

MANUAL

**FRANCIS
LEFEBVRE**

**Responsabilidad Civil
y Seguro**
Cuestiones actuales

Febrero de 2018



Esta obra ha sido realizada por iniciativa y bajo la coordinación de **Francis Lefebvre** sobre la base de un estudio técnico realizado por un equipo de autores coordinados por Mariano José Herrador Guardia

Director:

Mariano José Herrador Guardia
Abogado

Autores:

RICARDO ALONSO SOTO
GUIDO ALPA
JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA
SANTIAGO DELGADO BUENO
MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO
CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
FRANCISCO MARÍN CASTÁN
JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ
VICTORIA ORTEGA BENITO

JORGE PADILLA
EMILIO PALOMO BALDA
MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN
FERNANDO PEÑA LÓPEZ
SONIA RAMOS GONZÁLEZ
JOSÉ ALBERTO REVILLA GONZÁLEZ
IGNACIO SANCHO GARGALLO
JOSÉ LUIS SEOANE SPIGELBERG
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 57,20 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17317-15-7
Depósito legal: M-11850-2018
Impreso en España
por Printing'94
Paseo de la Habana, 9-11. 28036 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO [Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org] si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

Página

PARTE I. FUNDAMENTOS

Capítulo 1. Cuestiones actuales del Derecho de daños en Europa	17
Capítulo 2. Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños	31

PARTE II. PRINCIPIOS

Capítulo 3. Causas de justificación y causas de exculpación en el Código Penal y su relevancia para la responsabilidad civil.....	61
Capítulo 4. Acciones de regreso y subrogatoria en reclamaciones de responsabilidad civil	113
Capítulo 5. Inexistencia de responsabilidad cuando se pruebe que el daño se hubiera producido igualmente con un comportamiento correcto (el argumento de la «conducta alternativa lícita»)	149

PARTE III. PARTICULARIDADES

Capítulo 6. Protección del consumidor en los pleitos por daños	179
Capítulo 7. Responsabilidad por el déficit concursal del art.172 bis de la Ley Concursal: criterios para su apreciación y la determinación de su alcance	205
Capítulo 8. Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad médico-sanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad.....	231
Capítulo 9. Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas ..	293

PARTE IV. DAÑO

Capítulo 10. Dos años de aplicación del nuevo baremo sobre daños personales: cuestiones de interés y de conflicto	337
Capítulo 11. Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia ..	379
Capítulo 12. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones preventivas: presupuestos formales y realidad jurisprudencial. Especial referencia a la valoración del daño y a la problemática competencial.....	411
Capítulo 13. Protección de las víctimas y perjudicados a través de la acción civil ex delicto: criterios y función de la fiscalía	487

PARTE V. SEGURO

Capítulo 14. La acción directa contra el seguro de responsabilidad civil y los problemas de tutela judicial efectiva	563
Capítulo 15. El daño moral y su aseguramiento.....	605
Capítulo 16. Infracción de los deberes del asegurado y sus consecuencias.....	637

PARTE VI. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA JUSTICIA

Capítulo 17. Sobre la oralidad en la segunda instancia.....	655
Capítulo 18. Cómo mejorar la prueba pericial y su valoración.....	669
ÍNDICE ANALÍTICO	687

Abreviaturas

ALECr	Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011
BEUC	Organización Europea de Consumidores
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial
CF	(RML)
Ciencia	Forense. Revista de Medicina Legal
DPO	doctrina de la pérdida de oportunidad
EVD	Estatuto de la víctima del delito (L 4/2015)
FGE	Fiscalía General del Estado
LCon	Ley Concursal (L 22/2003)
LCS	Ley de contrato de seguro (L 50/1980)
LDC	Ley de defensa de la competencia (L 15/2007)
LECr	Ley de enjuiciamiento criminal
LGDCU	Texto Refundido Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (RDLeg 1/2007)
LOE	Ley de ordenación de la edificación (L 38/1999)
LPRL	Ley de prevención de riesgos laborales (31/1995)
LRCSCVM	Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RDLeg 8/2004)
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción social (36/2011)
LRJSP	Ley de régimen jurídico del Sector Público (L 40/2015)
LTSV	Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDLeg 6/2015)
PCPP	Propuesta de Código Procesal Penal de 2013
ReCESCO	Revista CESCO de Derecho del Consumo
s.r.	sin referencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tratado	FUE
Tratado	de funcionamiento de la Unión Europea
TyD	Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico
UE	Unión Europea
WP	Working Paper
PTEL	Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil

