



**ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR
INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA.
LA ACUMULACION DE ACCIONES Y LA CESIÓN DE
DERECHOS DE INDEMNIZACION COMO
ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN CONJUNTA EN
ESPAÑA**

Guillermo J. SCHUMANN BARRAGÁN

Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Profesión de Abogado

Curso: 2016/2017

Trabajo de Fin de Máster

Derecho Procesal

Tutor: Prof. Fernando Gascón Inchausti

Calificación obtenida: Matrícula de Honor

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un estudio de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia. En concreto, se analizan los presupuestos materiales de la acción a la luz de la Directiva 2014/104 (UE). Asimismo, se realiza un análisis sobre la posibilidad de utilizar la acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España.

PALABRAS CLAVE

Derecho de la competencia, acciones de responsabilidad civil, Directiva 2014/104, acumulación de acciones, cesión de derechos

KEYWORDS

Competition law, antitrust damages actions, Directive 2014/104, joinder of actions, transfer of credits

Índice

1. Introducción.....	4
2. La acción de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia ..	9
2.1 Acción u omisión ilícita.....	11
2.2 Daño	13
2.3 Nexo Causal.....	17
2.4 Criterio de imputación.....	18
3. Estrategias de litigación conjunta. Consideraciones previas	19
4. La acumulación de acciones	24
4.1. Jurisdicción y competencia.....	27
4.2 Homogeneidad de procedimiento e inexistencia de prohibición expresa de acumulación.....	31
4.3 Nexo por razón del título o causa de pedir	32
4.4 La flexibilidad como criterio de interpretación jurisprudencial de la acumulación de acciones.....	35
4.5 La posible existencia de procesos conexos.....	37
5. La cesión de derechos de indemnización	40
5.1 El caso de Cartel Damage Claims	41
5.2 La cesión de derechos de indemnización en el ordenamiento jurídico español ...	45
6. Conclusiones.....	52
Bibliografía.....	54

1. INTRODUCCIÓN

1. En sus conocidas sentencias *C-453/99 Courage and Crehan*¹ y *C-295-298/04 Manfredi*², el TJUE reconoció expresamente la aplicación y eficacia directa de los actuales arts.101 y 102 del TFUE entre los particulares y, por tanto, consagró el derecho subjetivo de cualquier justiciable a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia ante los tribunales nacionales de los Estados miembros.³ Esta sentencia es generalmente conocida por ser el punto de partida a nivel comunitario del llamado *private enforcement* del Derecho de la Competencia. Sin embargo, siguiendo el principio de la autonomía procesal de los Estados Miembros (*principle of national procedural autonomy*), el TJUE trasladó a los ordenamientos jurídicos nacionales la tarea de designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables. Ello, dentro del respeto de los principios de igualdad de trato y de efectividad (*principle of equivalence and effectiveness*)⁴.

Así, el TJUE reconoció el derecho material de los justiciables a solicitar una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia, pero delegó en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros la tarea de establecer los mecanismos procesales para el ejercicio efectivo del mismo.

2. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se fueron poniendo de manifiesto las importantes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos nacionales y la falta de mecanismos procesales que permitieran, de forma efectiva, el ejercicio del derecho material reconocido a los justiciables en la UE.⁵ Las instituciones comunitarias

¹ C-453/99, *Courage and Crehan*, (2001) ECR I-6297.

² Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, EU:C:2006:461.

³ Derecho subjetivo incorporado posteriormente por vía legislativa en el Reglamento (CE) 1/2003 relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁴ Case C-453/99, *Courage and Crehan*, (2001) ECR I-6297 párrafo 29.

⁵ Ya en el primer párrafo del conocido como *ASHURT Report (Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules)* se pone de manifiesto que “the picture that

entendieron que estas diferencias afectaban de manera significativa a uno de los pilares fundamentales de la UE: el mercado interior. Las diferencias normativas por medio de las cuales se regían las acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia en los Estados Miembros, provocaban dos efectos perjudiciales. En primer lugar, una inseguridad jurídica y una incertidumbre en cuanto a las condiciones en que las partes perjudicadas podían ejercitar el derecho de resarcimiento consagrado a nivel comunitario. Por otro lado, se entendía que una aplicación desigual del derecho al resarcimiento podría dar lugar a ventajas competitivas para algunas empresas, desincentivando el ejercicio de los derechos de establecimiento, suministro de bienes y prestación de servicios en aquellos Estados Miembros en los cuales el derecho al resarcimiento se aplicara con mayor efectividad.⁶

Por lo cual, ante la “inexistencia de una normativa supranacional capaz de unificar y estandarizar el ejercicio judicial del Derecho de la Competencia en la Unión (...) y, ante la ausencia de una regulación procesal común”⁷, se constató “la necesidad de establecer ciertas disposiciones procesales que estandarizasen el ejercicio del derecho material de una manera efectiva y uniforme” a nivel comunitario, por cuanto se entendía que “de nada sirve reconocer la existencia de unos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, si los mismos no van acompañados de los instrumentos procesales adecuados para garantizar la tutela judicial” de los justiciables⁸.

3. Así las cosas, la Comisión llegó a la conclusión de la necesidad de actuar a nivel comunitario y, tras un largo periodo de consultas, propuso la tramitación legislativa y aprobación de la Directiva 2014/104 UE de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho

emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of the astonishing diversity and total underdevelopment”.

⁶ Directiva 2014/104 UE 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 la Unión Europea. Considerandos 6 y 7.

⁷ TORRE SUSTAETA, Victoria. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia. La tutela procesal del derecho de la competencia en el plano nacional español*, Editorial Aranzadi, 2016, pág. 38.

⁸ *Ibidem* pág. 36.

nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y la Unión Europea (en adelante “la Directiva”).⁹

De esta manera, la Directiva pretende garantizar a cualquier justiciable el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia. Todo ello, imponiendo a los Estados Miembros la obligación de establecer una serie de mecanismos procesales que permitan, tras su transposición¹⁰, el ejercicio del Derecho de la Unión, reduciendo las diferencias normativas entre los Estados Miembros.

4. Uno de los principales problemas procesales ante los cuales se enfrentaba la Directiva era la ineficacia de las acciones colectivas en los ordenamientos jurídicos nacionales en aquellos supuestos en que existan una pluralidad de perjudicados.

No cabe ninguna duda que, por las características intrínsecas a los litigios que traen consigo, “el Derecho de la Competencia es un ámbito muy señalado, si no el que más, para el ejercicio de acciones en defensa de intereses colectivos y difusos”¹¹. Si atendemos a los trabajos previos e informes preparatorios de la Directiva, observamos la intención de crear mecanismos colectivos de resolución de conflictos (*collective redress mechanisms*). En este sentido se manifestaron el Comité Económico y Social Europeo o la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor. Se entendía que este tipo de mecanismos eran necesarios para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE,

⁹ La Directiva es el resultado de un largo proceso de estudio y periodo de consultas realizados por la Comisión, materializados principalmente en el Libro Verde “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarios de defensa de la competencia” (2005), el Libro Blanco “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” (2008) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (2011).

¹⁰ De conformidad con el art. 21 de la Directiva, los Estados miembros deberán transponerla antes del 27 de Diciembre del 2016. En nuestro país actualmente existen una Propuesta de Ley presentada por una sección especial creada para la transposición de la Directiva en la Comisión General de Codificación. La Propuesta de Ley va más allá que la Directiva, aprovechando la ocasión para incorporando en la LEC una sección especial sobre el acceso a las fuentes de prueba. Sin embargo, en lo que respecta a las acciones por daños, la Propuesta de Ley se limita a incorporar, en algunos artículos de forma textual, lo contenido en la Directiva. Es por ello que, al no existir diferencias relevantes entre la Directiva y la Propuesta de Ley, en el presente trabajo nos referiremos únicamente a la primera, realizando consideraciones puntuales de la segunda únicamente cuando sea oportuno.

¹¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. “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, Círculo de Empresarios, 2008, pág. 67.

máxime en supuestos de infracciones de normas de Derecho de la Competencia, en las cuales nos encontramos con una pluralidad de afectados – ya fuesen compradores directos o indirectos-.

Múltiples son los documentos de trabajo preparatorios y consultas públicas en las cuales las instituciones comunitarias ponían de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos colectivos de resolución de conflictos. En el Documento de trabajo “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” de 4 de febrero del 2011, la Comisión realizó un estudio en el cual se pretendía identificar los principios jurídicos comunes, todo ello en aras de crear un verdadero sistema europeo de resolución de conflictos colectivos. Así mismo, el Parlamento Europeo mostró en su Resolución de 2 de febrero de 2012 “*Towards a Coherent European Approach to Collectives Redress*” su preocupación por establecer estos sistemas colectivos de resolución de conflictos para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Todos estos trabajos preparatorios se cristalizaron finalmente en la Recomendación de 11 de junio de 2013 de la Comisión (2013/396/UE).

Sin embargo, estas intenciones de incluir mecanismos colectivos de resolución de conflictos fueron diluyéndose paulatinamente durante el proceso legislativo, hasta el punto de quedar completamente excluidos de la Directiva. Ello con el argumento de ser preferible un instrumento que regule de forma general y homogénea las acciones colectivas (enfoque horizontal). Se entendía que el Derecho de la Competencia no es el único ámbito del Derecho de la UE en el cual sería conveniente contar con mecanismos colectivos de resolución de conflictos (Derecho de consumo, Derecho ambiental, entre otros). Por lo cual, una regulación fuera de la Directiva permitiría sentar unos principios básicos aplicables a este tipo de instrumentos procesales, con el objetivo de crear un verdadero mecanismo europeo de resolución de conflictos y no un sistema fragmentado en distintos cuerpos legales.¹²

Sin entrar a analizar críticamente los argumentos que las instituciones europeas utilizaron para no incluir estos sistemas colectivos, o hacer un balance de los intereses económicos en juego, la realidad es que este tipo de mecanismos procesales no fueron expresamente reconocidos en la Directiva. Este enfoque horizontal es lo que llevó a la Comisión a emitir su Recomendación de 11 de junio de 2013 sobre los principios

¹² Comisión Europea. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto. Demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas *antitrust* de la UE (2013).

comunes aplicables a los mecanismo de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE).

5. La Directiva en su considerando 13 determina que “La presente Directiva no debe exigir a los Estados Miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE”. Por lo cual, si bien el instrumento normativo no contempla especialmente una “acción colectiva de resarcimiento”, tampoco la excluye expresamente. A igual conclusión llegamos de la lectura del art. 2.4) en virtud del cual la acción por daños es toda acción mediante la cual “una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad”.

Creemos que la exclusión o, por lo menos, la falta de reconocimiento expreso de una acción colectiva de resarcimiento se debe al miedo de crear un sistema similar a las *class actions* en EEUU. En abstracto, el cumplimiento y la aplicación de las normas de Derecho de la competencia se pueden asegurar a través del llamado *public enforcement* o *private enforcement*. Mientras que en el primero el papel protagonista lo tienen los poderes públicos mediante el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en el segundo son los particulares afectados los que, a través del ejercicio de acciones de resarcimiento, aseguran el cumplimiento el Derecho de la competencia.

En los EEUU el *private enforcement* se ha concebido como la principal herramienta del sistema para asegurar la aplicación del Derecho de la Competencia. Por esta razón, su ordenamiento jurídico debe contar con mecanismos procesales potentes (*v.gr.* las *class actions*) que permitan a los particulares litigar de forma efectiva frente a la existencia de ilícitos anti concurrenciales. Por el contrario, en la UE, el *public enforcement* ha sido la forma de asegurar el cumplimiento del Derecho de la Competencia, teniendo la aplicación privada un protagonismo secundario. Lo ideal sería mantener un equilibrio entre ambos mecanismos haciéndolos complementarios entre sí. Así, creemos que la exclusión de las acciones colectivas de la Directiva se debe al miedo de potenciar “en exceso” la aplicación privada en un sistema en el cual ésta está pensada como un mecanismo secundario y no como la herramienta principal para asegurar el cumplimiento de las normas *antitrust*.

6. El presente trabajo pretende analizar una serie de estrategias de litigación, tanto a nivel procesal como sustantivo, a la luz del panorama presentado anteriormente. De esta manera, se intentará hacer un análisis normativo y jurisprudencial de los mecanismos propuestos.

En concreto, nos centraremos en aquellos supuestos en los cuales se ha causado un daño a un conjunto de empresas como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia.

En primer lugar, se hará un estudio de la acción de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia, estudiando sus elementos identificadores, objetivos y subjetivos. Seguidamente, se pondrá de manifiesto la ineficacia de las acciones colectivas en procesos en los cuales hay un conjunto de empresas afectadas, así como una serie de argumentos que imponen la necesidad de buscar mecanismos eficaces que suplan estas deficiencias. Por último, se realizará un análisis sobre la posibilidad de la acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta a luz del ordenamiento jurídico español.

2. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

7. Si seguimos la definición dada por DE LA OLIVA, podemos concebir la acción como un derecho subjetivo público que el justiciable tiene a obtener una tutela jurisdiccional concreta. Este derecho subjetivo se encuentra condicionado por la concurrencia de una serie de requisitos jurídicos materiales. De esa manera, en el momento en que estos presupuestos se dan, se tiene acción y, por tanto, derecho a obtener una sentencia o resolución judicial con un contenido determinado.¹³ La acción afirmada en la pretensión cumple un papel de vital importancia en el plano procesal, en tanto en cuanto a partir de sus elementos identificadores se determinan presupuestos procesales de tal transcendencia como la jurisdicción, la competencia, la litispendencia, la cosa juzgada, el procedimiento o la posibilidad de acumulación de acciones, entre muchos otros.

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. DIEZ-PICAZO GIEMENEZ, Ignacio. VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Segunda edición, 2013, págs. 132-148.

