

EL AGOTAMIENTO DE UN MODELO: NOTAS SOBRE LA COMPLEJA CONVIVENCIA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA CON LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

JOSÉ M^a FERNÁNDEZ SEIJO

Magistrado. Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona

La entrada en vigor, el día 1 de septiembre de 2007 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ha de suponer un cambio radical en la determinación de los mecanismos públicos de protección de la libre competencia en el marco del Estado español. El Preámbulo de la nueva Ley es claro al establecer el marco en el cual debe desarrollarse la competencia al advertir que:

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita

contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado».

En consonancia con las modificaciones operadas en la Unión Europea —Reglamentos 1/2003 y 139/2004, ambos del Consejo— la LDC permitir dirimir en el ámbito de la jurisdicción civil los conflictos que surjan en aplicación de las normas de competencia. No debe olvidarse, en este punto, que la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 8/2003 de 9 de julio, para la reforma concursal, atribuyó ya a los juzgados mercantiles la competencia para conocer respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado [artículo 86 ter.2 f) de la LOPJ].

Por lo tanto, siguiendo la pauta marcada por los reglamentos comunitarios mencionados, corresponderá a los juzgados y tribunales mercantiles el enjuiciamiento y fallo no solo de las cuestiones que pudieran afectar a la libre competencia conforme a la normativa comunitaria, sino también conforme a la normativa nacional.

Esta decisión del legislador supone un cambio cualitativo en el sistema de tutela, en la medida en la que se traslada al ámbito civil, concretamente a los nuevos juzgados mercantiles, el conocimiento de asuntos que hasta la fecha estaban sometidos a la fiscalización de órganos administrativos —el Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy modificado— y a los recursos contencioso-administrativos que permitían la revisión jurisdiccional de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En palabras de los tribunales:

La jurisdicción civil opera de manera principal cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de las personas, resolviendo los conflictos entre particulares y, en consecuencia, tutelando el interés privado, mientras que las autoridades nacionales de defensa de la competencia deben velar por la protección del orden público económico (interés del mercado). Como consecuencia de este distinto ámbito de conocimiento corresponde a la jurisdicción civil declarar la nulidad de los contratos o de las cláusulas que puedan infringir las prohibiciones establecidas por el TCE (hoy TFUE). El objeto de conocimiento de la jurisdicción civil se ha reiterado en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 1 de mayo de 2011 (FJ Sexto) señala que la conformidad o disconformidad de la actividad empresarial global de REPSOL con el Derecho de la Unión de defensa de la competencia corresponde a los organismos específicos de defensa de la competencia y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa y, tras citar la referida sentencia de 22 de junio de 2006 y la posterior de fecha 5 de mayo de 2010 establece que según el sistema de reparto de competencias entre la jurisdicción civil y la

contencioso-administrativa, cabe la posibilidad de que una concreta relación jurídica que aquella considere válida según el Derecho de la Unión sea sin embargo valorada negativamente por los órganos de defensa de la competencia, dentro del conjunto de los contratos celebrados por una misma operadora con los titulares de las estaciones de servicio, para imponer una sanción que a su vez sea confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2012).

Esta reforma tiene una trascendencia no solo práctica, sino también simbólica, en la medida en la que los jueces mercantiles se convierten en un eje fundamental en la supervisión del funcionamiento de los mercados desde la perspectiva de la defensa de la competencia, habilitando la posibilidad de atraer al ámbito mercantil la defensa de la competencia que viene a integrarse como una norma material más dentro del conjunto de normas que disciplinan el libre funcionamiento del mercado —no solo la Ley de Competencia Desleal, sino también la Ley de Patentes y la Ley de Marcas—. Por otro lado, también en este plano práctico, se habilita un cauce procesal más ágil en el que las medidas cautelares, las diligencias preliminares de comprobación de hechos, las diligencias preparatorias, la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba son instituciones procesales que se aplican con normalidad.

El permitir la nueva Ley que los afectados puedan acudir a la jurisdicción civil especializada, en vez de a los cauces administrativos, sin duda ha reducido los plazos de resolución en primera instancia de algunos conflictos, ya que los juzgados mercantiles han demostrado ser capaces de dar respuesta por sentencia en un procedimiento ordinario en un plazo medio inferior a un año; además los perjudicados podrán reclamar ante los tribunales mercantiles las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, instrumento más satisfactorio para las pretensiones de quienes compiten en el mercado que el de las meras multas o sanciones administrativas, que no repercuten directamente en quienes han alterado las normas de libre funcionamiento del mercado. No es baladí reproducir en este punto una apreciación realizada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.^a, especializada en materia mercantil y con una amplia práctica en la disciplina de la defensa de la competencia, que en sentencia de 7 de mayo de 2007 advierte que: «el interés de las normas sobre competencia no es tanto regular una disciplina como establecer unos límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Ni los Tratados ni el Derecho derivado alteran la naturaleza del contrato, ni hacen aparecer un precio de venta donde no existe».

La Comisión Europea, en junio de 2011, en el proyecto de documento orientativo sobre cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 de funcionamiento de la Unión Europea considera que:

Las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de la UE de defensa de la competencia desempeñan una función específica en la aplicación general de estas normas, al complementar su aplicación en la esfera pública. Aunque el derecho a reparación está reconocido por la legislación de la UE, actualmente hay una serie de obstáculos que se interponen para que las partes perjudicadas perciban en la práctica la reparación a la que tienen derecho. En su *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 2005, la Comisión señaló las dificultades para cuantificar el daño individual sufrido por las partes perjudicadas como una de las cuestiones clave en las acciones de daños y perjuicios. En su *Libro Blanco*, de 2008, la Comisión anunció su intención de elaborar un marco con una orientación pragmática y no vinculante para la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos en tales acciones.