Agradecimientos

Gratitud en grandes dosis es lo que debemos repartir para poder corresponder a los generosos apoyos que hemos recibido sin los cuales ni este libro, ni el *Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños*, que le da origen, hubieran sido posibles.

El *Congreso* siquiera hubiera comenzado a organizarse si previamente no contáramos con el acogimiento y aliento del *Consejo General de la Abogacía Española*, de la *Universidad Autónoma de Madrid*, de la *Universidad de A Coruña*, y de la editorial *Lefebvre-El Derecho*. Hacia todas esas entidades pero, de manera particular, hacia las personas que están al frente de ellas, va dirigido este gesto de agradecimiento sincero lleno de reconocimiento y afecto. Nos alegra aún más el seguir contando con ellos, porque cumplidas cuatro ediciones del *Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños*, no solo no se han sentido defraudados por lo realizado, sino que nos empujan y alientan para continuar trabajando en esa línea de excelencia que todas esas instituciones, dentro de sus respectivas actividades y funciones, exigen y persiguen.

También ha resultado de gran ayuda la organización la colaboración del *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, del *Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, de *Sepin*, de *Mapfre* y de *Epifanía Iure*. Hacia todos ellos dirigimos también nuestro agradecimiento intenso.

Valoramos destacadamente la intervención de todos y cada uno de los integrantes del *Comité científico*, con quienes hemos contado desde hace largo tiempo para atinar adecuadamente en la elaboración del programa. Sus propuestas y consejos han denotado su elevada cualificación jurídica y su cercana generosidad.

A los integrantes de *Herrador Abogados* hay que hacer mención expresa pues son el motor ilusionado de todo cuanto acometemos para continuar aprendiendo, compartiendo conocimiento y avanzando en definitiva en la realización de nuestra noble tarea, especialmente volcada en el Derecho de daños, que esperamos mejorar cada día.

Y gracias a los congresistas y a los lectores de este libro, destinatarios de nuestra labor, con quienes compartimos ideales profesionales, y sin cuya atención de poco servirían nuestros esforzados empeños.

Prólogo

Corresponde ahora, a modo de prólogo o introducción, exponer las características principales de este libro y las circunstancias en el que se edita.

Con relación al *continente*, el volumen ha sido editado en la línea de los anteriores (*Derecho de daños; Derecho de daños 2013 y Daño, Responsabilidad y Seguro*) que se han publicado con motivo de los congresos que, desde el año 2011 vengo dirigiendo en Madrid bajo la misma denominación de *Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños*, y celebrados cada dos años, que es el espacio temporal razonable que exige la adecuada preparación del mismo, con ponentes prestigiosos y temas novedosos, de interés para los profesionales que acuden a perseverar en el conocimiento, siempre necesario, del extenso campo de la responsabilidad civil o el Derecho de daños.

El *contenido* es lo que concita nuestros mayores esfuerzos, dado que buscamos siempre temas de interés jurídico y utilidad práctica para los pleitos que persiguen la reparación de un daño, en toda su amplitud. A la vez, siempre hemos pretendido desde la organización del congreso que todos los temas sean trabajados con rigor y solvencia jurídica, que es lo que da auténtico valor al texto, por lo que buscamos ponentes adecuados para cada temática. Tengo que resaltar la gran cualificación de los autores de los textos, juristas de prestigio, magistrados del Tribunal Supremo, del Constitucional, de Audiencias provinciales, catedráticos y profesores universitarios, abogados y peritos experimentados, todos los cuales han acometido con entusiasmo el encargo que le hemos hecho y, aunque han seguido las pautas formales principales que les hemos transmitido para redactar los respectivos textos, pueden existir algunas diferencias menores entre ellos que se ha preferido mantener en la edición, respetando así las pautas personales que no distorsionen la configuración general del libro. La estructura de cada ponencia parte de un sumario de lo que se va a tratar, continúa con el desarrollo principal del tema encomendado y termina siempre con unas conclusiones que cada autor establece siguiendo sus propios criterios sobre el estudio realizado (conclusiones que no hemos exigido al profesor Alpa dado el carácter que imprime a su conferencia/trabajo inaugural). Se añade, en la mayoría de los casos, un apartado final de bibliografía específica.