8. Del estudio de una acción concreta podemos empezar a perfilar el objeto de un proceso, esto es, “aquello sobre lo que se proyecta la actividad procesal”. “El objeto del proceso civil regido por el principio dispositivo está constituido por la acción o acciones afirmadas al formular la pretensión, cuyo vehículo formal es la demanda...”. Por lo cual, podemos llegar a la conclusión que “el objeto del proceso es la acción que se afirma en la pretensión”.¹⁴

9. De lo anterior se deduce la importancia de, antes de analizar estrategias de litigación concretas, hacer un estudio de la acción de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. Tal como dijimos anteriormente, la acción está condicionada a la existencia de una serie de requisitos jurídico-materiales. Pues bien, en este apartado pretendemos hacer una exposición de los requisitos –hechos constitutivos– que tran consigo el nacimiento de un derecho al resarcimiento por infracciones del Derecho de la Competencia.

10. Como determina la Directiva¹⁵, las acciones por daños se rigen por las normas sustantivas existentes en cada uno de los Estados Miembros. Ante la ausencia de una disposición legal específica que regule este tipo de acciones en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶ será necesario acudir al artículo 1902 del Código Civil como el sustrato jurídico material sobre el que se sustenta la acción de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia.¹⁷ Por lo cual, este tipo de acciones no son más que el punto de conexión entre dos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico: el Derecho de la Competencia y el Derecho de daños o de responsabilidad civil.¹⁸

De esta manera, para realizar un estudio correcto de las acciones de resarcimiento por ilícitos *antitrust*, será necesario analizar los elementos clásicos de la responsabilidad civil extracontractual a la luz de las circunstancias concurrentes en el ámbito del

¹⁴ *Ídem*. pág. 345-359.

¹⁵ Considerando 11 de la Directiva.

¹⁶ Por el contrario, existen algunas materias en las cuales la legislación contempla acciones específicas de indemnización por daños y perjuicios. Un ejemplo de ello sería la acción contenida en el art. 32 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, según la cual contra los actos de competencia desleal podrá ejercitarse “acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal...”.

¹⁷ TORRE SUSTAETA, Victoria. *Op. cit.* pág. 128.

¹⁸ OROMÌ I VALL-LLOBERA, Susanna. “El ejercicio de acciones de responsabilidad civil por los perjudicados en materia de Derecho de la Competencia. Aspectos procesales.”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXVII, I, 2016, págs. 101-115.

Derecho de la Competencia. Todo ello prestando especial atención a las especificidades que la Directiva contiene al respecto.

11. La acción de responsabilidad civil extracontractual es la dirigida a reclamar a otro la reparación del daño que ha causado, interviniendo culpa o negligencia. Este tipo de responsabilidad significa “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”, teniendo su fundamento en la transgresión del deber genérico de abstenerse de realizar comportamientos ilícitos para los demás *–neminem laedere–*.¹⁹ Sus elementos se desprenden de la propia lectura del art. 1902 CC: a) una acción u omisión ilícita; b) un daño; c) un nexo causal; y d) un criterio de imputación.

2.1 Acción u omisión ilícita

12. El primer elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar es un comportamiento o acto humano que pueda considerarse causante del daño. Sin embargo, para que este acto pueda considerarse como fuente de responsabilidad, es necesario que el mismo pueda ser calificado como ilícito o antijurídico.²⁰

Respecto a las acciones de indemnización por ilícitos *antitrust*, es evidente que esta acción u omisión ilícita corresponde a cualquier actuación restrictiva, o susceptible de restringir, el funcionamiento normal del sistema competitivo en el mercado. De esta manera, son los actuales arts. 101-102 del TFUE y 1-3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia el marco jurídico de referencia que permite determinar la ilicitud de las acciones u omisiones concretas que generan el derecho a ser indemnizado. La casuística es tan rica en la práctica judicial, tanto nacional como europea, que su estudio desbordaría por completo el ámbito del presente trabajo.

13. Es importante dejar claro que, en abstracto, existen dos modalidades de litigación en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia: *follow-on* o *stand alone*. La diferencia sustancial entre una u otra radica en si la existencia del ilícito anti-competencial ha sido ya declarado, o no, por la autoridad de la competencia correspondiente.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Editorial Tecnos, 11ª Edición, 2015, pág. 315.

²⁰ *Ibidem*, pág. 323.

La modalidad *stand-alone* es aquella en la cual la acción de resarcimiento se ejercita sin que exista una resolución administrativa que declare la existencia de un ilícito anti-competencial. Por lo tanto, en el proceso civil en el cual se solicite la condena de indemnización por daños y perjuicios será necesario, de forma simultánea, pretender que se declare la ilicitud de la conducta anticompetitiva llevada a cabo.

Por el contrario, en la modalidad *follow-on* el proceso civil se inicia una vez que la autoridad de la competencia ya ha dictado una resolución administrativa declarando ilícita y contraria a las normas de la competencia una conducta determinada que, a su vez, “coincidirá generalmente con la *cuasa petendi* o supuesto fáctico de transcendencia jurídica alegada por el actor”.²¹

14. Si seguimos analizando los modelos en abstracto, cada una de las modalidades anteriores tienen sus ventajas y desventajas.

Mientras la modalidad *stand-alone* permite interponer la demanda de reclamación de daños y perjuicios inmediatamente, sin esperar al desarrollo de un procedimiento administrativo y la correspondiente firmeza de la resolución, tradicionalmente ha tenido una clara desventaja, la dificultad práctica de acceder a fuentes de prueba que permitan demostrar de forma fehaciente la comisión del ilícito anti-concurrencial por la otra parte.

Por otro lado, en la modalidad *follow-on*, si bien es necesario el desarrollo de un procedimiento administrativo –con el correspondiente riesgo de que la acción prescriba– el hecho de contar ya con una resolución administrativa que declara el ilícito anti-competencial hace que “la parte demandante solo tendrá que probar la relación de causalidad entre el ilícito y el perjuicio sufrido”.²²

15. Pues bien, tras la lectura de la Directiva (y la Propuesta de Ley de transposición²³) queda claro que desde la UE se incentiva la litigación por medio de la modalidad

²¹ TORRE SUSTAETA, Victoria. *Op. cit.* pág. 190.

²² TORRE SUSTAETA, Victoria. *Op. cit.* pág. 193-196.

²³ Propuesta de Ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la transposición 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 Unión Europea. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>

follow-on. En primer lugar, en su art. 9 se establece claramente que “la constatación de una infracción del Derecho de la Competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se consider[a] irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional”. De igual manera, en el supuesto de litigios transfronterizos, en el apartado 2 del mismo artículo, se garantiza que “toda resolución firme (...) en otro Estado Miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales al menos como principio de prueba”.²⁴ En segundo lugar, siendo la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual uno de los tradicionales riesgos que se asocian a esta modalidad de litigación –por el breve plazo de 1 año del art. 1968 del CC- la Directiva en su art. 10 determina que los Estados establecerán que el plazo para el ejercicio de la acción por daños sea de al menos 5 años, así mismo, “los Estados miembros velarán por que se suspenda o (...) se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la Competencia con la que esté relacionada la acción por daños”.²⁵

16. Ante el panorama que incorpora la Directiva y, atendiendo a la práctica forense en la UE, ceñiremos el estudio de las estrategias de litigación que se presentaran más adelante a la modalidad *follow-on*.

2.2 Daño

17. Sin daño no hay responsabilidad. Por lo cual, la prueba y cuantificación del daño son dos de los elementos a los cuales mayor atención presta la Directiva. No podemos olvidar que uno de los principales objetivos de este instrumento normativo es lograr que los justiciables obtengan el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido, devolviendo al perjudicado al estado que tendría de no haberse cometido la infracción del Derecho de la Competencia. En cuanto a este aspecto, será necesario analizar, en primer lugar, cuáles son las partidas o daños indemnizables que contempla la Directiva y, en segundo lugar, el método de cuantificación de los mismos.

²⁴ Es importante mencionar que la Propuesta de Ley en su art. 75.2ª establece, yendo más allá que lo que establece la Directiva, como vinculante la resolución administrativa firme de la autoridad nacional de la competencia de cualquier Estado miembro.

²⁵ En la Directiva también encontramos algunas medidas para reforzar la modalidad *stand alone*. Probablemente la más importante de ellas, el acceso a la fuentes de prueba.

18. Respecto al primer aspecto, la Directiva establece claramente en su art. 3 el derecho a solicitar el resarcimiento por el daño emergente –*damnum emergens*–, el lucro cesante –*lucrum cessans*–, más los intereses desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en el cual se abone la indemnización. Es importante mencionar que en este extremo la Directiva hace una definición “autónoma” del daño indemnizable, por cuanto impone las partidas que serán objeto de resarcimiento con independencia de si las mismas están o no reconocidas como objeto de indemnización en los ordenamientos jurídicos nacionales y si se conciben por separado o conjuntamente en los mismos.²⁶ Todo ello por considerar, como dijimos anteriormente, que la cuantificación de los daños y perjuicios es un elemento que puede afectar directamente al mercado interior y deslocalizar las empresas a aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales las indemnizaciones fueran menores.

19. En cuanto al segundo de los aspectos, no cabe duda de que la cuantificación del daño sufrido es uno de los elementos de mayor complejidad en el sistema de las acciones por daños. Y, por tanto, la mayor parte de las medidas que se contemplan en materia probatoria van dirigidas justamente a probar la existencia y cantidad del daño sufrido.

La propia Directiva advierte la dificultad de cuantificar la magnitud de los daños sufridos. Nos encontramos ante un área del Derecho en la cual existen una gran cantidad de elementos fácticos y técnicos que hace necesario crear modelos económicos abstractos que permitan cuantificar el daño sufrido. Estos modelos “implican realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión”²⁷. Se establece, por mencionar algunos parámetros objetivos, que el daño emergente es “el resultado de la diferencia de precios entre cuantías ya pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido la infracción” o, que el lucro cesante, es la disminución de las ventas causadas por el sobrecoste asumido por el agente económico.²⁸

²⁶ Considerando 12 de la Directiva.

²⁷ Considerando 39 de la Directiva.

²⁸ *Ídem*.

20. Ante estos problemas y dificultades, inherentes a la materia en la que nos movemos, la Directiva ofrece una serie de soluciones. En primer lugar, faculta a los órganos jurisdiccionales nacionales a estimar el importe de la indemnización si se acredita que el actor sufrió los daños pero le resulta imposible o excesivamente difícil cuantificar los mismos, en base, a las pruebas disponibles (art. 17.1) y, en segundo lugar, se establece una presunción *iuris tantum* de la existencia de daños por infracciones llevadas a cabo por carteles (art. 17.2).

La Comisión, en sintonía con lo dispuesto en la Directiva²⁹ ha elaborado una Guía Práctica para la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE.³⁰ En esta, se afirma que “el objetivo de la Guía Práctica es ofrecer asistencia a los órganos jurisdiccionales nacionales y a las partes implicadas en demandas por daños y perjuicios, dando mayor difusión a la información relevante para la cuantificación del daño causado por las infracciones de las normas de competencia de la UE”.³¹

Sin embargo, como la propia Directiva³² establece, la elección de los mecanismos de cuantificación del perjuicio sufrido corresponde al juez nacional según su ordenamiento jurídico. Por esta razón, la propia Comisión advierte que la “Guía Práctica es puramente informativa y no es vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales ni las partes. Por consiguiente, no altera las normas jurídicas de los Estados miembros que regulan las demandas por daños y perjuicios y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros y de las personas físicas o jurídicas en virtud del Derecho de la UE”.³³

²⁹ Considerandos 42, 46 y art. 16 de la Directiva.

³⁰ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf

³¹ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Párrafo 11.

³² “Corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar los requisitos que el demandante ha de cumplir a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos que pueden utilizarse para cuantificar el importe y las consecuencias de no poder respetar plenamente esos requisitos.” Considerando 46 de la Directiva.

³³ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Párrafo 12.

Defensa “passing-on”

21. Uno de los principales retos ante los que se encuentra el legislador en el momento de diseñar sistemas de responsabilidad civil justos y económicamente eficaces es el de mantener un equilibrio entre conseguir la completa indemnidad de la parte perjudicada y no incurrir en una sobrecompensación a la misma. En la Directiva este equilibrio se pretende mantener, entre otras medidas, consagrando la conocida como defensa “*passing-on*”.

22. Según la Directiva, se considera comprador directo aquella “persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios”. Por otro lado, se define al comprador indirecto como aquel que “haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios”. Como se ha dicho anteriormente, la Directiva tiene como objetivo lograr la total indemnidad tanto de compradores directos como indirectos (art.12). Se protege, de esta manera, a toda la cadena de suministro de los daños sufridos como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia.

23. Pues bien, la defensa del “*passing-on*” permite al autor de una práctica anticompetitiva contra el que se dirige una acción por daños, incoar en su defensa que el reclamante –comprador directo-, ha repercutido una parte del sobrecoste obtenido a otras personas –compradores indirectos-. De esta manera se pretende garantizar el resarcimiento del daño a cualquier nivel de la cadena de suministro sin incurrir en una sobrecompensación.

En supuestos en los cuales los demandantes son compradores directos, recae en la parte contraria la carga de probar que el sobrecoste se repercutió efectivamente sobre el resto de la cadena de suministros.

Por el contrario, cuando los demandantes son compradores indirectos, se invierte la carga de la prueba. Así, los actores deberán demostrar la existencia y la cuantía del sobrecoste. Sin embargo, la propia Directiva facilita esta carga estableciendo una serie de supuestos en los cuales se entiende que existió una repercusión de sobrecostes: cuando 1) existió una infracción del Derecho de la Competencia; 2) la infracción del Derecho de la Competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo y 3) el comprador indirecto adquirió bienes o servicios objeto de la infracción

del Derecho de la Competencia (art. 14).³⁴ Deben concurrir los tres requisitos para que opere la presunción a favor de los compradores indirectos.