Pocas pistas facilita la LDC respecto de las acciones que pueden ejercitarse al amparo de dicha normativa, puesto que la DA1 solo establece que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley —conductas colusorias y abuso de posición dominante.

Para identificar las posibles acciones tal vez sea conveniente referir a las acciones que prevé la Ley de Competencia Desleal —artículo 32—: Contra los actos que infrinjan los artículos 1 y 2 de la LCD podrán ejercitarse de modo individual o acumulando varias de ellas las siguientes acciones:

1. Acción declarativa.
2. Acción de cesación de los actos colusorios o los que supongan una posición dominante o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por los actos de infracción.
4. Acción de rectificación de las informaciones.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta si ha intervenido dolo o culpa del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto.

Trasladadas estas categorías de acciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) podría establecerse la distinción entre acciones meramente declarativas —artículo 521 de la LEC— y acciones en las que se recojan obligaciones de dar —artículo 701 para la obligación de dar cosa determinada y el 702 de la LEC para dar cosa genérica—, de hacer —artículo 705 de la LEC— o de no hacer —artículo 710

de la LC—; dentro de las obligaciones de dar deber hay que destacar especialmente la indemnización de daños y perjuicios —artículo 712 y concordantes de la LEC—. Esta distinción es especialmente en el momento de la ejecución de la posible sentencia estimatoria.

No debe olvidarse que en la jurisdicción civil, a diferencia de otras jurisdicciones, el perjudicado no solo quiere que se reconozca una infracción y que se paralicen los efectos de la misma, también reclama, normalmente de modo acumulado, que se le indemnicen los daños y perjuicios que le haya causado el comportamiento infractor.

En la determinación de daños y perjuicios debe tenerse en cuenta que tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 dichas operaciones no pueden diferirse al trámite de ejecución de sentencia, sino que conforme al artículo 219 de dicho texto legal:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética.
2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.
3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

Este precepto debe completarse con el del artículo 220, referido a las condenas a futuro, precepto reformado en 2009 (Ley 19/2009):

1. Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.
2. En los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo hubiere intere-

sado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia incluirá la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.

Es imprescindible establecer de qué modo están aplicando los tribunales civiles estos preceptos y para ello no hay mejor vía que acudir a la jurisprudencia que se ha ido consolidando en desarrollo de este precepto. Es interesante en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de septiembre de 2012, tanto por ser de fecha muy reciente como por sintetizar el actual estado de la cuestión; dicha sentencia analiza los antecedentes y la aplicación del artículo 219 de la LEC a partir de los siguientes argumentos:

Bajo la vigencia de la antigua ley procesal civil era frecuente que los demandantes se amparasen formalmente en el artículo 359 de la ley de 1881 para abstenerse de concretar en el escrito de demanda, siquiera fuera de modo aproximativo, el alcance e importancia de los daños y perjuicios que se afirmaban experimentados y, por ende, de la indemnización cuya condena se postulaba frente al demandado. En algunos casos extremos, incluso se pretendía amparada en aquel precepto la facultad de relegar al periodo de ejecución la demostración de la existencia o realidad misma, y de la precisa delimitación de los daños. Con este proceder, y a pesar de que la petición era nominalmente de condena, en verdad no se designaba cuál hubiera de ser la prestación que el demandado debía ser constreñido a cumplir, la cual se integraba, precisamente, por los elementos o extremos que el demandante sustraía a la fase declarativa del proceso. El objeto de este quedaba, en puridad técnica, exclusivamente reducido a la mera declaración de que el acto o comportamiento atribuidos al demandado había sido efectivamente realizado por el mismo a título de dolo o de culpa; que la conducta estaba comprendida en el ámbito de una norma reprobatoria y que había sido origen de los perjuicios que de modo genérico se afirmaban infligidos al actor. A su vez, el fallo no podía contener un pronunciamiento cabalmente condenatorio al cumplimiento actual de una prestación cierta.

Este estado de cosas es al que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha querido poner fin al establecer límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de sus mencionados artículos 9 y 219 cuya finalidad es impedir, en lo posible, las condenas no susceptibles de ejecución inmediata porque haya de sobrellevarse una compleja ejecución para dilucidar cuestiones que podrían haber sido solventadas en el proceso de declaración. Estas normas permiten una interpretación comprensiva de cualquier pretensión condenatoria cuya liquidez no se pueda precisar y no solo limitada a aquellos casos en los que el único objeto del proceso haya

sido la condena al pago de una cantidad de dinero o de otra clase de productos.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2010 «El artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al juez dictar una sentencia en la que no se establezca el importe exacto de la condena siempre que se fijen con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. Es una norma en perfecta correlación con la imposición que establece el artículo 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la demandante, de manera que la sentencia que se dicte deberá tener en cuenta, para la fijación de las bases de liquidación, los términos en que ha quedado planteado el debate, si no quiere incurrir en incongruencia de forma que ni la parte puede pedir ni la sentencia puede otorgar otra cosa que no sea la condena al pago de una cantidad determinada o determinable con arreglo a las bases fijadas en la sentencia, mediante una pura o simple operación aritmética».

El Alto Tribunal, en esa misma sentencia, entiende que la sentencia recurrida quebranta el artículo 219 de la ley procesal civil porque «remite a las partes a un incidente en ejecución de sentencia que excede de la simple comprobación de parámetros indiscutibles o cálculos aritméticos».

En el caso de autos es evidente que la fijación del importe de la condena dineraria excedería del mero cálculo aritmético, pues exigiría la determinación, mediante la correspondiente actividad probatoria, singularmente una pericial, de un valor que, según la sentencia, sería el correspondiente a los trabajos de reparación en la hipótesis de que éstos fueran posibles y hubieran de afectar únicamente a la parcela NUM000 en la que se halla la edificación de autos.