En esta ocasión incluimos en el libro dieciocho diferentes cuestiones distintas y de gran actualidad en las siguientes páginas. Esa variedad, alejada de una monografía que se centre en las muchas aristas de un mismo asunto, nos acerca a un rico y dispar temario aunque con el denominador común de aglutinarse todos bajo el paraguas del Derecho de daños. Por ahí llegamos al título del libro que considero definitorio de su contenido: «*Responsabilidad Civil y Seguro. Cuestiones actuales*». Desgranamos el contenido en un detallado índice analítico, que facilita la búsqueda y consulta. La organización interna de temas variados aconseja una sistematización que le dé cierta coherencia, así hemos agrupado los trabajos en cinco bloques diferentes, que tienen que ver con la parte general de la materia, unos; con aspectos particulares de la misma en otros, con lo vinculados específicamente con el daño o con el seguro, todos los cuales lo hemos distribuido, por el orden señalado, en las primeras cinco partes del libro. A éstos, se le añade la sexta parte que contiene dos propuestas, que realizamos desde este foro inquieto y vivo que es el *Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños*, que pretenden contribuir a mejorar la Administración de Justicia, según nuestras experiencias y apreciaciones profesionales. Pero cada parte la iniciamos con una introducción donde, de manera más pormenorizada, se explican los temas que van a ser tratados y por quién. El orden es el mismo que se ha seguido para exponerlos oralmente en el *Congreso*.

Los contenidos han sido redactados durante la segunda parte del año 2017 y los dos primeros meses de 2018, pretendiendo lograr su plena actualidad. Tanto hemos querido apurar el calendario que los trabajos de edición del libro han sido tan intensos como frenéticos para cumplir con el editor las fechas acordadas. Lo hemos logrado y escribo estas palabras en la víspera de que el volumen pase a imprenta. Estoy seguro que, el siempre comprensivo y generoso lector, perdonará los fallos, nunca intencionados, que pudieran existir,

No puedo concluir este prólogo sin hacer referencia a dos actos especiales, muy entrañables para mí, que aunque no están incluidos en este libro, si lo estaban en el programa del *Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños* 2018. El primero tendrá lugar al concluir la jornada de trabajo del día 8 de marzo, que es el *Homenaje y recuerdo al magistrado y Fiscal General del Estado José Manuel Maza Martín*, «*in memoriam*». La reciente desaparición de un gran amigo y extraordinario jurista como ha sido José Manuel Maza, son razones poderosas que justifican sobradamente todo acto programado en su recuerdo. Pero, además, hacerlo en esta ocasión es doblemente oportuno pues José Manuel fue promotor entusiasta del Congreso y de los libros que hemos editado con motivo de todos ellos, y por haber participado siempre, como ponente o como moderador, en las ediciones anteriores. Su muerte nos ha privado de abrazarlo de nuevo, pero lo recordamos, con merecido cariño. Nuestra gratitud se dirige especialmente junto a sus también grandes amigos y compañeros *Adolfo Prego Oliver*, magistrado del TS excedente; *Manuel Marchena Gómez*, Presidente de la Sala Penal del TS y el actual Fiscal General del Estado, *Julián Sánchez Melgar*, todos participantes en el homenaje a José Manuel Maza. El otro acto especial al que deseo referirme por último, es la conferencia de clausura del Congreso que, bajo el título *La incertidumbre y la norma*, se encomendó al escritor, Premio Príncipe de Asturias de las letras y Académico, *Antonio Muñoz Molina*. Contar con los pensamientos preclaros de Muñoz Molina (a quien nunca podemos agradecer bastante su intervención) en un encuentro de juristas como el nuestro, nos hace ver que los problemas de los que nos ocupamos tienen también interés para el resto de la sociedad.