24. En conclusión, lo que esta defensa trata de evitar es que, si se ejercitan distintas acciones de daños por parte de varios compradores y existen uno o varios procedimientos judiciales incoados en paralelo, la indemnización resultante de todos ellos no sea superior al daño realmente producido por parte del infractor.

La existencia de esta defensa es uno de los principales argumentos que sostienen la pertinencia de utilizar estrategias de litigación conjunta. La Directiva en su art. 15 determina que en aquellos supuestos en los cuales se ejerciten acciones por daños por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, los Estados miembros, a través de los medios procesales disponibles tanto a nivel nacional como comunitario, eviten la producción de una responsabilidad múltiple o la ausencia de responsabilidad. Pues bien, como veremos más adelante, consideramos que las estrategias de litigación conjunta que se exponen en el presente trabajo pueden servir eficazmente para evitar los riesgos de la tan temida sobrecompensación, al tiempo de mostrarse como mecanismos idóneos para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables.

2.3 Nexo Causal

25. La acción u omisión infractora de las normas del Derecho de la Competencia y el daño producido a compradores –directos o indirectos- han de ser enlazados por un nexo causal. “La mera lectura del artículo 1.902 evidencia que entre la acción u omisión del agente y el daño inferido a la víctima debe existir un nexo causal, una relación de causa a efecto”.³⁵

26. La prueba del nexo causal, como la de todos los elementos constitutivos de las acciones por daños, corresponde al actor. Al igual que en el apartado anterior respecto de la realidad y cuantificación del daño, la mayor dificultad respecto al presupuesto del nexo causal se localiza en fase probatoria. Como declaraba el *Competition Appeal*

³⁴ Este hecho nos lleva a afirmar una vez más como la Directiva, en cierta manera, “incentiva” la modalidad de litigación *follow-on* y cómo, a su vez, se muestra como la forma más eficiente de litigación en esta clase de procesos.

³⁵ LASARTE, Carlos. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. 12º Edición. Editorial Marcial Pons. pág. 296.

*Tribunal de Reino Unido*³⁶ “la prueba de la causalidad y de la cuantía del daño es a menudo un tema complejo, incluso cuando la responsabilidad no está cuestionada”. Y esto porque, aun cuando exista una resolución administrativa vinculante para el órgano jurisdiccional que declare la comisión de una práctica anti-competitiva, “ello no significa que sea culpable de los daños que se le pretenden imputar por ello”.³⁷

Consideramos que la presunción *iuris tantum* contenida en el art. 17 de la Directiva³⁸ respecto a las infracciones cometidas por los carteles, es una presunción respecto a la producción del daño y al nexo causal del mismo. Todo ello se deduce de la literalidad del artículo, según el cual “se presumirá que las infracciones de carteles *causan* daños y perjuicios” y que estos daños son consecuencia directa de su propia existencia. De esta manera, se invierte la carga de la prueba, es la demandada la que debe acreditar que la existencia del cartel no ha causado daños y perjuicios a los actores.

Si tenemos en cuenta que la gran mayoría de la litigación que se ha producido a nivel comunitario respecto a infracciones de la competencia tiene relación con la existencia de carteles, consideramos que la prueba –o presunción- del nexo causal, no debe convertirse en un elemento que dificulte, o haga excesivamente complicada, la solicitud de condena de los daños y perjuicios sufridos.

2.4 Criterio de imputación

27. El último de los presupuestos materiales para el nacimiento de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de daños es el criterio de imputación. Este no es más que un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al patrimonio de un individuo concreto. Aunque el ordenamiento prevé otros criterios, la culpabilidad es el criterio normal de imputación en nuestro ordenamiento jurídico.

³⁶ Sentencia del *Competition Appeal Tribunal* de 12 de marzo de 2009. Caso *Enron Coal Services LTD v. English Welsh and Scottish RailWay LTD*.

³⁷ TORRE SUSTAETA, Victoria. *Op. cit.* pág. 159.

³⁸ Directiva 2014/104 UE de 26 de noviembre de 2014 relativa a... Art. 17.2 “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción”. En el mismo sentido, el considerando 47 afirma que “para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios. Dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción.”

El principio de culpabilidad (art. 25 CE) es uno de los principios ordenadores de la protestad sancionadora del Estado. Según este principio la Administración Pública solo puede sancionar a los responsables de ilícito administrativo y exige “la imputación y el dolo o culpa en la acción o conducta sancionable”³⁹

Por esta razón, en la modalidad *follow on*, consideramos que el dolo –“acción omisión con conciencia e intención de causar daño a otro”- o la culpa –“acción y omisión que se realiza sin la diligencia debida y que por ello causa un daño”⁴⁰-, como criterios de imputación en el ámbito civil, son elementos que se encuentran implícitos en el propio acto administrativo que declara la comisión de un ilícito anti-competencial.

3. ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN CONJUNTA. CONSIDERACIONES PREVIAS

28. Entre las funciones sociales de la abogacía –como instrumento necesario para la realización de la Justicia- está la de encontrar nuevas estrategias procesales o mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permitan, de forma más eficiente, la correcta satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables. Es, por tanto, una verdadera tarea de innovación y creatividad gracias a la cual, con el paso del tiempo, el ordenamiento jurídico va evolucionando y adaptándose a las nuevas realidades económicas y sociales. Sin embargo, muchas veces esta función se ve directamente truncada por los órganos jurisdiccionales. Si atendemos a la realidad en nuestro país, es evidente que nuestros jueces nunca se han mostrado muy propensos a permitir -con los mecanismos que nos otorga el marco legal vigente- esta tarea “creativa” del abogado.⁴¹ El sistema judicial, como cualquier otro sistema, requiere del correcto funcionamiento y armonía de todos sus elementos para la consecución de su fin último: la impartición de justicia.

³⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, 2012, pág. 577.

⁴⁰ O´CALLAGAN MUÑOZ, Xavier. *Op. cit.* pág. 673.

⁴¹ Sin duda haría falta todo un análisis sociológico o psicológico para entender una realidad tan compleja y que explicará el rechazo que genera en los jueces españoles acceder a nuevas formas de resolver los conflictos en el ámbito procesal. Una oposición para el ingreso a la carrera judicial basado en la “mera” memoria de extensos temarios, la carga de trabajo ante la que se encuentran nuestros Juzgados y Tribunales o el natural (y humano) miedo a lo desconocido, son algunas de las razones que podrían explicar esta realidad.

Pues bien, este cierto rechazo de los órganos jurisdiccionales a permitir nuevas estrategias de litigación, si bien es una cuestión “extra-jurídica”, es un elemento que el abogado debe tener en cuenta para valorar los riesgos y oportunidades de litigar de una u otra forma.

29. Antes de entrar a analizar las estrategias de litigación conjunta que se proponen en el presente trabajo, estimamos necesario hacer una serie de consideraciones previas que servirán como argumentos y fundamentos que justifiquen su utilización.

30. El derecho reconocido a nivel comunitario al resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la Competencia exige “que todos los Estados Miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo”. Esta necesidad de que existan vías procesales eficaces “se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva” de conformidad con lo establecido en los art. 19 del TFUE y 47 de la CDFUE.⁴²

De la lectura de la Directiva, y de los trabajos preparatorios de la misma, se desprende de forma clara la estrecha relación entre la existencia de mecanismos procesales *eficaces* y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido a nivel comunitario. Es importante destacar que se impone a los Estados miembros la obligación de incorporar mecanismos procesales eficaces, esto es, no sólo que en abstracto permitan litigar, sino que realmente alcancen el fin último buscado por el Derecho comunitario, en este caso, la completa indemnización de los daños y perjuicios sufridos por prácticas anti-concurrenciales.

Las infracciones del Derecho de la Competencia tienen, la mayoría de las veces, una pluralidad de empresas afectadas. Los costes inherentes a la litigación en este tipo de procedimientos es una de las principales barreras que impiden a los justiciables acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la tutela del Derecho al resarcimiento. Estas barreras crean, en palabras de la Comisión, “un claro déficit en términos de justicia. Una dificultad que difícilmente se reconcilia con el derecho a la tutela judicial efectiva”.⁴³

⁴² Considerando 4 de la Directiva.

⁴³ Documento de trabajo de los servicios de la comisión. Resumen de evaluación de Impacto. Demandas por daños y perjuicios pro infracción de las normas *antitrust* de la UE.

31. El TJUE ha declarado, en asuntos como *Akerberg o Melloni*⁴⁴, que cuando un individuo acciona derechos reconocidos por la Carta ante los tribunales nacionales, el proceso y la decisión final del juez puede considerarse así mismo como aplicación del Derecho de la Unión al tenor del art. 51 CDFUE. Con la entrada en vigor de la CDFUE, el TJUE ha venido declarando la obligación de los jueces nacionales de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta (principio declarado expresamente en el art. 19 TUE⁴⁵). De esta manera, se pone de manifiesto la necesidad de articular los mecanismos procesales necesarios en los distintos ordenamientos de los Estados Miembros para proteger y tutelar de forma eficaz los derechos fundamentales reconocidos.

32. Íntimamente relacionados con lo anterior se encuentran a los principios de efectividad y equivalencia contenidos en el art. 4 de la Directiva. Según el TJUE, el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que la regulación procesal nacional destinada a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables, no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil su ejercicio. El artículo 47 de la Carta establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados, tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Así, es necesaria la interpretación de la normativa procesal nacional a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Carta.

El proceso se concibe como el medio por el cual se realizan los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico concreto. Por tanto, al tutelar derechos materiales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario, el proceso se debe analizar a la luz de la jurisprudencia y concepción del derecho a la tutela judicial efectiva realizada por TJUE, estando obligado el juez nacional, conforme al principio de efectividad, a articular los mecanismos necesarios conforme a su ley procesal para que esta no se convierta en un obstáculo a la realización del ordenamiento jurídico de la UE.

33. A modo de recapitulación, hemos afirmado, tal como acepta la Comisión, que son necesarios mecanismos colectivos de resolución de conflictos que permitan superar las barreras inherentes a este tipo de litigación, permitiendo a las partes compartir costes y

⁴⁴ Sentencias del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. Asuntos C-617/10 y C-399/11.

⁴⁵ Art 19 TUE: Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

riesgos. Así mismo, hemos destacado la estrecha relación que tiene la existencia de estos mecanismos con el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en la CDFUE y el principio de efectividad consagrado en la Directiva. Pues bien, ahora toca cuestionarse si existen en el ordenamiento jurídico español instrumentos procesales que permitan a una pluralidad de empresas afectadas litigar eficazmente de forma conjunta por infracciones del Derecho de la Competencia

34. *A priori*, cabría pensar en la figura de las acciones colectivas como el instrumento procesal idóneo para este tipo de litigación. Sin embargo, tal y como pone de manifiesto DIEZ-PICAZO GIMENEZ “las posibilidades de que se planteen acciones colectivas de daños y perjuicios por violaciones del Derecho de la Competencia en España son muy escasas”.⁴⁶ Esto se explica ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, las acciones colectivas se conciben, casi exclusivamente, como un instrumento para la tutela colectiva de los derechos e intereses de consumidores y usuarios. Así, el legislador únicamente ha otorgado legitimación extraordinaria para su ejercicio a una serie de entidades representativas de aquellos.

Ante la imposibilidad de crear una verdadera clase, a diferencia de lo que sucede en países como EEUU, y el resto de limitaciones que iremos viendo más adelante, las acciones colectivas, tal como se encuentran actualmente reguladas, se muestran como un medio bastante ineficaz para el ejercicio de acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia por parte de una pluralidad de empresas afectadas.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. “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, Círculo de Empresarios, 2008. págs. 67-71.

En el mismo sentido ORTELLS RAMOS afirma que “Las acciones judiciales de carácter colectivo, mediante las que asociaciones de consumidores y usuarios pueden pretender tutela para los derechos individuales de un gran número de inversores, que han sido lesionados por la misma conducta ilícita, eran, supuestamente, el instrumento de más moderno diseño y más idóneo para tratar este tipo de litigios. No obstante, esas acciones han brillado por su ausencia en la constelación de las estrategias para afrontar el problema que se han utilizado en la práctica forense. Las causas de ese fracaso no son seguras, pero me atrevo a pronosticar que son de dos clases. Por un lado, la poco clara y deficiente configuración jurídica de un instrumento complejo y novedoso, que está necesitado de un mejor soporte normativo para alcanzar una aplicación normal. Por otro lado influye la ignorancia, carente de realismo, de los problemas ligados a la financiación de (y a la responsabilidad por) los costes de este tipo de pleitos, generadora de inseguridades que frenan tanto a las asociaciones que tienen legitimación (en sentido jurídico) para tomar la iniciativa, como a los titulares de los derechos afectados para expresar su voluntad de participación.” En “*Acción judicial colectiva, acumulación y proceso modelo como técnicas de tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por las OPS de Bankia*” en “*Derecho, Justicia, Universidad. Libro Homenaje a Andrés de la Oliva Santos*” Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pág. 2386

Este déficit en nuestro ordenamiento jurídico procesal, junto con las exigencias derivadas del principio de eficacia y la jurisprudencia emanada del TJUE respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, son los principales argumentos que justifican la necesidad de buscar instrumentos, tanto a nivel procesal como sustantivo, que permitan a los justiciables ejercitar sus derechos reconocidos a nivel comunitario.

