmente se consumió antes de la iniciación del procedimiento administrativo, y (c) que, una vez firme la resolución administrativa —que casi seguro no contendrá ninguna estimación de daños—, el plazo de

<sup>3</sup> *Long-stop limitation period*: diez años en Alemania, veinte en Holanda, por ejemplo.

- (8) prescripción empezará a correr (o a correr de nuevo, si lo expresado en el apartado a no se admite) sin importar si los afectados por el cártel o abuso de dominio se hallan en disposición de poder realmente evaluar el «alcance cuantitativo» de los perjuicios antes de lanzarse al proceso.