Con la máxima ilusión hemos trabajado para hacer realidad este libro: ¡que al compañero lector le sea de provecho!

MARIANO JOSÉ HERRADOR GUARDIA

*Abogado
Director del Congreso y del libro*



INTRODUCCIÓN

Este primer capítulo del libro que hemos titulado *Fundamentos*, recoge los dos primeros trabajos que se expusieron en *Daño, Responsabilidad y Seguro, Congreso Internacional sobre el Derecho de daños* celebrado en 2018. La razón para que sirvieran como apertura de esas sesiones de trabajo obedece al criterio que seguimos en la organización de las variadas ponencias que se expusieron a los congresistas, donde buscamos un hilo conductor que diese sentido a cada uno de los bloques, tal y como ya hemos comentado en el *Prólogo* de este libro. De esa manera, cuando nos pusimos todos a iniciar las sesiones congresuales creímos oportuno responder a dos de las **características definitorias y fundamentales** que nos mueven, en cada ocasión (bianualmente desde 2011), a organizar este congreso jurídico: por un lado su **nota internacional**, teniendo interés por conocer lo que se hace en el extenso campo jurídico del Derecho de daños en otros países, lo que siempre resulta provechoso para saber el contexto en el que trabajamos y los caminos de solución más certera que pudieran seguirse teniendo en cuenta las experiencias de otras sociedades diferentes (aunque próximas en la presente ocasión a nuestro ordenamiento jurídico). Por otro lado, junto a esa nota internacional, resaltamos siempre los perfiles actuales y vigentes sobre la **jurisprudencia existente en España**, pues solo conociendo con certeza el alcance real de los términos en los que los tribunales actualmente aplican el ordenamiento jurídico en cuanto al ámbito de la responsabilidad civil y el seguro se refiere, podemos tener garantía de que nuestra actuación profesional está debidamente fundamentada. Esa visión amplia en ambos casos solo la pueden hacer juristas de muy elevada talla, experiencia y conocimientos, cualidades de las que abundantemente disponen los dos autores con los que hemos tenido la gran fortuna de contar para acometer el encargo.

En cuanto al primero de ellos, ha correspondido al catedrático de la Universidad La Sapienza de Roma y abogado, *Guido Alpa*, repasar la **situación en Europa** en cuanto a los temas más candentes para el presente y el futuro inmediato. La experiencia del ponente en el estudio y análisis de las instituciones de la responsabilidad civil, lo que ha volcado en varios tratados de incontestable prestigio, lo que unido a su amplia experiencia profesional como consultor, no solo en Italia sino en el resto del continente, era para nosotros el mejor aval para encomendarle que abordara las *cuestiones actuales del Derecho de daños en Europa*. Así lo hace en las páginas que siguen a esta introducción, al referir el resultado de su búsqueda para que podamos orientarnos en el conocimiento de aquellos tipos de asuntos que, en opinión del experto, son los que requerirán los mayores esfuerzos para su adecuado conocimiento y para estudiar los caminos más adecuados para dar cumplida respuesta a todos ellos.

Por lo que se refiere al abordaje de ese otro fundamental pilar del congreso y de este libro, cual es el conocimiento de la **situación real actualizada de la jurisprudencia**, con relación a los asuntos que resuelven litigios derivados de conflictos ubicados en la responsabilidad civil y el seguro. Consideramos imprescindible ese adecuado conocimiento pues en materia tan sinuosa ha de partirse siempre del mismo, a modo de un faro-guía que alumbré nuestro camino profesional desde el ámbito jurídico que a cada uno corresponda. Siendo ello así, no podemos más que congratularnos de que haya aceptado exponerla *Francisco Marín Castán* quien es el presidente de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo español. No cabe encontrar mejor voz para hablar de la *jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en pleitos por daños*, toda vez que preside el órgano jurisdiccional que tiene la máxima autoridad para fijar dicha jurisprudencia, unificando los criterios que pudieran resultar divergentes de otros tribunales y fijándolos para fomentar la necesaria seguridad jurídica. El trabajo de *Marín Castán*, que continúa otros sobre la misma temática publicada en nuestros libros y congresos anteriores, intenta ofrecer una panorámica de la jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del Tribunal