La dificultad es tal que la sentencia difiere el establecimiento de la cantidad a un ulterior juicio declarativo.

Además, ha de advertirse de la dificultad que supone valorar económicamente una prestación que es imposible. La sentencia de primera instancia llega a la conclusión de que la reparación es imposible técnicamente, jurídicamente (El Decreto de la Alcaldía de 23 de septiembre de 2005 lo impediría) y económicamente, pues la reparación exige la restauración de toda la ladera de la montaña en la que se halla la urbanización «Bella Vista», así como la nueva ejecución de los viales.

La parte actora apelada hace suya esta conclusión en su escrito de oposición al recurso. Pues bien, si ello es así, parece que ha de resultar imposible determinar un valor a la ejecución de una reparación imposible.

CUARTO.-La sentencia de primera instancia tampoco puede entenderse incluida en el último inciso apartado 3 del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, dicho precepto establece que «Fuera de los casos anteriores no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en

la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de de cantidad de dinero, frutos, rentas cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada, y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

En el caso de autos la pretensión actora no se formuló del modo que se indica en el referido precepto que se refiere a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas. Como antes se ha dicho, la actora ejercitó una acción de condena cuyo objeto era la reparación de los defectos constructivos.

En consecuencia, la sentencia vulnera lo establecido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no poderse entender incluida en ninguno de los supuestos en los que en dicho precepto se autorizan las sentencias con reserva de liquidación, debiendo acogerse en este concreto punto el motivo de apelación articulado por ambas partes apelantes.

QUINTO.-Conclusión de cuanto antecede es que la sentencia de primera instancia adolece del defecto de no respetar los límites establecidos en el artículo 219 de la ley procesal civil respecto a las sentencias con reserva de liquidación o meramente declarativas.

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de julio de 2012 advierte que: «Si un litigante, en contra de las previsiones del artículo 219 de la LEC, pretende la cuantificación durante el pleito o para ejecución de sentencia se verá abocado, en su caso, a la inviabilidad de la pretensión, pero no se puede decir que por ello incurra en defecto legal en el modo de proponer la demanda».

El Tribunal Supremo ha fijado también con precisión el alcance del artículo 219 de la LEC y así en Sentencia de 28 de junio de 2012 y con referencia a resoluciones anteriores, ha considerado que:

- A) Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012, RIC n.º 460/2008 ha declarado —en interpretación de los artículos 209.4.º LEC y 219 LEC—, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales —contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial—, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las par-

tes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso.

El elemento orientador para optar por una u otra solución es atender —partiendo de que debe ser un litigio en el que no pueda prescindirse de esta solución— a la mayor o menor complejidad del supuesto (SSTS de 18 de mayo de 2009 , RC n.º 725/004, 11 de octubre de 2011 , RIPC n.º 1285/2008, 17 de junio de 2010 , RIC n.º 141/2006), teniendo en cuenta que el criterio que remite a otro proceso cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, mientras que y el criterio remite a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, como regla, un menor coste.

B) En el presente litigio, la decisión de la sentencia recurrida —que acuerda dejar la determinación de una parte del importe de la indemnización para el proceso de ejecución de la sentencia— se ajusta a la doctrina expuesta, por las siguientes razones:

1. Esta decisión no tiene su origen en una deficiencia probatoria atribuible a la comunidad de propietarios demandante, que solicitó en la demanda la condena al pago de una cantidad de dinero determinada —no que se dictara una sentencia con reserva de liquidación—, y reclamó por la reparación de la fachada el importe que consideró adecuado según el informe pericial de parte acompañado a la demanda.
2. Esta decisión viene motivada por el criterio aplicado por la sentencia recurrida para determinar el importe de la indemnización. En esta sentencia se acuerda estar al informe del perito judicial, pero en este informe no quedaron valorados los gastos de puesta en práctica que podrían generarse en el momento de la reparación de la fachada, solo se puso de manifiesto que era posible un importante incremento del coste si para hacer las reparaciones era necesaria la instalación de andamios.
3. En consecuencia, en un momento del proceso en el que las partes ya no tenían un trámite adecuado para aportar prueba, surgió la falta de certeza, derivada del informe del perito judicial, sobre si sería necesaria o no la instalación de andamios para la reparación de la fachada.
4. A la demandante no le es exigible prever que, durante el proceso, como consecuencia del resultado de la prueba pericial judicial, se puedan plantear formas alternativas de efectuar las reparaciones en la fachada con una importante trascendencia económica, por lo que no se puede imputar a la demandante las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, que afectaría al derecho de tutela efectiva.
5. La decisión adoptada por la sentencia recurrida está adecuadamente motivada con argumentos basados en la valoración de la prueba pericial

judicial y en la evitación del enriquecimiento injusto, y va dirigida a evitar la indefensión de ambas partes.

6. La opción de la sentencia impugnada, al remitir la determinación del coste de los andamios a la ejecución de la sentencia y no a un proceso posterior, es, en la consideración de esta Sala, la adecuada, atendidas las circunstancias concurrentes, pues se trata de fijar el importe de un concreto concepto indemnizatorio que no reviste una especial complejidad.

Aunque es cierto que el Tribunal Supremo deja cierto margen de discrecionalidad al juez en orden a la búsqueda de la situación más adecuada a cada caso concreto, lo cierto es que de la mencionada doctrina pueden extraerse algunas consecuencias claras:

- 1) Cualquiera que sea la solución que se adopte —remitir a otro procedimiento o permitir la concreción en ejecución—, lo cierto es que debe evitarse el quebranto de principios constitucionales y, entre ellos, el de contradicción, defensa y bilateralidad.
- 2) Debe ponderarse si la falta de concreción es atribuible a la falta de diligencia procesal de cualquiera de las partes; no se puede suplir esa falta de actividad procesal.
- 3) Debe examinarse si en el proceso hay instrumentos idóneos al alcance de las partes.
- 4) Para que se pueda dejar para ejecución es necesario que en los escritos rectores se identifiquen correctamente las bases o criterios de determinación de la indemnización.