35. Al aproximarnos al estudio de las estrategias de litigación conjunta que proponemos en el presente trabajo no debemos olvidar la pluralidad de intereses económicos en juego. En algunos supuestos “el demandando puede tener, de entrada, interés en que se mantenga un tratamiento separado de las diferentes (y abundantes) demandas” todo ello porque, “mientras no haya quedado establecido un criterio de resolución contrario al demandando, cada demanda abre un proceso que puede terminar en una sentencia que le sea favorable”⁴⁷. Aunque el enfrentarse a sucesivas demandas “pueden aumentar los costes procesales” esta opción permite al demandado diversificar sus riesgos y abrir “diferentes posibilidades de éxito”. En la mayoría de los supuestos las empresas cuentan con estructuras organizativas que les permiten ejercitar su defensa de la forma más eficiente económicamente, encontrándose en condiciones de rentabilizar esos costes.⁴⁸

36. Cabe hacer una última precisión antes del estudio de las diversas estrategias de litigación conjunta que se plantean. De cualquier infracción de normas *antitrust* nacen varias acciones susceptibles de ser ejercitadas en un proceso civil. La acción de declaración del ilícito anti-concurrencial; la acción de nulidad de los contratos, acuerdos o decisiones que fueran consecuencia de la comisión del ilícito; la acción de resarcimiento por daños; la acción declarativa negatoria de la comisión del ilícito, entre otras. Pues bien, consideramos de vital importancia dejar claro que en el presente trabajo nos ceñiremos a litigios en los cuales se ejerciten de forma conjunta por un conjunto de empresas únicamente acciones por daños.⁴⁹

⁴⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel. “Acción judicial colectiva, acumulación y proceso modelo como técnicas de tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por las OPS de Bankia” en “Derecho, Justicia, Universidad. Libro Homenaje a Andrés de la Oliva Santos” Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, págs. 2351.

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ Consideramos que el art. 400 de la LEC no obliga al justiciable a ejercitar todas y cada una de las acciones que tenga contra la otra parte. Por lo cual, en el caso ejercitarse una acción por daños de forma colectiva, esto no traería consigo la preclusión del resto de las acciones. La parte actora podría, por ejemplo, ejercitar una acción de nulidad del contrato en un proceso separado.

4. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES

37. Como hemos dicho anteriormente, si analizamos la regulación actual de las acciones colectivas en España, llegamos a la conclusión que estas se encuentran previstas únicamente para la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Y, por tanto, se muestran como un mecanismo ineficaz para el tipo de litigación que analizamos en el presente trabajo: acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia ejercitadas por un conjunto de empresas perjudicadas.

En la propia Recomendación de 11 de junio de la Comisión se pone de manifiesto que “la capacidad legal para ejercitar una acción colectiva en los Estados miembros depende del tipo de mecanismo de recurso colectivo. En determinados tipos de acciones colectivas, como las acciones de grupo que pueden interponerse conjuntamente por quienes aleguen haber sufrido daños, la cuestión de la capacidad está más clara que en el caso de las acciones de representación, en que debe clarificarse. En las acciones de representación, la capacidad legal para ejercitarlas debe limitarse a entidades acreditadas *ad hoc*, a entidades representantes designadas que cumplan determinados criterios establecidos por la ley o las autoridades públicas.”⁵⁰

Ante este panorama, para articular de forma eficaz litigios colectivos se muestra necesario acudir a los mecanismos procesales “clásicos”. Y entre las opciones que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico procesal “las miradas se han dirigido hacia una técnica tradicional para el tratamiento de casos que se consideran seriados: la acumulación, en una única demanda, de pretensiones de los varios demandantes contra el demandado”⁵¹. Nos referimos a la técnica de la acumulación de acciones. Esta técnica, como pone de manifiesto ORTELLS RAMOS, se muestra “más que razonable, porque, en defecto de instrumentos más sofisticados para tratar colectivamente peticiones de tutela plurales y total o parcialmente iguales en sus fundamentos, la acumulación ha sido, en general, una de las vías de solución exploradas”.⁵²

⁵⁰ Considerandos 17 y 18 de la Recomendación de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE).

⁵¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Op. cit.* pág. 2368.

⁵² *Ídem.*

38. La acumulación de acciones se define como “el ejercicio conjunto, en un único proceso, de dos o más acciones, de manera que se tramiten conjuntamente y sean resueltas en la misma sentencia”⁵³. Su regulación normativa la encontramos en los arts. 71-73 de la LEC. Existe consenso en la doctrina procesalista en señalar como fundamento de esta institución jurídica la economía procesal y la evitación de resoluciones judiciales contradictorias. De esta manera, se afirma que la acumulación de acciones sirve “a la economía procesal, por cuanto habrá un solo proceso, en vez de varios, de donde se deduce una reducción tanto de costes económicos, personales, como de la propia energía jurisdiccional”⁵⁴, todo ello evitando que se dicten resoluciones judiciales que contengan un contenido contradictorio y excluyente entre sí.

Sin embargo, también existe consenso en afirmar que, como contrapartida a estos beneficios, la acumulación de acciones en un mismo proceso puede acarrear una complejidad “poco recomendable” en el mismo. De manera que será necesaria la ponderación, según las circunstancias concretas en cada clase de litigio, entre los beneficios que nos ofrecen esta técnica procesal y los peligros inherentes a la misma.⁵⁵

39. Es este, sin duda, uno de los principales argumentos a los que suelen recurrir los demandados. Así, afirman que la acumulación de acciones genera una complejidad tal en el proceso que les impedirá ejercer plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, a la contradicción y a la prueba en condiciones de igualdad.

40. El objeto del proceso se compone de sujetos, *petitum* y causa de pedir. Basta con que no coincida alguno de los elementos para afirmar que los objetos procesales son distintos. Sin embargo, cuando entre dos objetos procesales distintos existe identidad entre alguno de sus elementos, hablamos de conexión de acciones. Esta conexión es la que justifica la técnica de la acumulación de acciones.⁵⁶ Se habla de acumulación objetiva cuando el elemento de conexión entre los objetos son los sujetos –las partes-. Y se habla de acumulación subjetiva, cuando “existe entre ellas una conexión por razón de

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, 2000, pág. 11.

⁵⁴ *Cit. Ibídem* pág. 12.

⁵⁵ ARMENTA DEU, Teresa. CORDÓN MORENO, Faustino. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. MUERZA ESPARZA, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I. Aranzadi, 2º Edición, 2011, pág. 612.

⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Et allí. Op. cit.* pág. 480.

uno de los elementos objetivos de la acción, en concreto, la causa de pedir”.⁵⁷ Pues bien en el presente apartado analizaremos la técnica de la acumulación subjetiva de acciones como una estrategia de litigación conjunta en los procesos de indemnización por ilícitos *antitrust*.

41. Según el art. 72 de la LEC, la acumulación subjetiva permite ejercitar “las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno”. De esta manera es posible constituir un litisconsorcio –activo o pasivo- voluntario.

En el plano procesal el artículo 72 de la LEC, en relación con el art. 12 del mismo cuerpo legal, permitirían a los actores demandar a uno o a varios de los sujetos responsables de los ilícitos anti-concurrenciales. Por otro lado, en el plano sustantivo, el art. 11 de la Directiva establece la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia. Por lo cual, en abstracto, en supuestos de daños infringidos por carteles, sería posible demandar a todos ellos o solo a alguno de sus miembros. Esta decisión, más propia de la estrategia procesal, dependerá de una serie de factores tan variados y complejos que desbordaría el propósito del presente trabajo. Entre ellos podemos mencionar, a título ejemplificativo, la liquidez de las partes, el material probatorio con el que se cuente, la competencia internacional y la conveniencia de litigar en uno u otro foro y, en su caso, la ejecución forzosa, entre muchos otros.

42. Los requisitos procesales para la acumulación de acciones se desprenden de la propia regulación de la LEC. Por un lado, en el art. 73 encontramos los presupuestos genéricos para que se permita la acumulación de acciones: la jurisdicción y competencia, la homogeneidad del procedimiento y la inexistencia de prohibición específica de acumulación. Estos requisitos son exigibles para la acumulación tanto objetiva como subjetiva de acciones. Sin embargo, para la acumulación subjetiva, aparte de los requisitos procesales anteriormente mencionados, el art. 72 LEC exige un elemento adicional: la existencia de “un nexo por razón del título o causa de pedir”.

43. Nos corresponde analizar los requisitos de la acumulación subjetiva a la luz de la regulación de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. El presente trabajo se limita a litigios en los cuales se ejerciten

⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. cit.* pág. 14.

únicamente acciones por daños –excluyendo el resto acciones que nacen de un ilícito anti-competencial-. Ante este planteamiento, haremos una exposición muy general de los requisitos procesales necesarios para la acumulación de acciones, prestando especial interés únicamente a aquellos requisitos que, a nuestro parecer, pudieran dar mayores problemas al momento de intentar esta técnica en el ámbito del derecho de daños *antitrust*.

44. Como dijimos anteriormente, al usar la técnica de la acumulación de acciones nos encontramos ante una encrucijada. Por un lado, sus beneficios –la economía procesal y la evitación de sentencias contradictorias-, y por otro, su principal riesgo –crear procesos en los cuales la pluralidad de objetos traiga consigo una complejidad material y sustantiva considerables-. Para resolver este problema, existen países en los cuales se permite al Juez realizar una ponderación de estas dos circunstancias y, en el caso de que las desventajas superen a los beneficios, “desacumular” de oficio las acciones inicialmente acumuladas por las partes. En nuestro ordenamiento jurídico procesal no se encuentra contemplada esta facultad del juez⁵⁸. Por ello, si se cumplen los requisitos procesales legalmente establecidos, la acumulación deberá ser admitida. Consideramos que, ante la inexistencia de una norma que permita al Juez “desacumular” acciones de oficio en nuestro país, cuando un órgano jurisdiccional se encuentra ante un proceso complejo, se encarga de interpretar los requisitos procesales de manera restrictiva para impedir la acumulación de acciones. De esta manera, aunque se cumplan los requisitos legalmente establecidos, el órgano jurisdiccional se encargará de poner toda clase de obstáculos para que se acumulen las acciones. Este es un riesgo que debemos ponderar al plantearnos esta técnica procesal y un elemento que debemos tener muy presente al analizar la jurisprudencia que existe al respecto.

4.1. Jurisdicción y competencia

45. El primero de los requisitos es que el tribunal ante el cual se pretenden acumular las acciones tenga jurisdicción —internacional y por razón de la materia– y competencia objetiva para conocer de todas las acciones que se ejercitan. Este requisito busca, como

⁵⁸ ARMENTA DEU, Teresa. CORDÓN MORENO, Faustino. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. MUERZA ESPARZA, Julio. *Op. cit.* pág. 612.

es lógico, que a través de la técnica de la acumulación el actor no burle una serie de normas imperativas relacionadas con determinados presupuestos procesales.⁵⁹

a) Jurisdicción.

46. La jurisdicción para conocer de las acciones de indemnización por ilícitos *antitrust* está atribuida al orden jurisdiccional civil. La Directiva establece en su considerando 13 el derecho al resarcimiento de cualquier persona, “con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora”. Sin embargo, el problema que se podría plantear en este punto es si, ante la existencia de un contrato que contenga una cláusula de sumisión a arbitraje, el demandado podría plantear eficazmente una declinatoria y excluir una acción de daños del conocimiento de los Juzgados y Tribunales ordinarios.

47. El TJUE en el caso *CDC Hydrogen Peroxide*⁶⁰ determina que “una cláusula atributiva de competencia solo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada”. De esta manera, es necesario analizar la relación jurídica de la cual surge la cuestión controvertida para determinar qué elementos se encuentran dentro de una determinada cláusula atributiva de jurisdicción. El Tribunal entiende que “una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad” a causa de una acción por daños por ilícitos anti-trust. En cambio, sería válida y eficaz “una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la Competencia”.⁶¹ La solución es clara: el pacto de sumisión a arbitraje solo permitirá excluir a los Jueces y Tribunales ordinarios del conocimiento de una acción por daños cuando tal extremo estuviera expresamente contemplado en el mismo.

b) Competencia internacional

48. Este no es el lugar para realizar un profundo análisis de la normativa sobre competencia internacional en materia de acciones por daños y la amplia jurisprudencia

⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. cit.* pág. 26.

⁶⁰ STJUE de 21 de mayo de 2015 (Sala Cuarta). Asunto C-352/13.

⁶¹ *Cit. Ídem* Considerandos 68-72.

que analiza la variada casuística al respecto. Sin embargo, cabe hacer dos breves puntualizaciones al respecto.

En cuanto a la atribución de competencia para el conocimiento de las acciones de daños causadas por carteles: el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I *bis*) permite que el actor interponga su demanda “ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. El TJUE, interpretando el mencionado art. 7.2), ha establecido que en materia de acciones por daños por infracciones de normas de la competencia, se entenderá como lugar de la acción lesiva, aquel en el cual se haya constituido el cártel o concluido el arreglo colusorio, y, como lugar de producción del daño, el domicilio social del perjudicado.⁶²

De igual interés es el art. 8 del mismo Reglamento y la jurisprudencia que lo interpreta que permite, en el supuesto de encontrarnos ante varios demandados, interponer la demanda en el domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las “demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias”.

49. Pues bien, si ponemos en relación los arts. 7.2 y 8 del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I *bis*), junto con el fuero general del domicilio del demandado contemplado en el art. 4, llegamos a la conclusión de que se abre un amplio abanico de posibilidades de litigar en uno u otro foro. Estas posibilidades y, las consecuencias que se derivan de las mismas, son elementos que debe tener en cuenta el abogado que pretenda diseñar estrategias de litigación eficaces.

c) Competencia objetiva

50. El principal problema que se plantea respecto al requisito de la competencia objetiva es en aquellos supuestos en los cuales se encomienda a órganos diferentes el conocimiento en primera instancia de las acciones acumuladas.

De un ilícito *antitrust*, como hemos venido repitiendo, nacen una serie de acciones de diferente tipología. El problema ante el cual se han encontrado los operadores jurídicos en materia de defensa de la competencia es el siguiente: supuestos en los cuales se pretenden acumular acciones estando una de ellas atribuida a los Juzgados de Primera

⁶² *Cit. Ídem* Considerandos 42-56.