Supremo en materia de Derecho de daños, desde los problemas de la jurisdicción competente, o la prescripción y su interrupción, hasta los de identificación del daño y los criterios para indemnizarlo o los relativos a la mora del asegurador, ha optado por seleccionar sentencias especialmente representativas en función de la jurisprudencia que citan, pero también, en algunos casos, por las sugerencias que aportan para el ámbito del seguro con la finalidad de evitar litigios, proteger al perjudicado e, incluso, evitar la ruina del sujeto responsable.

CAPÍTULO 1

Cuestiones actuales del derecho de daños en Europa¹

GUIDO ALPA

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Roma, La Sapienza

A.	Premisas de carácter metodológico	17
B.	Tutela de la persona en su dimensión física.....	18
C.	Tutela de la persona en su dimensión virtual.....	19
D.	Tutela del ambiente	19
E.	Tutela de los intereses económicos de los inversores.....	20
F.	Tutela de la competencia y daño por la violación de las reglas del mercado	21
G.	Proyectos de unificación de las reglas de responsabilidad civil.....	27

A. Premisas de carácter metodológico

Cuando se considera la **evolución** del sistema de la responsabilidad civil en el ámbito europeo se deben considerar al menos tres distintas perspectivas:

- la definición y la aplicación de reglas de responsabilidad civil dictadas directamente por el Tratado Fundacional de la UE (Tratado FUE) para los daños ocasionados por sus **instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones** (art.340);
- la definición y la aplicación de reglas concernientes a la responsabilidad de los Estados por la **violación de las normas de la UE** según las reglas generales del Tratado (art.4) y los principios elaborados por el Tribunal de Justicia;
- la definición y la aplicación de reglas derivadas de las fuentes europeas que definen **ilícitos típicos**.

En este último caso, sobre el que querría desarrollar algunas consideraciones, las reglas pueden estar incluidas en Reglamentos o incluso Directivas. No obstante, las **reglas de Directivas o Reglamentos** no siempre están completas: en otros términos, no siempre las reglas de la UE o los principios elaborados por el Tribunal de Justicia individualizan *todos* los requisitos del acto ilícito, es decir, el criterio de imputación (dolo, culpa riesgo), el interés lesionado, el nexo causal entre el acto y el efecto nocivo, el daño. Hay casos en los que están previstos algunos de esos elementos, y los demás deben determinarlos los jueces nacionales; en otros casos, el supuesto configurado por las reglas europeas está completo, pero se ha confiado a los **legisladores nacionales** una cierta libertad para completar las lagunas normativas.

Entre ambas situaciones nos encontramos ante **interpretaciones divergentes** por parte de los jueces y en general, de los juristas que, razonando conforme a su propia cultura jurídica, no recorren el mismo camino para resolver los problemas planteados por los textos comunitarios.

La terminología utilizada en los textos normativos de la UE se corresponde –a *grosso modo*– con la de los legisladores o jueces nacionales, pero las reglas nacionales no son siempre uniformes ni, por consiguiente, unívocas. Por eso se ha intentado **dar uniformidad a la regulación** de la responsabilidad civil, y todavía son actuales los modelos propuestos para salir del *impasse*. Pero el tiempo va transcurriendo y se camina hacia la uniformidad, aunque a través de cambios cada vez más veloces en el derecho de la Unión Europea.

Desde una perspectiva general, es preciso tener en cuenta, dos fenómenos que poco a poco se han consolidado en los últimos decenios: la «europeización» de los derechos nacionales, y la «constitucionalización» del derecho de la UE.

El primer fenómeno es fruto de diversos factores.