De ahí que el Tribunal Supremo termine afirmando que el criterio que remite a otro proceso cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, mientras que el criterio que remite a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, como regla, un menor coste.

Conforme a los preceptos citados y a la jurisprudencia que los desarrolla resultará procesalmente cómodo para el demandante articular una demanda en la que solicite la declaración de una infracción de la LCD —una conducta colusoria o un abuso de posición dominante—, será también procesalmente sencillo obtener un pronunciamiento de cese o de prohibición de esas conductas, sin embargo, se puede complicar la determinación de los daños y perjuicios por cuanto no puede diferirse al trámite de ejecución de sentencia y la fijación de bases para la determinación no siempre es sencilla para el demandante. Debe tenerse en cuenta que no basta con la infracción de la norma, el perjudicado, en nuestra tradición jurídica, ha de acreditar el nexo causal entre esa infracción y el perjuicio efectivamente causado.

Demandante y demandado deberán acudir a las normas generales sobre cargas de la prueba —artículo 217 de la LEC—, conforme a estas normas la parte

demandante debería pechar no solo con la carga de la prueba de la infracción, sino también con la prueba del perjuicio y el nexo causal; sin embargo, la propia LEC ha establecido algunos correctivos en cuanto a las reglas de carga al introducir en su texto legal en el año 2000 el principio de disponibilidad o proximidad de la parte con la prueba, de modo que deberá perjudicar la falta de prueba a quien teniéndola en su entorno, sin embargo, no la aporta o facilita que se aporte.¹

En la jurisprudencia, por medio de la aplicación del principio «Los hechos hablan por sí mismos» (*res ipsa loquitur*), se ha considerado que no es necesaria una prueba de los daños cuando el incumplimiento de la infracción por sí misma haya de suponer un daño; así en la sentencia núm. 366/2010, de 15 junio (Recurso de Casación núm. 804/2006), con cita de otras anteriores, cuando:

viene a admitir el nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento en los supuestos en que este último determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes; y añade, para resaltar su carácter excepcional, que «de esta jurisprudencia se deduce que el principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] alegado por la parte recurrente y la consideración de un perjuicio *in re ipsa* [en la cosa misma] no son aplicables a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia del daño.

En igual sentido cabe citar la sentencia de 17 marzo de 2003 (Recurso 2345/1997).

O con mayor amplitud la STS de 9 de abril de 2012:

es posible acudir al principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] en aquellos casos en los que la aplicación de un cálculo prudente al desarrollo de las operaciones económicas demuestra por sí mismo la cuantía en que se ha dejado de obtener una ganancia futura. En suma, la fijación de este tipo de indemnización debe abordarse por los tribunales mediante criterios que deben buscar un equilibrio que huya, tanto del rechazo de lucro cesante por entender que tiene carácter hipotético, como de su admisión incon-

1. Respecto de las reglas sobre carga de la prueba conviene recordar la jurisprudencia del Supremo —sentencias 82/1992, de 7 de febrero; 377/2010, de 14 de junio; 611/2011, de 12 de septiembre, y 35/2012, de 14 de febrero, entre otras muchas— en las que se indica que las reglas hoy contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto tienen como única finalidad identificar a la parte a la que han de ser atribuidas las consecuencias de no haber quedado demostrado en el proceso un hecho relevante, solo entran en juego cuando los tribunales de las instancias no hubieran llegado a formarse un juicio de certeza sobre aquel. En consecuencia, la infracción de las mencionadas reglas solo se puede producir cuando, una vez constatado el mencionado defecto de prueba, el tribunal que conoce del litigio atribuye los mencionados efectos negativos a la parte a la que no correspondía soportarlos.

dicional sin prueba alguna; pues debe fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento.

A estos criterios responde la jurisprudencia de esta Sala de los últimos años, en la cual se declara que «para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 17 de julio de 2002 , 27 de octubre de 1992 , 8 de julio y 21 de octubre de 1996 , entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)» (STS de 14 de julio de 2006).

Esta doctrina ha sido invocada en procedimientos instados en materia de responsabilidad civil extra-contractual —sobre todo médica— y también en el ámbito de la propiedad industrial (STS de 4 de marzo de 2010 citando jurisprudencia anterior):

la sentencia de 7 de julio de 2006, que precisó que la necesidad de probar los daños no impide considerar demostrados aquellos «que ineluctablemente derivan como consecuencia de una causa adecuada (*re ipsa loquitur*)»; la de 29 de octubre de 2004, según la que «no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas unilateralmente por una de las partes, que debe asumir todas las consecuencias derivadas, ya que no han de quedar impunes y libres de toda reparación económica, al conformar *ipsa* el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada por quien obtuvo el lucro»; la de 1 de julio de 2005, conforme a la que «raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandado interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales».

Esa doctrina —también seguida en la sentencia de 2 de marzo de 2009 y las que en ella se citan— no es más que la consecuencia de recurrir, como técnica de valoración de la prueba, a la inducción de una afirmación fáctica a partir de unos hechos probados y está regida, en el caso, por las reglas de la lógica.

En algunos cuerpos normativos de propiedad industrial se han aprovechado reformas recientes para incluir pautas indemnizatorias objetivas que alivien las

cargas probatorias de la parte demandante, así los artículos 43 y 44 de la Ley de Marcas (ley 17/2001):

Artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios.

1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no solo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquella en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.
2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado:
 - a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas, los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación.
En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.
 - b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.
3. Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado.
4. A fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la marca podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad.
5. El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 % de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.

Artículo 44. *Indemnizaciones coercitivas*. Cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia.