Instancia y, las otras, a los Juzgados de lo Mercantil. Este sería el caso, por poner un ejemplo, en el que se pretendiera acumular una acción de declaración del ilícito anti-concurrencial con una acción de nulidad contractual, acciones atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil y a los de Primera Instancia respectivamente.

Es un tema abierto en la doctrina con argumentos válidos para defender la competencia de unos u otros tribunales. Sin embargo, como mencionamos en las consideraciones previas, el presente trabajo se centra únicamente en litigios en los cuales se ejercitan, de forma conjunta, acciones de daños por infracciones anti-concurrenciales. Por lo cual, centrándonos en el asunto que nos ocupa, al encontrarnos ante una “homogeneidad de acciones”, no deberíamos tener ningún problema en acumular subjetivamente este tipo de acciones. Así, afirmamos la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de estos asuntos, de conformidad con el art. 86 *ter* de la LOPJ.

No ignoramos que la cuestión de la competencia objetiva para conocer de las acciones de daños por ilícitos anti-concurrenciales es un aspecto debatido en la doctrina. Tradicionalmente se ha cuestionado si el sustrato jurídico de las acciones por daños *antitrust* deriva del art. 1902 del CC o, por el contrario, de los arts. 1- 2 de la LDC o 101-102 del TFUE. Creemos, como hemos afirmado en el apartado 10 del presente trabajo, que las acciones por daños que nos ocupan derivan directamente del art. 1902 del CC. Sin embargo, consideramos que esta postura no es obstáculo para defender que la competencia objetiva para conocer de estas acciones corresponde a los Juzgados de lo Mercantil. Como hemos visto anteriormente, los procesos en los cuales se ejercitan acciones por daños anti-concurrenciales son procedimientos complejos en los que son necesarios conocimientos especializados por parte del Juez para crear modelos económicos abstractos que permitan cuantificar el daño. Los Juzgados de lo Mercantil son juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil. Esta especialización es una de las principales razones para defender que el conocimiento de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil. Otro argumento válido para defender esta postura sería la propia literalidad del art. 86 *ter* de la LOPJ, según el cual, son competencia de los Juzgados de lo Mercantil “*los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.*” En la práctica, si excluyéramos la aplicación privada del Derecho de la competencia y las acciones por daños, ¿a qué otros “*procedimientos*” se pudieran estar refiriendo la Ley? La realidad es que sin la aplicación privada y las acciones de daños, la competencia de los Juzgados de

lo Mercantil en materia de defensa de la competencia sería meramente residual y se vaciaría de contenido el art. 86 *ter* LOPJ. Por lo cual, creemos el espíritu y la mera literalidad de la norma nos permiten afirmar que las acciones de daños por infracciones de la competencia se atribuyen a los Juzgado de lo Mercantil.

d) Competencia territorial

51. De la lectura del art. 73 LEC, se desprende la exigencia de que el Tribunal tenga jurisdicción y competencia objetiva –en función de la cuantía y la materia- para el conocimiento de todas las acciones acumuladas. Sin embargo, nada se menciona respecto de la competencia territorial. La ley no impone que el Tribunal sea competente territorialmente para conocer de todas las acciones ya que la propia LEC, en su art. 53, establece unos fueros de competencia territorial específicos para los supuestos de acumulación de acciones.⁶³ La enumeración en cascada de los fueros de competencia territorial y la cláusula de cierre enumerada en el apartado 2 del mismo artículo, dotan al sistema de una flexibilidad considerable. Por ello, la competencia territorial no debería ser un obstáculo para la debida acumulación subjetiva de las acciones por daños que nos ocupan.

Respecto a la existencia de posibles pactos de sumisión expresa a una determinada circunscripción territorial, existen autores que defienden que, para que la institución de la acumulación de acciones opere con normalidad, “pueden quedar apartados los fueros de competencia territorial establecidos con carácter inderogable por la Ley” e incluso se pueden “desplazar válidamente los pactos de sumisión expresa”.⁶⁴

4.2 Homogeneidad de procedimiento e inexistencia de prohibición expresa de acumulación

52. El segundo de los requisitos impone que “las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo”. Nos encontramos ante un requisito que no genera ningún obstáculo para la acumulación subjetiva que planteamos.

⁶³ Art. 53 LEC “1. Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. 2. Cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.”

⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. cit.* pág. 34-35.

“Cuando se trata de acciones que, por su materia, no son objeto de especialidad procedimental alguna”, como es el caso de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*, “su posible acumulación resulta indiferente a la hora determinar el procedimiento adecuado”. Deberá acudir a las reglas del art. 252 LEC para determinar la cuantía del objeto litigioso y acudir al juicio ordinario o verbal según sea el caso.⁶⁵

53. Por último, la LEC impone que no exista una prohibición expresa de acumular acciones en función de su materia o del juicio a seguir. No existe ninguna norma que imponga esta prohibición respecto a las acciones por daños, por lo que podemos considerar cumplido este requisito.

4.3 Nexo por razón del título o causa de pedir

54. Una vez cumplidos los requisitos genéricos para la acumulación de acciones, cabe analizar la exigencia contenida en el art. 72 LEC de que exista un “nexo por razón del título o la causa de pedir” como presupuesto para la acumulación subjetiva de acciones. Sin lugar a dudas este es el punto que más dificultades ha generado en la doctrina y el principal obstáculo que los órganos jurisdiccionales esgrimen para impedir la acumulación de acciones.

55. La LEC, a diferencia de lo que disponía su antecesora, no exige una identidad entre el título o la causa de pedir, sino una mera conexión o nexo entre las acciones. La causa de pedir como “la razón en virtud de la que se pide una tutela concreta” siempre ha estado rodeada de importantes debates y reflexiones doctrinales de una intensidad considerable. Tradicionalmente se ha venido discutiendo si son los hechos o la calificación jurídica que se extrae de los mismos lo que configura la causa de pedir. Así, encontramos la llamada teoría de la sustanciación –hechos- y de la individualización – calificación jurídica-. Estas formas de entender la causa de pedir, extrapoladas y aplicadas a la institución de la acumulación de acciones han llenado la jurisprudencia de una incertidumbre considerable. Sin embargo, la solución a este problema la encontramos en el apartado 2 del propio art. 72, según el cual “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. Lo que nos encontramos aquí, según la doctrina procesalista, es una definición

⁶⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. cit.* pág. 36.

de la causa de pedir “a los solos efectos de fundar una acumulación de acciones”⁶⁶. De esta manera, se consideran los hechos el elemento configurador “de la causa de pedir a los efectos concretos de entender la conexión de las acciones en orden a su acumulación subjetiva”.⁶⁷

56. Todas las acciones de responsabilidad por infracciones del derecho de la competencia que traigan causa de un mismo ilícito *antitrust* tienen unos hechos comunes. Podríamos plantearnos si este requisito se cumpliría incluso en aquellos casos en los cuales las acciones no se basan exactamente en los mismos hechos “pero existen entre ellas una gran afinidad derivada (...) de cuestiones fácticas y jurídicas comunes a todas ellas”, lo que la doctrina italiana ha denominado conexión impropia.⁶⁸ Pues bien, autores como GASCÓN INCHAUSTI entienden que el art. 72 no agota los supuestos de los cuales se deduce que existe un nexo entre las acciones por razón de su causa de pedir. Y que si la norma establece que “los mismos hechos” determinan la identidad de la causa de pedir, ésta no es la única forma de conexión posible. Por lo cual “no puede asumirse como cierto que la LEC equipare de forma exclusiva lo idéntico y lo conexo, pues hay formas de conexión que no pasan por la identidad”. De esta manera el autor llega a la conclusión de que existen supuestos de conexión sin que las acciones se funden exactamente en los mismos hechos. “Esto sucederá en los supuestos en que la causa de pedir, sin ser idéntica, sea homogénea, es decir, cuando las diversas acciones se funden en la misma clase de hechos, aunque los concretos hechos históricos de cada pretensión sean, en puridad, diferentes”.⁶⁹

57. Si extrapolamos esta concepción de la causa de pedir a las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia, podremos llegar a la siguiente conclusión. La causa de pedir se configuraría por dos elementos: (i) aquel hecho dañoso que tuviera causa en la comisión de un ilícito anti-competencial y (ii) los daños concretos causados a los perjudicados.

⁶⁶ *Cit. Ibídem* pág. 45.

⁶⁷ ARMENTA DEU, Teresa. CORDÓN MORENO, Faustino. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. MUERZA ESPARZA, Julio. *Op. cit.* pág. 617.

⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Et allí. Op. cit.* pág. 485.

⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. cit.* pág. 45.

El hecho dañoso sería, como hemos expuesto anteriormente, cualquier acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada que produzca, o pueda producir, el impedimento, restricción o falseamiento de la competencia. Esto es, cualquier comportamiento contemplado en los art. 1- 2 de la LDC o 101-102 del TFUE y la jurisprudencia que lo desarrolla.

58. Como hemos afirmado en el apartado 14 del presente trabajo, en la modalidad *follow-on* el proceso civil se inicia una vez que la autoridad nacional de la competencia ha dictado una resolución administrativa declarando ilícita y contraria a las normas de la competencia una conducta determinada que, a su vez, “coincidirá generalmente con la *causa petendi* o supuesto fáctico de transcendencia jurídica alegada por el actor”. Por eso, en este tipo de modalidad, la causa de pedir se desprende de la propia resolución administrativa y, en concreto, de la relación de hechos que se subsumen en la comisión de un ilícito *antitrust* junto con los daños concretos experimentados por cada perjudicado.

El Derecho de la Competencia está íntimamente ligado al Derecho Administrativo Sancionador. Uno de los principios fundamentales en la actividad sancionadora de la Administración Pública es el principio de tipicidad, esto es, que el ilícito administrativo contenga todos los elementos identificadores de la conducta infractora. Todo ello con una precisión y certeza que son consecuencia directa del art. 25 de nuestra Constitución. Esta circunstancia nos permite delimitar con mayor precisión cuales son los elementos configuradores del hecho dañoso sufrido por una pluralidad de afectados.

59. Pues bien, tenemos dos premisas que debemos poner en relación. Por un lado, la regulación de la acumulación subjetiva de acciones exige la existencia de un nexo en la causa de pedir, que se entenderá cumplido cuando las acciones se funden en hechos comunes. Y, por otro lado, que de la resolución administrativa que declara la comisión de una infracción anticoncurrencial, se desprende el sustrato fáctico que configurará una parte de la causa de pedir de cada una de las múltiples acciones que se ejerciten. Por lo cual, la conclusión solo puede ser una. Todas aquellas acciones que traigan causa de una misma resolución administrativa compartirán el sustrato fáctico y, si no existe una identidad absoluta, en aquello en que no sean comunes, sí existirá una homogeneidad de la misma clase de hechos. Por lo que deberíamos dar por cumplido el requisito del nexo por razón del título o causa de pedir y permitir su acumulación subjetiva.

4.4 La flexibilidad como criterio de interpretación jurisprudencial de la acumulación de acciones

60. Una vez hecho el análisis del cumplimiento de todos los presupuestos para permitir la acumulación de acciones de daños por ilícitos *antitrust*, es importante realizar una breve exposición sobre cuáles son los criterios interpretativos y las posiciones que la jurisprudencia ha venido manteniendo respecto a la posibilidad de utilizar la acumulación de acciones como una estrategia de litigación alternativa a las acciones colectivas.⁷⁰

Antes es necesario hacer un importante puntualización. Cada acción tiene una serie de presupuestos procesales y jurídico-materiales distintos que pueden obstaculizar, de una u otra forma, la acumulación de acciones. Por lo cual, si bien es de interés el análisis de la jurisprudencia que existe al respecto en nuestro país, muchos de los argumentos que se utilizan para obstaculizar la acumulación de una tipología de acciones concretas no son extrapolables al ámbito de las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. Un buen ejemplo de ello podría ser el supuesto de los litigios masivos que se han llevado a cabo en España como consecuencia de determinados productos bancarios y, en concreto, respecto a las participaciones preferentes y la OPS de Bankia. Como sabemos, en varias ocasiones se ha intentado la acumulación de acciones y procesos como técnicas de litigación colectiva. El principal argumento que utilizaban nuestros órganos jurisdiccionales para obstaculizar o impedir este tipo de acumulación era la falta de nexo o conexión entre la causa de pedir pues, si bien se invocaba el error de consentimiento como un hecho común, la apreciación del mismo debería realizarse de forma individualizada. Ríos de tinta han corrido para defender una u otra postura. Creemos que sería un error querer aplicar toda esta jurisprudencia y doctrina, de innegable valor científico, a las acciones de daños por ilícitos *antitrust* que, ni en sus presupuestos procesales ni materiales, comparten similitud.

61. El Tribunal Supremo ha declarado que la acumulación subjetiva de acciones debe ser interpretada y aplicada de forma flexible. Afirma, de esta manera que “es reiterado y

⁷⁰ Por mencionar algunos casos en los cuales se ha aceptado la acumulación subjetiva como técnica de litigación colectiva válida podemos encontrar la SAP Madrid (Sección 9º) 361/2012 de 29 de junio y la SAP Madrid (Sección 11º) 584/2013 de 21 de octubre que permitió a cuarenta y sesenta demandantes, respectivamente, litigar contra Uralita por daños sufridos como consecuencia de contaminación de amianto. STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) en la cual una serie de mujeres con implante mamario defectuoso demandan al suministrador del mismo, entre otras.

uniforme (...) el criterio flexible que ha de presidir el tratamiento y aplicación de la acumulación subjetiva de acciones” y que, incluso en supuestos que no se encuentren claramente dentro del marco legal contemplado en la LEC, existen acciones con “cierta conexidad jurídica que justifican su tratamiento unitario y resolución conjunta” (STS 255/2006 de 22 de marzo, STS de 9 de marzo, STS 880/2000 de 3 de octubre, entre otras).⁷¹

De especial interés para nuestro estudio se muestran las STS 344/2012 de 8 de junio y 651/2013 de 10 de octubre. En ambas se ejercitan acciones por daños como consecuencia de la constitución del llamado “cartel del azúcar” entre los años 1995-1996. Ambos procesos son de interés por tratarse de procesos con una pluralidad de demandantes⁷², por ser acciones ejercitadas en la modalidad *follow-on* y porque en ambas encontramos referencias a la futura Directiva o a los trabajos preparatorios de la misma. Así las cosas, si bien en ninguna de ellas se trata en concreto el tema de la acumulación subjetiva de acciones, tampoco se desprende que la misma fuera un obstáculo o impedimento procesal.