En el ámbito europeo, ya sea a través de la técnica normativa de Reglamentos y Directivas, sea mediante las sentencias del Tribunal de Justicia europeo, o bien sea mediante los intentos de uniformar y sobre todo por la circulación de modelos e ideas, y por lo tanto, por la formación de una cultura jurídica europea, se está definiendo un **cuadro común de valores**, en el que la responsabilidad civil, entendida como conjunto de reglas previstas para la defensa de los intereses protegidos, ocupa una posición privilegiada. La persona, la propiedad, el ambiente, el ahorro, la competencia, considerados como «objetos» de la tutela; o bien, los consumidores, ahorradores, acreedores, trabajadores, o familiares, en tanto que «sujetos» de esa misma tutela, diseñan el ámbito de operatividad de estas reglas, ordenadas según una escala de valores que se presenta de un modo uniforme en todos los ordenamientos. Se ha hablado, incluso, de *Europeanisation of tort law*, por parte de los juristas ingleses², y de un *sistema* de «derecho privado europeo»³.

La **constitucionalización del derecho europeo** se deriva de la adopción de la Carta de Niza, que es un documento jurídicamente vinculante a partir del Tratado de Lisboa, desde 2009. En ella se exaltan los valores de la persona como bisagra de todo el ordenamiento de la Unión; estos valores se utilizan para regular las relaciones entre los particulares, al igual que la *Drittwirkung*⁴ de las normas constitucionales acaecida en los diversos Estados europeos (en particular en la Europa continental)⁵.

B. Tutela de la persona en su dimensión física

Si tenemos en cuenta los **intereses protegidos**, antes de nada debemos considerar la persona física; y por consiguiente, la tutela de la integridad física. Aquí aparece como particularmente significativa la responsabilidad del **productor de bienes de consumo** por los daños ocasionados a los consumidores o *bystanders* por obra de los productos introducidos en el mercado.

La Dir 1985/374, tiene más de 30 años, y aunque reforzada por la Dir 2001/95 sobre seguridad de los productos, no ha tenido un efecto considerado completamente satisfactorio por las asociaciones de consumidores. Un reciente documento del BEUC ha puesto en evidencia las lagunas o discrasias más significativas del texto⁶. Está claro que la **responsabilidad del productor** se fundamenta en el riesgo empresarial, y por lo tanto es de naturaleza objetiva, pero existen demasiadas dudas sobre la exacta naturaleza de dicha responsabilidad. El ámbito de la disciplina está circunscrito a los productos que tienen una naturaleza tangible, sin extenderse a los productos digitales. Además, el **daño resarcible** no comprende el daño moral, aspecto este que se presenta como particularmente grave en un sistema (como el europeo) en el que la integridad moral de la persona y sus padecimientos se consideran objeto de un derecho fundamental.

Se puede estar de acuerdo con algunas de las **propuestas** del BEUC. Otras son discutibles.

El BEUC pide la supresión de la limitación de la responsabilidad por los **defectos no cognoscibles** en el momento en que el producto se ha comercializado (*risk of development*). Este es un tema bastante complejo, porque parece difícil recurrir al aseguramiento desde el momento en que el riesgo no es fácilmente calculable. La experiencia de los casos de daños causados por el amianto (que causó enfermos de asbestosis) es emblemática en este aspecto.

El BEUC pide también una mayor **agilización en el plano probatorio**. En efecto, la prueba del defecto no es sencilla para el consumidor, y podría ser una facilitación aceptable considerar defectuoso un producto diferente de los demás de la serie a la que pertenece. También parece una sugerencia útil la posibilidad de obtener toda la documentación referente al producto, incluidos los estudios sobre su carácter nocivo. Igualmente parece útil suprimir la franquicia relativa a los daños inferiores a 500 euros. En cambio, me provocaría cierta perplejidad la eliminación del plazo de responsabilidad de 10 años, porque a menudo los productos – en un mercado cada vez

más veloz en el cambio y la innovación– devienen obsoletos más rápidamente de lo que ocurría hace 30 años.

Se pueden compartir –en mi opinión– también las sugerencias relativas a la extensión de la Directiva sobre las *injunctions* a los defectos de los productos y de la institución de un sistema de información (como el RAPEX para los productos peligrosos) referido a la autenticidad y al carácter inofensivo de los productos introducidos en el mercado.