Sin embargo, en el ámbito de la defensa de la competencia no hay una norma similar, por lo que hay que acudir a las normas generales de la LEC, que en cuanto a las multas coercitivas recoge el artículo 711 con la referencia de multa, no de indemnización:

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 % del precio o valor y la multa única al 50 % de dicho precio o valor.

2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

Ciertamente, si la parte demandante, la perjudicada, no quiere fiar la correcta determinación de los daños y perjuicios a la demanda inicial y al desarrollo de la prueba la reforma operada en la LEC por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de protección de la propiedad intelectual e industrial, ha permitido introducir tanto en sede de diligencias preliminares, aseguramiento y anticipación de la prueba criterios de flexibilización y agilización que tienen por objeto una tutela mucho más efectiva de los derechos de esta naturaleza.

Los procedimientos derivados de la defensa de la competencia solo podrán verse amparados por estas reformas si se defiende un concepto amplio de propiedad industrial que permita no solo la defensa de marcas, patentes y dibujos industriales, sino también cualquier otra pretensión que incida en el mercado. No es ajena a esta tesis la propuesta que el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace en sus conclusiones al asunto 431/05C (informe de 23 de enero de 2007) sobre la necesidad de dar una respuesta integral a la protección de la propiedad intelectual e industrial en el marco de la Unión Europea. En este punto no debe olvidarse que los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, adoptados en

la Ronda de Uruguay (acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio [ADPIC o TRIPS] recoge dentro de sus ámbitos de protección la competencia desleal en los artículos 22 y 39. Aunque esta cuestión no es pacífica en la práctica judicial.

Los artículos 256.7 y 256.8 de la LEC establecen que:

Todo juicio podrá prepararse:

7. Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes:
 - a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.
 - b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.
 - c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.

Las diligencias consistirán en el interrogatorio de:

- a) Quien el solicitante considere autor de la violación.
- b) Quien, a escala comercial, haya prestado o utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
- c) Quien, a escala comercial, haya utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
- d) Aquel a quien los anteriores hubieren atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías y servicios.

La solicitud de estas diligencias podrá extenderse al requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio versa.

8. Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable.

La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el *requerido* no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior.

A los efectos de los números 7 y 8 de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

Menos dudas hay respecto de la posibilidad de acudir a las normas sobre prueba anticipada o aseguramiento de prueba —artículos 293-298 de la LEC—, en las que no hay limitaciones en cuanto a tipos de procedimientos. Estos mecanismos procesales no sirven directamente para la determinación de las bases para fijar los daños y perjuicios o concretar los mismos, pero sí para evitar que los medios de prueba destinados a tal efecto puedan ser alterados o modificados, una vez se han sentado los puntos básicos con carácter general en los procedimientos en los que se han venido ventilando acciones de defensa de la competencia.

Una vez se han sentado los puntos básicos con carácter general en los procedimientos en los que se han ventilado acciones de defensa de la competencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009.— El supuesto de hecho en el que se plantea es en un pleito vinculado a dos contratos de franquicia (cesión de utilización de nombre comercial, métodos de trabajo y aplicación de productos) relativos a tratamiento capilar, para dos ciudades distintas, respecto de los que la parte franquiciante pretende que existió incumplimiento contractual de la parte franquiciada e interesa la condena de esta y de sus garantes solidarios a indemnizar diversas cantidades por los conceptos de canon de explotación, productos suministrados impagados y cláusulas penales de retraso, en tanto la franquiciada pretende la nulidad de los contratos por conculcación de las normativas comunitaria y nacional de la competencia con base en el establecimiento en los contratos de una fijación de precios a cobrar a los clientes por la franquiciada, cuya imposición constituye una cláusula restrictiva de la competencia.

Los problemas de defensa de la competencia en este procedimiento se plantean en el marco de un contrato, el de franquicia, y es interesante observar los efectos que se piden en orden a la apreciación de un acto ilícito desde la perspectiva de la defensa de la competencia, ya que el debate jurídico se plantea sobre si el efecto de la sentencia es el de nulidad de todos el contrato o el de anulabilidad de partes del mismo. El Tribunal Supremo recuerda que:

el tema es ajeno al Derecho Comunitario, y en general al de la competencia, porque en el ámbito de esta —orden comunitario u orden interno— lo

único que importa es que se haga desaparecer la restricción de la misma, es decir, el pacto restrictivo. La Jurisprudencia del TJCE es clara en el sentido de que la nulidad del art. 81.2 CE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 del mismo artículo, o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo (por todas, STJCE 11 de septiembre de 2008, C-279/2006). Por otro lado, en el campo del Derecho interno se admite la posibilidad de la nulidad parcial, con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur*, que, como modalidad del principio de conservación del negocio, ha sido objeto de aplicación en diversas ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala. Sin embargo, en el caso, debe mantenerse la apreciación de nulidad total porque las consideraciones al efecto expuestas en la resolución recurrida constituyen una respuesta jurídica razonable y coherente y plenamente conforme a derecho, dado que la supresión de la cláusula restrictiva no solo incide en la libertad de fijación del precio por la franquiciada, sino también indirectamente, y como consecuencia, en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las contraprestaciones esenciales del contrato, por lo que obviamente se afecta a un elemento estructural, y a la economía del negocio, sin que sea posible entender que se puede mantener el fijado en relación con una libertad de precio porque para ello es preciso una voluntad concorde de las dos partes.