Como hemos indicado, la acumulación de un número amplio de acciones puede traer consigo una complejidad importante al proceso. Sin embargo, incluso dando por cierto este riesgo, en nuestro ordenamiento jurídico este peligro no es un elemento –ni legalmente establecido ni jurisprudencialmente adoptado– que permita “desacumular acciones”. Por lo cual, de cumplirse los presupuestos establecidos en la LEC, la acumulación subjetiva de acciones deberá ser aceptada por el órgano jurisdiccional con independencia del número de acciones ejercitadas.

⁷¹ MARTÍN PASTOR, José. “*Técnicas de reparación judicial colectiva con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones en el mercado bancario*” en “*Derecho, Justicia, Universidad. Libro Homenaje a Andrés de la Oliva Santos*” Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, págs....

⁷² En el proceso del que trae causa la STS 344/2012 de 8 de junio encontramos como parte activa de la litis a 9 empresas: GALLETAS GULLÓN, SA, MAZAPANES DONAIRE, SL, NESTLÉ ESPAÑA, SA, ZAHOR, SA, GALLETAS CORAL, SA, PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO, SA, LACASA, SAU, CHOCOLATES DEL NORTE, SA Y BOMBONERA VALLISOLETANA, SA. Del mismo modo en la STS 651/2013 de 10 de octubre encontramos 14 demandantes: NESTLÉ ESPAÑA, S.A., PRODUCTOS DEL CAFÉ, S.A., HELADOS Y POSTRES, S.A., CHOCOLATES HOSTA DULCINEA, S.A., ZAHOR, S.A., MAZAPANES DONAIRE, S.L., LU BISCUITS, S.A., CHOCOLATES TORRAS, S.A., ARLUY, S.L., CHOCOVIC, S.A., LA CASA, S.A.U., PRODUCTOS MAURI, S.A., DELAVIUDA ALIMENTACIÓN, S.A. y WRIGLEY CO, S.A.

4.5 La posible existencia de procesos conexos

62. Como hemos defendido anteriormente, todas aquellas acciones que traigan causa de un mismo ilícito anti-concurrencial tendrán un nexo por razón del título o causa de pedir que permitirá la acumulación subjetiva de acciones. Pues bien, esta conexión hace necesario el estudio de la posible acumulación de procesos conexos y su relación con instituciones como la litispendencia y la prejudicialidad.

En abstracto, existen tres supuestos que podrían traer consigo la acumulación de procesos. El primero es la pendencia de procedimientos cuyos objetos procesales son idénticos. La litispendencia es uno de los efectos procesales que se derivan de la incoación de un procedimiento judicial mediante la presentación del escrito de demanda. Su objetivo es, justamente, imposibilitar la incoación de otros procesos con idéntico objeto. De esta manera, “se suele decir que la litispendencia es una institución protectora o tutelar de la cosa juzgada –en su eficacia negativa–”⁷³. Hay ocasiones en que no es viable oponer la excepción de litispendencia (*v.gr.* ha precluido el momento procesal para realizarla o los procesos se encuentran en instancias distintas). Son estos casos los que justificarían la acumulación de procesos con objetos iguales. Pues bien, creemos que la interposición de varias acciones derivadas de un mismo ilícito anticompetencial puede traer consigo la existencia de objetos conexos, pero nunca idénticos.

En segundo lugar, encontramos el caso de los procesos conexos, esto es, dos procedimientos cuyos objetos procesales comparten algún elemento de identidad. A su vez, dentro de esta categoría, podemos concebir la existencia de dos supuestos claramente diferenciados.

Por un lado, encontramos aquellos procesos en los cuales la sentencia que haya de recaer en uno ellos pueda producir efectos perjudiciales sobre el otro. Como aclara GASCÓN INCHAUSTI, “dado que ninguno de los procesos ha terminado por sentencia” no se habla de prejudicialidad en sentido propio “sino de su mera posibilidad”.⁷⁴ Así, la prejudicialidad, en el sentido indicado, es una institución tutelar de la cosa juzgada material – en su eficacia positiva–. En este supuesto, no es necesaria

⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Op. Cit.* pág. 121.

⁷⁴ *Ídem* pág. 115.

la identidad absoluta de los elementos identificadores del objeto, sino, de conformidad con lo establecido en el art. 222.4 de la LEC, que “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vincul[e] al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto”. En estos supuestos, como determina el art. 76.1º LEC, habrá de acordarse la acumulación de procesos y, en caso de que no sea posible, la suspensión de uno de ellos –art. 43 LEC–. Pues bien, si analizamos las distintas posibilidades que se podrían plantear al ejercitar varias acciones por ilícitos *antitrust* en la modalidad *follow-on*, difícilmente encontraremos situaciones en las que un procedimiento tenga efectos prejudiciales sobre otro.

Por último, tenemos aquellos procesos conexos en los que ninguno de ellos generaría prejudicialidad –*lato sensu*– sobre el otro. En estos casos sería el riesgo de que se dictaran “sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes” (art. 76 LEC) lo que justificaría la acumulación de procesos. Creemos que, en abstracto, este es el único supuesto que podría plantearse en el tipo de litigación que planteamos. Aunque en la práctica “la posibilidad de que las sentencias que se pronuncien en tales juicios tengan carácter contradictorio no constituye ciertamente un peligro (...) la mera conexión entre uno o varios elementos esenciales del proceso, precisaría, para producir resoluciones contradictorias” que uno de los procesos tuviera efecto prejudiciales o vinculantes sobre el otro. De no ser así, “lo resuelto en un juicio, entre determinados sujetos, con base en determinada *causa petentidi*, y solicitando un *petitum* determinado, difícilmente resultará contradictorio con respecto a otro proceso en que, uno o varios de estos elementos son idénticos mientras que, el otro o los otros son diversos.”⁷⁵

Si atenemos a la regulación de la responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia, podremos comprobar que esta no se ha configurado de forma objetiva. Por tanto, será necesario que en cada proceso, en función de la actividad probatoria llevada a cabo, la parte actora acredite la concurrencia de los elementos constitutivos de la acción y, en concreto, de la existencia del nexo causal o la realidad del perjuicio sufrido.

⁷⁵ ARMENTA DEU, Teresa. CORDÓN MORENO, Faustino. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. MUERZA ESPARZA, Julio. *Op. cit.* pág. 646

El principal riesgo que podríamos pensar es en aquellos supuestos en los que se tuviera que ejercitar una acción para que se declarara el ilícito anticoncurrencial. En ese caso, podríamos imaginar sentencias contradictorias que, por un lado, declararan ilícita una conducta determinada y otras que, por el contrario, determinaran que la acción u omisión no contravienen las normas del Derecho de la competencia. Sin embargo, en el tipo de modalidad de litigación que estudiamos—*follow-on*— el ilícito anticoncurrencial ya se encuentra declarado por una resolución administrativa. Por lo cual, el principal riesgo que improndría la necesidad de una acumulación de procesos decaería.

Por tanto, creemos que la conexión existente entre procesos en los cuales se ejerciten acciones de daños por infracciones por Derecho de la competencia es suficiente para justificar una acumulación subjetiva de acciones. Sin embargo, tal conexión no es lo suficientemente intensa para afirmar que exista un riesgo real de dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios. Si la conclusión fuera la contraria, tendríamos que defender que todas las reclamaciones judiciales que tuvieran causa en un mismo hecho dañoso —sea cual fuere— deberían ser ejercitadas en un mismo procedimiento judicial.

63. Una vez analizados los presupuestos que establece la LEC, puestos en relación con el criterio de flexibilidad consagrado en nuestra Jurisprudencia junto con la exigencia emanada del ordenamiento jurídico de la UE de contar con mecanismos procesales eficaces para el ejercicio de los derechos reconocidos a nivel comunitario (principios de efectividad y equivalencia), podemos afirmar que la acumulación de acciones se muestra como una estrategia procesal viable para la litigación conjunta, por parte de un grupo de perjudicados, respecto a las acciones de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia. Poner obstáculos a esta técnica traería consigo, por un lado, una merma del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables y, por otro lado, una pluralidad de procesos “en el mejor de los casos igual[es] que el de otros, y en el peor de los casos, contradictorios con el de otros”.⁷⁶

⁷⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Op. cit.* pág. 2387.

5. LA CESIÓN DE DERECHOS DE INDEMNIZACIÓN

64. La cesión de los derechos de indemnización es otra técnica, poco (o nulamente) explorada en España, que en otros países de nuestro entorno se ha mostrado como un mecanismo de litigación eficaz para lograr la indemnización de una pluralidad de empresas afectadas como consecuencia de infracciones del Derecho de la Competencia. Se ha llegado a llamar por algunos, incluso, como acciones colectivas “*de facto*”. Lo que se pretende es agrupar en una única persona todas las acciones por daños de una pluralidad de perjudicados. De esta manera, se crea una persona jurídica que funciona como “vehículo” y cuyo principal propósito es comprar los derechos de indemnización y litigar ante los órganos jurisdiccionales.

En la actualidad están tomando una especial importancia los fondos de inversión cuyo objetivo principal es la financiación de pleitos judiciales y arbitrales. Los llamados *third party funding litigation* o *litigation funding agreements*. Estos fondos funcionan de la siguiente manera: recibe un potencial pleito, lo estudian y si lo consideran viable y atractivo económicamente, asumen la totalidad de los gastos del procedimiento. Dentro del acuerdo de financiación generalmente se pacta un porcentaje de las ganancias obtenidas en el pleito. Este tipo de fondos de inversión son utilizados en el mundo anglosajón para financiar aquellos tipos de litigios, como las reclamaciones por infracciones del Derecho de la Competencia, que se caracterizan por sus altos costes –abogados, prueba, costas, etc–. Aunque son fondos de inversión hasta la actualidad inexistentes en España, recientemente el fondo *Therium* ha mostrado su interés en financiar pleitos en nuestro país.⁷⁷ Sin embargo, en abstracto, el modelo de negocio y objetivo de este tipo de fondos es totalmente distinto a los cesionarios de derechos de indemnización. Mientras los primeros se limitan a financiar un pleito, los segundos adquieren los derechos de indemnización y litigan en nombre propio asumiendo el verdadero protagonismo en el procedimiento judicial.

Así las cosas, si la acumulación subjetiva de acciones se mostraba como un instrumento que nos ofrecía el ordenamiento jurídico procesal, la cesión de los derechos de indemnización pretende, a través del derecho sustantivo, crear estrategias de litigación conjunta eficaces.

⁷⁷ <http://www.therium.com/>

65. Para el estudio de este mecanismo haremos, en primer lugar, una exposición sobre los intentos y resultados a nivel comunitario de utilizar la cesión de los derechos de indemnización para ejercitar en un único proceso una pluralidad de acciones por daños. Posteriormente, analizaremos cuál sería la regulación aplicable en el ordenamiento jurídico español y cómo se configuraría el litigio desde el punto de vista procesal.

5.1 El caso de Cartel Damage Claims

66. *Cartel Damage Claims* (en adelante CDC) es una sociedad belga domiciliada en Bruselas que, mediante la compra de derechos de reclamación, tiene por objeto obtener por vía judicial y extrajudicial el pago de los créditos indemnizatorios de empresas afectadas por un cártel. De esta manera CDC, como cesionaria, agrupa en un único proceso una pluralidad de posibles créditos indemnizatorios que anteriormente le han sido vendidos. Esta tipología de empresas es conocida como “*claimant vehicles*”. La empresa cuenta con un amplio número de abogados especializados en Derecho de la Competencia que asumen la dirección técnica de los procedimientos. El objetivo de la empresa es claro: “*we turn potentially onerous claims into valuable assets, taking the burden of economic quantification and subsequent enforcement*”.⁷⁸ Así, CDC ha creado un verdadero mercado europeo de derechos de indemnización que ofrece una opción cómoda y económicamente atractiva para los afectados por infracciones del Derecho de la Competencia.