Sobre los efectos de la nulidad, es decir, la posibilidad de que puedan tener o no los pronunciamientos de nulidad efectos retroactivos, el Tribunal Supremo indica que:

Las alegaciones de la recurrente relativas a que no procede aplicar efectos retroactivos a la nulidad, sino únicamente efectos *ex nunc*, lo que trata de fundamentar en diversas apreciaciones dispersas en el escrito de recurso, no se acoge porque además de estéril por lo que se resolverá posteriormente y de que la incompatibilidad de la cláusula con el derecho comunitario es tan manifiesta que no existía previsibilidad alguna de exención por la Comisión, en cualquier caso, y en sede de *ratio decidendi*, no existe en la sentencia recurrida el soporte fáctico que permita un examen al respecto, ni cabe su integración en casación al exigir una valoración probatoria de las actuaciones y no tener un mero carácter complementario, no habiéndose utilizado el mecanismo idóneo para llenar la laguna fáctica.

Pese a la declaración de nulidad no se establece como efecto la recíproca devolución de prestaciones para permitir que las partes vuelvan a la situación anterior a la firma del contrato. Afirma el Tribunal Supremo que:

Finalmente se plantea por la parte recurrente la inaplicabilidad al caso del art. 1.306.2ª CC. El planteamiento se estima porque, como se afirma en el

recurso, no es de aplicación dicho precepto, sino el del art. 1.303 CC, pues ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del art. 1.306 CC con el efecto de «dejar las cosas como están» sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas.

Por lo que se decide que:

Habida cuenta que nos hallamos ante unos contratos de *tractu* sucesivo o continuado que han venido ejecutándose durante unos años, la aplicación del art. 1.303 CC debe hacerse en atención al criterio de la posibilidad en relación con las circunstancias, que, en el caso, se resume en la liquidación de los efectos económicos existentes al tiempo de extinguirse la relación jurídica.

Y eso determina que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se contente con condenar al pago de las cantidades pendientes de pago del canon y de los productos suministrados. No hay, por lo tanto, una verdadera liquidación de daños y perjuicios o, cuando menos, no se producía controversia respecto del perjuicio causado, vinculado a la deuda existente.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de octubre de 2010.— Criterio de determinación de la indemnización en supuestos en los que queda acreditada la concentración de precios de empresarios de la industria azucarera en la venta de azúcar a empresas del sector galletero.² Establece el Tribunal que:

En este caso el daño sufrido por los compradores vendrá determinado por la diferencia existente entre el precio del azúcar que los demandantes pagaron a ACOR, desde el 1 de septiembre de 1995, y el que hubiera debido de

2. Tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2012, al resolver el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en este asunto: «la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociables —tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos—, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989, la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley, en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final». El Tribunal Supremo confirmó en todos sus puntos la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid.

pagarse si ese importe se hubiera fijado según el precio natural del mercado y en función de la concertación de precios.

CUARTO.- La valoración de todo ello entraña una enorme dificultad, porque entramos de lleno en el terreno de las hipótesis. ¿Cuál hubiera sido el precio natural del mercado si no se hubiera producido la concertación? El *Libro Blanco* de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2 de abril de 2008, señala ya esa dificultad al entender que para la cuantificación de los daños ocasionados por la infracción existen una serie de técnicas cuantitativas que van desde el desarrollo de complejos modelos econométricos al uso de sencillos datos contables. Pero el hecho de que existan grandes dificultades para su valoración no quiere decir que no sea posible. El perito de la parte actora ha realizado una valoración que a juicio de este Tribunal es adecuada, y ello determina que accedamos a lo solicitado en demanda.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de diciembre de 2009.- El supuesto de hecho es el de una persona a la que se le impide acceder con normalidad a la red de distribución eléctrica que gestiona la demandada.

La sentencia de primera instancia condena a la suministradora al pago de 1.030.310 euros en concepto de lucro cesante. La sentencia toma como base para efectuar tal determinación cuantitativa de los perjuicios irrogados, el informe obrante en autos del IDEA (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía), de fecha 21 noviembre de 2008. Considera la Audiencia Provincial que:

Si bien hubiera sido deseable un mayor rigor jurídico en relación a los términos en que está redactado este concreto extremo del *petitum* de la demanda, al objeto de ajustarse a los términos que establece el artículo 219 de la LEC (sentencias con reserva de liquidación), lo cierto es que en la demanda se fijan unas bases para liquidar los daños y perjuicios solicitados, liquidación que, con buen criterio y en aras a la economía procesal, el Tribunal de Instancia hace en la propia sentencia con arreglo a dichas bases, realizando una pura operación aritmética, según exige dicho precepto.

Como establece la STS de 14 de julio de 1997, la congruencia impone la necesidad de ajustarse a las pretensiones de las partes en cuanto acotan el objeto del proceso, pero dentro del mismo la respuesta judicial se mueve con «flexibilidad» siempre que se produzca conforme a esos límites. En el caso examinado no se da más de lo pedido ni cosa distinta, por cuanto la sentencia establece una condena por perjuicios (lucro cesante) y en la demanda se solicitaban daños y perjuicios y, además, fija una cantidad líquida (evitando relegar tal trámite a la ejecución de sentencia), con arreglo a unas bases fijadas en la propia demanda. Como señala abundante jurisprudencia —SSTS 30-3-1957, 3-5-1961, 14-5-1963y 2 y 22-5-1984— por razones de economía procesal y del deber de poner punto final a las situa-

ciones litigiosas, en beneficio de todos los litigantes, se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para fijar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio, en los casos en que el Juzgador, razonablemente, aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo el *quantum* indemnizatorio, lo cual ocurre en el supuesto sometido al enjuiciamiento de esta alzada en el que el Tribunal de Primer grado realiza la liquidación o determinación de los perjuicios con arreglo a las bases de la demanda y las pruebas practicadas en el plenario, y siempre dentro del objeto del proceso, tal como quedó determinado en los escritos iniciales de demanda y contestación, pues como establece reiteradísima jurisprudencia, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes, no ha de ser literal, sino racional y flexible (SSTS 4-1-1988 y 8-5-1990), la congruencia no requiere conformidad literal y rígida de las peticiones (STS 29-5-1982 y 19-10-1986), de tal suerte que guardado el debido acatamiento (como así ocurre) al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al Órgano Jurisdiccional realizar las consideraciones y determinaciones que estime más ajustadas (SSTS 19-10-1993 y 3-2-1995).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2012.- El supuesto de hecho es el de un contrato de abanderamiento en estaciones de servicio; tanto en la demanda seguida ante el juzgado mercantil como en la sentencia de la audiencia provincial se desestiman las pretensiones de la parte demandante, sin embargo en los cuatro últimos párrafos del extenso fundamento jurídico cuarto se recogen algunas consideraciones en orden a la determinación de daños y perjuicios y se hace mención a los criterios barajados en distintas resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta materia:

La desestimación de los anteriores motivos impide conocer del último de los que se contienen en el recurso, relativo a la indemnización de daños y perjuicios por la diferencia existente entre los precios a los que la apelante podría haber adquirido en el mercado las gasolinas y gasóleos de no haber estado vinculada con REPSOL y los precios a los que REPSOL se los suministró. La pretensión resulta incomprensible en tanto AREAS REYES, S. L. no adquiere los combustibles, por lo que difícilmente puede existir precio alguno, salvo que pretenda modificar la relación existente con efecto retroactivo para convertirse en revendedor y equiparar sus beneficios a los que hubiera podido obtener en el mercado de haber suscrito otros contratos (de no haber estado vinculada con REPSOL). Tal petición muestra la verdadera finalidad perseguida con la demanda y la utilización instrumental del Derecho de la Competencia. Debemos recordar además, como ya dijimos en **nuestra sentencia de 7 de mayo de 2007**, que el interés de las normas sobre competencia no es tanto regular una disciplina como establecer unos límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva del

Derecho de la competencia. Ni los Tratados ni el Derecho derivado alteran la naturaleza del contrato, ni hacen aparecer un precio de venta donde no existe.

En todo caso debe advertirse el particular alcance que pretende otorgarse a la indemnización pues, como señaló la *sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2010* no puede dejar de señalarse la sinrazón que supone pretender una indemnización fundada en que la hoy recurrente hubiera podido abastecerse, como revendedora, de cualquier operador durante la ejecución de los contratos, pero sin tener para nada en cuenta los beneficios que a la misma parte le ha reportado el abanderamiento por una renombrada compañía líder del sector que, además, es la propietaria de la estación de servicio³.

Ya la *sentencia de 26 de febrero de 2009* había destacado que en todo caso, en la hipótesis de una indemnización, habrían de considerarse las ventajas derivadas del abanderamiento y otras prestaciones de la operadora que también son irreversibles y, en el mismo sentido, la *sentencia de 15 de enero de 2010*, si bien reconoce que según la doctrina del Tribunal de Justicia el Derecho comunitario, hoy de la Unión, debe tener un efecto útil, también lo es que el art. 1303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad y que, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso (apdo. 79 de la STJUE 17-9-08, con cita de otras anteriores), tales consecuencias deben limitarse [...]. Esto es así porque, como señala la *sentencia de 26 de febrero de 2009* (rec. 192/04), la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su abanderamiento.

Debemos también añadir que en los casos de nulidad de los contratos la indemnización alcanza el interés negativo o interés de confianza que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese cele-

3. Referida nuevamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que reproduce la cita de referencia:

en la sentencia de 6 de septiembre de 2010, ya citada, se destacaba «la sinrazón que supone pretender una indemnización fundada en que la hoy recurrente hubiese podido abastecerse de cualquier operador durante la ejecución de los contratos pero sin tener para nada en cuenta los beneficios que a la misma parte le ha reportado el abanderamiento por una compañía líder del sector que, además, es la propietaria de las estaciones de servicio», como asimismo sucede en el presente caso. En definitiva, lo que parece pretender la actora-recurrente es valerse de la exclusiva de abastecimiento únicamente en lo que la favorezca pero pagando a su abastecedora unos precios promediados entre los de todos los operadores, es decir como si la exclusiva no existiera a estos efectos, y por ende para poder vender al público a un precio incluso superior al recomendado por el proveedor, pretensiones que, lejos de contar con apoyo alguno en el Derecho europeo de la competencia, van en contra de la propia jurisprudencia del TJUE que invoca la parte recurrente.

brado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance el interés positivo, que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si el contrato hubiese sido válido y cumplido sus efectos — entre otras, *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010*. Lo que pretende la apelante como indemnización derivada de la supuesta nulidad es el interés positivo, como claramente expresa en sus alegaciones.

En esta sentencia es interesante, por lo tanto, destacar:

- 1) Como se traslada el criterio de determinación de daños y perjuicios al ámbito del Código Civil en materia de nulidad de los contratos —artículo 1.303.⁴
- 2) La clara delimitación de los criterios de indemnización conforme ha llamado interés negativo e interés positivo: a) *interés negativo* o interés de confianza que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance el *interés positivo*, que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si el contrato hubiese sido válido y cumplido sus efectos. Estos criterios no hacen sino recoger modelos más pragmáticos que el nuestro, modelos anglosajones en los que la reparación del daño sufrido pretende devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no se hubieran infringido correspondientes —en el caso español los artículos 1 y 2 de la LDC. La cuantificación del daño sufrido, por tanto, exige que se compare la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que habría estado de no ser por la infracción. A esta evaluación se la denomina, a veces, análisis del factor distintivo único (en inglés, *but-for analysis*).