67. El modelo de negocio de CDC y su financiación no son del todo claros. Según el sector económico, las oportunidades de negocio y las circunstancias concretas del caso, puede funcionar de una u otra forma. Encontramos supuestos en los cuales CDC compra directamente los derechos de indemnización, asumiendo totalmente el riesgo del resultado del litigio. El precio de compra de los derechos dependerá, como es lógico, de las posibilidades de éxito y su ganancia será la diferencia entre el precio de compra y la indemnización finalmente obtenida en el litigio. Por otro lado, hemos conocido casos en los cuales CDC pacta un porcentaje del resultado final del proceso (a similitud de una *cuota litis*).⁷⁹

⁷⁸ <http://www.carteldamageclaims.com/>

⁷⁹ Trascendió a la prensa que en el caso del cartel de peróxido de hidrogeno, CDC acordó darle a las empresas perjudicadas un 75% del resultado del litigio. <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-12-15/akzo-fmc-targeted-in-german-suit-that-follows-u-s-class-action-principle>

68. El gran éxito de CDC, fundada en 2002, ha sido utilizar los mecanismos procesales “clásicos” que otorgan los distintos ordenamientos jurídicos en la UE para poder obtener la indemnización de daños y perjuicios de una pluralidad de afectos por carteles. De esta manera se dice que CDC está tratando de establecer, en cierta manera, una clase de acciones colectivas “*de facto*” en una cultura legal que tradicionalmente ha sido escéptica hacia este tipo de litigación. Así, ha diseñado mecanismos eficaces para la aplicación privada del Derecho de la Competencia con la utilización de los mínimos recursos judiciales.⁸⁰

69. CDC ha ejercitado acciones de daños contra el llamado cartel del cemento⁸¹, del peróxido de hidrógeno⁸², del clorato de sodio⁸³, de la parafina⁸⁴, entre otros. Mientras en varios de ellos se ha llegado a acuerdos extra-judiciales con alguno de los miembros del cartel, otros aún se encuentran pendientes de resolución. Nos encontramos ante litigios de gran complejidad en los cuales comúnmente surgen una multitud de problemas jurídicos. La mayoría de estos procedimientos judiciales se han iniciado en Alemania u Holanda, jurisdicciones que, junto a Inglaterra, acaparan en mayor medida el ejercicio de acciones por daños en la UE.

Pues bien, desbordaría el objeto del presente trabajo realizar un análisis exhaustivo sobre cada uno de los procedimientos judiciales incoados por CDC. Sin embargo, consideramos de interés estudiar cuáles han sido las posturas de los órganos jurisdiccionales respecto a dos cuestiones muy concretas: la procedencia de la compra-venta de los derechos de indemnización o reclamación –denominaciones utilizadas de forma indistinta para referirse a los mismos- por parte de CDC y su legitimación activa para ejercitar acciones de daños padecidos por una pluralidad de empresas afectadas.

⁸⁰ “*The case tests new grounds, and we’re curious to see to what extent the court will allow it to proceed,*” said Florian Bien, who teaches antitrust law at Germany’s Tuebingen University. “*It’s trying to establish a sort of de facto class action in a legal culture that has traditionally been skeptical about that sort of suit.*” (...) “*It’s just an efficient way to enforce antitrust rules with a minimum of judicial resources,*” said Wagner, who’s currently a visiting professor at the University of Chicago Law School. “*That’s something we all should welcome.*” <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-12-15/akzo-fmc-targeted-in-german-suit-that-follows-u-s-class-action-principle>

⁸¹ European Commission, decision of 30/11/1994 (Cases IV/33.126 and 33.322Cement).

⁸² Decision COMP/F/38.620 of the European Commission of 03/05/2006.

⁸³ Decision COMP/38.695 of the European Commission of 30/10/2009.

⁸⁴ Decision COMP/39181 – Candle Waxes of the European Commission of 13 March 2011.

70. Es usual que la parte demandada ponga de manifiesto la improcedencia, y supuesta ilegalidad, de la compraventa por parte de CDC de los derechos de reclamación. Como consecuencia, en la mayoría de los procesos incoados por CDC se encuentran resoluciones judiciales, interlocutorias o de fondo, que se pronuncian sobre este aspecto. Por poner algunos ejemplos, en una resolución interlocutoria del *Helsingin käräjäoikeus* (Finlandia), el tribunal declaró la validez de la transferencia de los derechos de reclamación a CDC. Así mismo, encontramos resoluciones como la del *Rechtbank Amsterdam* en la cual, aunque no entra directamente a analizar la validez de la transferencia de los derechos de reclamación, se declara que el modelo de negocio utilizado por CDC es irrelevante para la decisión del fondo del asunto.⁸⁵

71. El principal obstáculo que ha encontrado CDC respecto a su modelo de negocio ha sido en el procedimiento judicial incoado como consecuencia del llamado cartel del cemento. En él, el *Landgericht Düsseldorf* y el *Oberlandesgericht Düsseldorf* abordan de forma directa el tema de la compraventa de los derechos de reclamación, declarando su ilegalidad y archivando el correspondiente procedimiento. En este caso, en el que se reclamaban más de 138 millones de euros, CDC adquirió 25 reclamaciones de empresas presuntamente perjudicadas por la actuación del cartel en la década de los 90.

Pues bien, tras la interposición de múltiples excepciones procesales por la parte demandada, el Tribunal declaró contraria a Derecho la adquisición de los derechos de reclamación por ser contraria a la moral y a lo establecido en el § 134 en relación con el §138.1 del *BGB*. Según el entender del Tribunal, se violaba el derecho de la contraparte a obtener el abono de los gastos en los que pudieran incurrir. Ya que, en el supuesto de que CDC fuese condenado a pagar las costas del procedimiento, no contaba con los fondos suficientes para abonar estos gastos.⁸⁶

72. Según la opinión de varios juristas, posición que compartimos, esta resolución judicial no declara de forma expresa la prohibición de la adquisición de los derechos de

⁸⁵ *Rechtbank Amsterdam*. Case number C/13/500953/ HA ZA 11-2560. Párrafo 2.25. "... submissions about CDC's business model (buying and enforcing claims) are irrelevant to the decision in the application proceedings".

⁸⁶ "The Court assumed that the plaintiff at the moment of the assignment was not in a position to pay the considerable costs for which it would be liable if the case were lost. In accordance with established judgments (RGZ 81, 175, 176; BGHZ 96, 151; OLG Munich, judgment of 14 December 2012 - 5 U 2472/09), assignments of claims may not be abused to deny the opponent the possibility of enforcing its legal right to reimbursement or payment of costs." En <http://www.noerr.com/en/press-publications/News/damages-claim-german-court-dimisses-cdc-follow-on-claim.aspx>

indemnización, sino que pone en duda la estructura organizativa y de financiación de CDC.⁸⁷ De hecho, tras esta resolución judicial, CDC ha anunciado que volverá a interponer las acciones de daños contra las mismas empresas, ofreciendo esta vez un depósito de 2.3 millones de euros para hacer frente a la posible condena en costas.⁸⁸ Por lo cual, será necesario seguir este nuevo procedimiento judicial para poder obtener conclusiones más acertadas acerca del uso de este instrumento en países de nuestro entorno.

73. En definitiva, como hemos intentado poner de manifiesto, la cesión de derechos de indemnización es un instrumento que actualmente se está aplicando, con más o menos éxito, en Estados miembros de la UE. Nos encontramos ante una nueva técnica de crear modelos de litigación que aún se encuentra en evolución y, como es lógico, deberá ir superando una serie de resistencias de los órganos jurisdiccionales para poder configurarse como un mecanismo seguro y eficaz de litigación conjunta.

Existen importantes estudios, elaborados principalmente en E.E.U.U, que abogan por la creación de auténticos mercados secundarios en los cuales se puedan comercializar los derechos de indemnización. A través de esta medida se pretende alcanzar un modelo de eficiencia económica conocido como *pareto-efficiency -a state of allocation of resources in which it is impossible to make any one individual better off without making at least one individual worse off-*.⁸⁹

74. En la propia Directiva encontramos referencias expresas a la cesión de derechos de reclamación como un mecanismo de litigación. Así, el art. 2 define la acción por daños como “toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes

⁸⁷ “To be clear, the ruling does not outright ban collective claims as such in Germany, but it raises the bar for claimant vehicles à la CDC to successfully bring damage actions, requiring a re-think of financing structures/funding before filing suits (e.g., through recourse to more sophisticated third party financing).” En “Cartel damage litigation in Europe- Changing Frontiers?” CONVIGTON AND BURLING LLP.

⁸⁸ Press Release CDC Cartel Damage Claims files new action for damages against HeidelbergCement AG: “In order to secure the ability to cover legal cost risks for three instances, CDC SA has, as a precaution provided security of € 2.3 million to the benefit of HeidelbergCement and the court cashier. CDC SA hereby takes account of the requirements established in a decision rendered by the 1st Cartel Senate of the Higher Regional Court of Düsseldorf in February 2015, which dismissed a damage action (...) because they allegedly had the sole purpose of shifting cost risks to an insufficiently funded company”.

⁸⁹ Marcushamer, Isaac. “Selling your torts: creating a market for tort claims and liability” *Hofstra Law Review*, Volume 33, Issue 4, Article 11, 2005.

presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios”. En el mismo sentido el art. 7 determina que “los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica [...] solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la *persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación.*” De esta manera, es la propia Directiva la que da carta de naturaleza a esta estrategia de litigación conjunta.

5.2 La cesión de derechos de indemnización en el ordenamiento jurídico español

75. Cuando una persona causa daño a otra nace, por un lado, un deber de reparar el daño causado y, por otro, una acción, un verdadero derecho subjetivo a solicitar al Tribunal la reparación del daño causado. De esta manera, el perjudicado al que se le ha causado un daño se convierte en acreedor de un derecho indemnizatorio debido por el causante. Por lo cual, para entender la figura de la cesión de los derechos de indemnización debemos poner en común dos áreas diferenciadas del ordenamiento jurídico privado: el derecho contractual y el derecho de daños.

76. El patrimonio, se define como el conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, pertenecientes a una persona física o jurídica. El crédito, como aquel poder jurídico que tiene el acreedor de exigir una prestación concreta al deudor, forma parte del patrimonio de una persona. De esta manera, “los créditos, considerados como bienes patrimoniales, entran a formar parte y a ser objeto del tráfico jurídico”.⁹⁰ Es lo que DIEZ-PICAZO ha llamado «la cosificación de los créditos». Esto es, la consideración del crédito como una cosa de la cual el acreedor puede disponer como de cualquier otro objeto integrante de su patrimonio.⁹¹

Cabría plantear la discusión doctrinal de si el crédito nace verdaderamente en el mundo jurídico desde que se comete el acto ilícito o, por el contrario, si este nace en la sentencia que declara su existencia. Sea cual sea la posición que adoptemos –

⁹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Editorial Civitas, 6ª Edición, 2008, págs.138 y 139.

⁹¹ *Ibidem.*

la existencia de un crédito presente o futuro- en nada afecta los argumentos que sostenemos para defender la viabilidad de su transmisión. Existe consenso en la doctrina en aceptar la transmisibilidad de un crédito futuro.⁹² Estas dos formas de entender el crédito indemnizatorio podrían explicar porque la doctrina y la jurisprudencia hablan unas veces de cesión de derechos de reclamación y, en otras, de cesión de créditos indemnizatorios. En la primera se entendería que lo que se transmite es el derecho a reclamar un posible crédito futuro y en la segunda que lo que se transmite es un verdadero derecho de crédito.

77. En nuestro ordenamiento jurídico, la cesión del crédito indemnizatorio –o los derechos de indemnización–, se articularía a través de la institución de la transmisión de créditos regulada en los arts. 1526 y siguientes del Código Civil.

La cesión de créditos se define como aquel “negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro”.⁹³ La cesión de créditos se diferencia típicamente de la novación contractual en que, aún cambiando el acreedor, el derecho objetivo queda intacto, esto es, con los mismos derechos accesorios, con las mismas acciones y sometido a las mismas excepciones que el antiguo. De esta manera, el principal efecto de esta institución es “la sustitución del acreedor por otro, con respecto al mismo crédito”⁹⁴.

78. Si atendemos a su objeto, la figura de la transmisión de créditos es consecuencia del principio general consagrado en el art. 1112 del CC según el cual “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario.” Este artículo proclama la transmisibilidad del derecho de crédito” o, como dice el Código, “derechos adquiridos en virtud de una obligación”. En palabras de DIEZ-PICAZO, la obligación “es una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho [...] que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar a

⁹² Véase por su interés HERRERA, Antonio. “La cesión de créditos futuros como método de financiación de infraestructuras públicas” *Actualidad Jurídica Uriá-Menéndez*, Número 10, 2005, págs. 33-44.

⁹³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.* pág. 970.

⁹⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, págs. 370. Definición clásica de Clemente de Diego.

favor de aquel un determinado comportamiento (deber de prestación)”.⁹⁵ Así entendida la obligación, esta se constituiría de dos elementos: el derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico del deudor a realizar una prestación concreta. El derecho subjetivo que ostenta el acreedor pertenece a la categoría de los derechos personales o de crédito.⁹⁶ De esta manera, podemos afirmar que de cualquier obligación nace un derecho personal a favor del acreedor.

Según el art. 1089 del CC “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

En conclusión: de un acto ilícito nace una obligación –1089 CC– cuyo derecho subjetivo (crédito) del perjudicado a exigir una determinada prestación es esencialmente transmisible –1112 CC– a través de la institución de la transmisión de créditos –1526 CC –.

El propio artículo 1112 del CC establece dos limitaciones a la transmisibilidad de los derechos: la prohibición expresa por la ley o la existencia de un pacto previo entre las partes. Pues bien, no existe ninguna prohibición legal que impida la transmisión del derecho del crédito indemnizatorio.⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA se postula a favor de aceptar “la cesión del crédito indemnizatorio, cosa que no impide el art. 1112 del CC”.⁹⁸

79. En cuanto al consentimiento, la transmisión de créditos es un negocio bilateral entre el antiguo acreedor –cedente– y el nuevo –cesionario–. “Los contratos de cesión de créditos son, típicamente, contratos traslativos: ningún acto de entrega o traspaso al cesionario de la (cuasi) posesión del crédito por parte del cedente es necesario para que se produzca la transmisión del crédito de éste a aquél”⁹⁹. Por lo cual, el negocio se

⁹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.* pág. 64.

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La ley, 5º Edición, 2006, pág. 1577.

⁹⁸ IZQUIERDO TOSLADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 389.

⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Cesión de créditos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1059-1064.

entenderá perfeccionado, y el crédito cedido, con la mera concurrencia del consentimiento de ambas partes.

La notificación de la cesión del crédito al deudor no es un elemento constitutivo del negocio jurídico. Sin embargo, tal como establece el art. 1527 CC, este negocio solo será eficaz frente al deudor cuando tenga conocimiento del mismo.