En las sentencias citadas se ha hecho mención a los criterios aplicados por los tribunales españoles en la determinación de los daños y perjuicios. Tal y como se

4. El artículo 1.303 del Código Civil establece, con carácter general, los efectos de la declaración de nulidad, que no son otros que la recíproca restitución de prestaciones que hubiesen sido materia del contrato; sin embargo el propio Tribunal Supremo al enfrentarse al conjunto de procedimientos que se plantearon respecto de los contratos de abanderamiento se ha visto en la necesidad de matizar los efectos de la nulidad y advertir comportamientos rayanos al abuso de derecho al interponerse las demandas muy poco antes de expirar el plazo de duración del contrato litigioso. Recuerda el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de septiembre de 2012, como ya hizo en su sentencia de Pleno de 10 de abril de 2012 (rec. 501/09), en la frecuencia con que el Derecho europeo de la competencia se manipula «como mero pretexto para intentar un enriquecimiento no amparado por el ordenamiento jurídico». De ahí que, siendo cierto el rigor de la doctrina del TJUE sobre los efectos de la nulidad, no sea menos cierto que, en este caso, la presentación de la demanda muy poco antes de expirar el contrato, pidiendo una indemnización como si no hubiera existido abanderamiento, prescindiendo de la cuantiosa inversión de las demandantes planteando la nulidad, más por no haber podido vender por encima de los precios recomendados que por no haber podido vender por debajo de esos precios, tiene muy poco que ver con el Derecho de la competencia.

ha indicado, el punto de partida es el referido al de la nulidad de los contratos, pero con la introducción de algunos correctivos que, en la práctica, suponen apartarse del criterio de la restitución de las recíprocas prestaciones del artículo 1.303 del CC. Las soluciones adoptadas no dejan de adaptarse a los casos concretos que se plantean, siendo conveniente, por lo tanto, establecer una serie de criterios o principios comunes que pudieran servir para la correcta determinación de esos daños y perjuicios.

La Comisión Europea, en junio de 2011, en el proyecto de documento orientativo sobre cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ante la falta de una normativa uniforme en los distintos países de la Unión, sí apunta hacia la fijación de unos principios comunes para la cuantificación de los daños en los que debiera tenerse en cuenta:

- 1) qué daños se repararán y las disposiciones generales de responsabilidad por las que se rigen las demandas de reparación;
- 2) los requisitos de causalidad o proximidad que establezcan un nexo entre el acto ilegal y el daño que justifique que el infractor sea considerado responsable de la reparación de dicho daño;
- 3) el marco de procedimiento en el que se dirimen las demandas por daños y perjuicios. Las normas nacionales habitualmente disponen la atribución de la carga de la prueba y de las responsabilidades respectivas de las partes para presentar alegaciones factuales al tribunal;
- 4) el nivel probatorio adecuado, que puede variar entre distintas fases del procedimiento, y puede también ser distinto en cuestiones de responsabilidad por daños y perjuicios y en aquellas sobre la cuantía de los mismos;
- 5) en qué medida y de qué manera están habilitados los tribunales para cuantificar el daño sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o consideraciones de equidad; y
- 6) la admisibilidad y el papel de las pruebas en litigios civiles y su evaluación (y en particular, las pruebas periciales).

En nuestro sistema judicial no está muy «afinado» el mecanismo de determinación de daños y perjuicios, no solo por las cargas probatorias que se atribuyen al demandante, sino también por el hecho de que el efecto declarativo de muchas sentencias determina que la aplicación de intereses no suela referirse al momento de la infracción, sino a la fecha de la sentencia. Este criterio, sin embargo, choca con la advertencia de la Unión Europea en el documento citado de que la concesión de intereses, según las disposiciones nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la reparación por el daño causado por las infracciones de derechos otorgados por el Tratado. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el

perjuicio causado por la infracción —asunto C-271/91, MARSHALL, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31; asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, MANFREDI, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97. Estos efectos son la depreciación monetaria —asunto C-308/87, GRIFONI II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 40 y las Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-308/87; GRIFONI II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, MULDER y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T- 25/89, BRAZZELLI LUALDI, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40.

También se considera un efecto la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, MULDER y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105.

La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia.

El informe de la Unión Europea, que nace con el objeto de fijar unas «Guían- ce» en la materia, identifica distintos métodos para determinar los daños y perjui- cios, métodos que se sintetizan en los siguientes:

- 1) Métodos comparativos. Consisten en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma. Estos métodos comparativos toman los datos (precios, volúmenes de ventas, márgenes de beneficio y otras variables económicas) observados en el perio- do no afectado o en los mercados no afectados como una indicación del escenario hipotético sin la infracción. Que deberá introducir correctivos de carácter temporal, geográfico o por tipos de productos o servicios.
- 2) Métodos de simulación de los resultados del mercado basados en modelos económicos, y el planteamiento para estimar un probable escenario sin infracción sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable.
- 3) Método de estimación aproximada o de determinación de límites máximos y mínimos.

En la determinación de los criterios de cuantificación debe tenerse en cuenta que los efectos no son los mismos en función de la conducta observada por el infractor, que puede ser: a) perjuicio causado por aumento de precio; b) perjuicio ocasionado por prácticas de exclusión, distinguiendo en este punto entre el daño a los competidores y el daño a los consumidores.

Tras todas estas consideraciones cabe concluir que tanto las normas procesales como materiales en materia de determinación de daños y perjuicios en el derecho español son excesivamente «estrechas» para una correcta determinación de daños

y perjuicios. Los tribunales españoles han introducido en sus resoluciones referencias directas e indirectas que permiten afirmar la «sensibilidad» de los órganos resolutorios para buscar una indemnización del daño y perjuicio sufrido en la línea marcada por la legislación y la práctica jurisprudencial de la Unión Europea en el desarrollo de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión. Sin embargo, los estrechos márgenes legales permiten afirmar que el modelo español da muestras de insuficiencia, de agotamiento y que sería aconsejable una normativa específica en esta materia que permitiera, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia, establecer los principios y criterios para la fijación de las indemnizaciones, dando plena cabida a los criterios de determinación apuntados por el borrador de informe de la Comisión Europea.