80. Respecto a la causa de la cesión de derechos es importante hacer la siguiente puntualización. El Código Civil sitúa esta institución en el Título IV del Libro IV, relativo al contrato de compra y venta, aunque la cesión de créditos es un negocio jurídico que podría admitir varias causas. No nos encontramos ante un negocio jurídico abstracto, sino ante un negocio que adoptará uno u otro tipo negocial según su causa. Por tanto, la compraventa no es el único negocio por medio del cual se puede transmitir un derecho de crédito eficazmente, pudiendo pensarse en cualquier otro como la permuta, donación, etc.¹⁰⁰

81. El Código Civil establece una serie de normas para proteger al nuevo acreedor. Entre ellas encontramos el art. 1529 CC que determina en qué supuestos el vendedor – de buena y de mala fe- debe responder de la existencia, legitimidad del crédito y solvencia del deudor (*veritas nominis* y *bonitas nominis*).

Sin embargo, el propio Código Civil en su artículo 1159 establece que estas garantías se aplicarán “a no ser que [el crédito] se haya vendido como dudoso”. En palabras de PANTALEÓN “la exclusión [de la responsabilidad] será plena respecto del cedente de buena fe si, como nos dice el propio artículo 1529, el crédito se ha vendido como dudoso. Lo que habrá que poner en relación con lo dispuesto en el artículo 1477 CC y afirmar que, para que dicha exclusión de responsabilidad tenga lugar, el cesionario debe haber actuado con conocimientos de los riesgos de inexistencia o ilegitimidad del crédito y sometiéndose a sus consecuencias.”¹⁰¹ Así, como apunta LACRUZ, “la duda se convierte en un *alea* objeto del propio contrato, cuando el crédito mismo se enajena

¹⁰⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Op. Cit.* pág. 1577.

¹⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Op. Cit.* pág. 1113-114.

en su condición de *dudoso* (la duda puede versar sobre su existencia mismas o las posibilidades económicas o jurídicas de su realización)”.¹⁰²

Es evidente que no se puede asegurar el resultado final de un pleito. Pero esa incertidumbre o, si se quiere, imposibilidad jurídica de realización del crédito, en nada afectaría al negocio jurídico de cesión de derechos de indemnización. Por cuanto, “si el cesionario conoce los riesgos y se somete a sus consecuencias (...) el fallo corre a cuenta del adquirente o cesionario”.¹⁰³

Sería conveniente, desde un punto de vista práctico, que en el contrato por medio del cual se articulara la cesión de los derechos indemnizatorios se regulara de forma expresa y detallada quién correrá con los riesgos de una posible desestimación de la demanda y el resto de divergencias que pudieran surgir en el procedimiento judicial.

82. Según nos consta, aun no se ha utilizado en España la técnica de la cesión de derechos de indemnización como un mecanismo de litigación conjunta. Y si atendemos a la Jurisprudencia, la mayoría de supuestos en los cuales se han articulado cesiones de créditos indemnizatorios son en materia de seguros. Sin embargo, por su interés, expondremos el contenido de dos resoluciones judiciales que serán de utilidad para clarificar dos aspectos que pudieran resultar controvertidos al momento de optar por este mecanismo: la legitimación activa y la certeza del crédito.

83. La SAP de Almería (Sección 3) 67/2009 de 28 de abril trata la cuestión de la legitimación activa del cesionario de derechos indemnizatorios. Una persona que sufrió un accidente automovilístico cedió su derecho de indemnización al actor. Este último demandó a la entidad aseguradora del responsable del accidente solicitando la indemnización de los daños y perjuicios causados. La aseguradora sostuvo que el demandante no tenía legitimación activa para reclamar los daños y perjuicios por no ser el perjudicado del accidente. En primer lugar, el Tribunal delimita cuál es objeto de la transmisión, al respecto afirma que “es verdad que el cedente no ostentaba ningún crédito líquido y en ese momento exigible frente a la entidad aseguradora, pero el art. 1526 del CC no sólo habla de créditos, sino también de derechos o acciones, y resulta

¹⁰² LACRUZ BERDEJO, Jose Luis. *Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato*. Dykinson, 2003, Madrid, 3º Edición, págs. 217.

¹⁰³ *Ibidem* pág. 218.

evidente que el cedente, (...) estaba activamente legitimado para reclamar el perjuicio sufrido (...) y esta acción de reclamación de dicho perjuicio es lo que constituyó el objeto de la cesión.” Acto seguido se declara que “en virtud del precepto citado y del documento de cesión aportado por el demandante, éste está perfectamente legitimado para el ejercicio de la acción objeto de la presente *litis*”¹⁰⁴. Pues bien, tal como determina la AP, para que el actor acredite su legitimación activa, será necesario que aporte prueba documental del negocio jurídico de cesión. De esta manera se constataría el interés legítimo de la parte al constituirse como nuevo acreedor del crédito indemnizatorio.

84. En el mismo sentido, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1º) de 14 de junio de 2016¹⁰⁵ en un supuesto de hecho similar al anterior, declara que “la legitimación activa de la entidad actora para dirigirse contra la aseguradora del vehículo responsable (...) debe resolverse, pues, en sentido afirmativo” ya que a la vista de la documentación aportada con la demanda se evidenció que “los accidentados cedieron su derecho de crédito contra la aseguradora del vehículo responsable del siniestro, y la expresada cesión faculta al cesionario, de conformidad con lo previsto en el art. 1.526 del CC, para dirigirse contra el deudor”. De esta manera, se llega a la conclusión de que la cesión del crédito indemnizatorio “legitima al cesionario (...) para articular la reclamación objeto de este procedimiento”. Asimismo, la sentencia declara que “el negocio de cesión contaba con un objeto definido, delimitado, liquidable y determinable sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1.273 del CC), válido en nuestro ordenamiento jurídico”.

85. Como se desprende de las resoluciones comentadas anteriormente, otro de los obstáculos que se podrían plantear para negar la posibilidad de transmitir –por cualquier negocio jurídico válido– los derechos de indemnización sería la falta de delimitación de su objeto. Esta se predicaría tanto de su contenido –la cuantía del crédito indemnizatorio– como a su propia existencia. Pues bien, la STS 1138/1994 de 17 de diciembre es clara al respecto al afirmar que las cesiones de créditos indemnizatorios

¹⁰⁴ Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª). Sentencia núm. 67/2009 de 28 abril. JUR 2009\271919. FJ 2º.

¹⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1º) de 14 de junio de 2016. Id Cendoj: 27028370012016100251

“no se presentan precisas en su objeto, sino más bien indeterminadas, al no expresarse la cuantía exacta de los débitos, ni incluso la certeza de que su pago pudiera tener lugar en forma fija y blindada”. De esta manera el Tribunal Supremo entiende que este tipo cesión “No se trata de [una] efectiva integración patrimonial segura en el haber de los cesionarios, por no tener el cedente su plena disponibilidad, que sólo opera de estimarse judicialmente sus pretensiones, no obstante su transmisibilidad es procedente, conforme a los artículos 1112, 1255 y 1156 del Código Civil.”¹⁰⁶

86. De cualquier infracción del Derecho de la Competencia nacen una serie de acciones de daños, tantas como perjudicados tuviera el ilícito anti-concurrencial. Pues bien, incluso aunque los créditos indemnizatorios se agruparan en una única persona, desde una perspectiva procesal las acciones por daños mantendrían su independencia. De esta manera, nos encontraríamos, una vez más, ante un proceso con pluralidad de objetos, en este caso, como consecuencia de una acumulación objetiva de acciones. Que, tal como hemos analizado anteriormente, cumpliría con todos los requisitos legales establecidos en los arts. 71-73 de la LEC.

¹⁰⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1138/1994 de 17 diciembre. RJ 1994\9428. FJ 1º y 3º.

6. CONCLUSIONES

87. El TJUE ha reconocido expresamente la aplicación y eficacia directa de los arts. 101 y 102 del TFUE entre particulares y, por tanto, ha consagrado el derecho subjetivo de cualquier justiciable a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Se ha delegado en los ordenamientos jurídicos nacionales la tarea de configurar los mecanismos procesales para el ejercicio efectivo del derecho reconocido. Ante las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales las instituciones comunitarias tramitaron y aprobaron la Directiva 2014/104 UE. La Directiva pretende garantizar el pleno resarcimiento de los daños sufridos imponiendo a los Estados Miembros la obligación de establecer mecanismos procesales eficaces. Pese a entenderse que los mecanismos colectivos de resolución de conflictos eran necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva, estos no fueron expresamente reconocidos en la Directiva.

88. Las acciones por daños se rigen por las normas sustantivas existentes en cada uno de los Estados Miembros. El art. 1902 CC es el sustrato jurídico material sobre el que se sustenta la acción de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la competencia. Para determinar la ilicitud de la conducta se deberá acudir a los art. 101-102 TFUE y 1-3 de la Ley 15/2007. En abstracto existen dos modalidades de litigación: *follow-on* y *stand alone*. La diferencia radica en si la existencia del ilícito anticompetencial ha sido declarado, o no, por la autoridad de la competencia. La prueba y cuantificación del daño es uno de los elementos más problemáticos en este tipo de litigación. La Directiva realiza una definición autónoma del daño y establece una serie de presunciones y mecanismos para asegurar el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido. La Directiva consagra la defensa del *passing-on*. Asimismo, establece una presunción de la existencia del nexo causal en infracciones cometidas por carteles.

89. La existencia de mecanismos procesales que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos sustantivos reconocidos en la UE es una exigencia que se deriva del art. 47 de la CDFUE. Los principios de efectividad y equivalencia imponen la exigencia de que existan mecanismos que garanticen los derechos subjetivos reconocidos a nivel comunitario. Por las características y barreras inherentes a los procesos en los cuales se ejerciten acciones por daños, los mecanismos colectivos se muestran como un mecanismo eficaz para tutelar el derecho al resarcimiento por ilícitos anti-

concurrentiales. Las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico están pensadas para la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Por lo cual, tal como se encuentran actualmente reguladas en España, las acciones colectivas se muestran como un medio bastante ineficaz para el ejercicio de acciones por daños por parte de un conjunto de empresas perjudicadas. Este déficit normativo, junto con las exigencias derivadas de los principios de efectividad y equivalencia, imponen la necesidad de buscar instrumentos que permitan a los justiciables litigar eficazmente.

90. La acumulación subjetiva de acciones es un mecanismo procesal “clásico” que se muestra viable para la litigación conjunta de un grupo de perjudicados. Los requisitos procesales para la acumulación de acciones se desprenden de los arts. 72 y 73 de la LEC. La jurisdicción para conocer de las acciones por daños *antitrust* está atribuida al orden jurisdiccional civil. No existe consenso en torno al tribunal objetivamente competente para conocer de este tipo de acciones. No hay ningún elemento respecto a la jurisdicción y competencia ni especialidades procedimentales o prohibición expresa que impidan acumular subjetivamente acciones de daños por ilícitos *antitrust*. Todas aquellas acciones que traigan causa de una misma resolución administrativa compartirán el sustrato fáctico y, por tanto, existirá una homogeneidad de la misma clase de hechos. De esta manera, se cumple el requisito de que exista nexo por razón del título y la causa de pedir. Los requisitos para permitir la acumulación de acciones deben ser interpretados y aplicados de forma flexible.

91. La cesión de los derechos de indemnización es una técnica poco usada en España que se muestra viable para la litigación conjunta de acciones por daños anti-concurrentiales. De cualquier acto ilícito nace un derecho de crédito del perjudicado a exigir el resarcimiento del daño causado. Este derecho es esencialmente transmisible (1112 CC) a través de la institución de la transmisión de créditos regulada en los arts. 1529 y siguientes del CC. El negocio se entenderá perfeccionado, y el crédito cedido, con la mera concurrencia del consentimiento del cedente y cesionario. La cesión de créditos es un negocio jurídico que admite varias causas. Será conveniente que el crédito indemnizatorio sea cedido como dudoso y que en el contrato por medio del cual se articule la cesión, se detallaran los riesgos inherentes a la imposibilidad de realizar el crédito.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa. CORDÓN MORENO, Faustino. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. MUERZA ESPARZA, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I. Aranzadi, Segunda Edición, 2011

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. DIEZ-PICAZO GIEMENEZ, Ignacio. VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Segunda edición, 2013

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. “*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, Círculo de Empresarios, 2008

DIEZ-PICAZO, Luis. GULLÒN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Editorial Tecnos, 11ª Edición, 2015

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, CIVITAS, 6º Edición, 2008

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, 2012.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, 2000

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001

MARCUSHAMER, Isaac. “*Selling your torts: creating a market for tort claims and liability*”, Hofstra Law Review, Volume 33, Issue 4, Article 11

MARTÍN PASTOR, José. “*Técnicas de reparación judicial colectiva con ocasión de la oferta pública de suscripción de acciones en el mercado bancario*” en “Derecho, Justicia, Universidad. Libro Homenaje a Andrés de la Oliva Santos”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016

ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Acción judicial colectiva, acumulación y proceso modelo como técnicas de tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por las OPS de Bankia*” en “Derecho, Justicia, Universidad. Libro Homenaje a Andrés de la Oliva Santos” Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016

OROMÌ I VALL-LLOBERA, Susanna. “*El ejercicio de acciones de responsabilidad civil por los perjudicados en materia de Derecho de la Competencia. Aspectos procesales.*”, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo XXVII, I, 2016

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La ley, 5º Edición, 2006

O'CALLAGAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012

TORRE SUSTAETA, Victoria. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia. La tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, Editorial Aranzadi, 2016

VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter. “*Embedding procedural autonomy: the Directive and national procedural Rules*” en “*Harmonising EU Competition Litigation*”, Swedish Studies in European Law, Volume 8, Hart Publishing, 2016