Pero la Directiva no ha especificado las reglas que se aplican a la responsabilidad del suministrador, al que se puede dirigir el perjudicado cuando ni el fabricante ni el importador puedan ser identificados. Los jueces nacionales aplican al suministrador reglas extraídas del Derecho interno que pueden ser diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos (ya sea tendiendo a la responsabilidad contractual, o bien a la extracontractual)⁷.

C. Tutela de la persona en su dimensión virtual

En la sociedad de la comunicación, de la telemática y de la informática, la persona no puede ser considerada solo en su dimensión física. Es necesario tutelar también su dimensión virtual.

Se registran en este sector **dos grandes novedades**: la aprobación de un Reglamento sobre la tutela de los datos personales que sustituye a las Directivas en la materia, y el proyecto de un Reglamento sobre la *e-privacy* (Com (2017) 7 *final Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World*).

El **Reglamento**, en gestación desde 2012, mejora la normativa en la materia, porque entre otros, incluye el derecho al olvido entre los derechos que se tutelan en nombre del titular de los datos, se preocupa del «perfil» de los usuarios, también con la finalidad de prevenir o limitar la incitación a la compra, y las prácticas comerciales desleales, y precisa de un modo detallado, los remedios en caso de contravención de las disposiciones concernientes a la recogida, conservación y utilización de los datos personales (Rgto UE/679/2016, relativo a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales, así como a la libre circulación de tales datos) y que deroga la Dir 1995/46/CE (regulación general de la protección de datos). Desde este punto de vista, el Reglamento se coloca a la vanguardia en la protección de la «persona digital» y es una **garantía para la circulación de datos** en el extranjero. Es sabido que una de las razones por las que la UE no puede suscribir el TTIP⁸ con los EEUU se debe a la renuencia de los negociadores americanos (que reflejaban las solicitudes de los operadores económicos) a aceptar reglas más restrictivas sobre la protección de los datos de aquellas reconocidas a los propios ciudadanos americanos.

En los Considerandos del Reglamento se explican los **finés** de la nueva regulación, que vale la pena señalar⁹.

En materia de **remedios**, el Reglamento prevé una disposición que me parece subrayable, y que pone a cargo del titular del tratamiento una presunción de culpa (pero se podría discutir si se trata o no de responsabilidad de tipo objetivo). Se admite la prueba contraria, pero ésta se refiere al cumplimiento de las obligaciones, o a la no imputabilidad del daño (art.82)¹⁰.

D. Tutela del ambiente

La Dir 2004/35/CE, sobre la tutela del ambiente, ha planteado numerosos problemas de interpretación y aplicación, debidos a los *misunderstandings* provocados por el principio de que «**quien contamina, paga**». En el análisis económico del Derecho, el principio se interpreta en su sentido literal, por lo que el operador que está dispuesto a reparar el daño ocasionado¹¹ se considera **autorizado a contaminar**. En algunos

países como en Italia, se consideraba que bastaba con someter a quien contamina a la obligación de resarcir el daño pecuniariamente, es decir, una indemnización «por equivalente». Por el contrario, en el TJUE y antes todavía en la Comisión de la UE, se ha precisado que la **obligación primaria** consiste en restaurar los parajes contaminados, no en el pago de sumas pecuniarias. De aquí surge una discusión entre el Estado italiano y la Comisión, que ha provocado la corrección de la norma italiana de implementación de la Directiva, en varias ocasiones.

La TJUE 4-3-15, en un juicio que afectaba a Italia, ha precisado que: «*La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, cuando es imposible identificar al responsable de la contaminación de un terreno u obtener de éste las medidas reparadoras, no permite a la autoridad competente imponer la ejecución de las medidas preventivas y reparadoras al propietario de dicho terreno, no responsable de la contaminación, al que se exige únicamente reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente por un importe no superior al valor de mercado del paraje, determinado una vez ejecutadas esas actuaciones*».

En otras palabras, el legislador italiano (con el Código para el Medio Ambiente) ha establecido que la restauración de los terrenos la lleve a cabo la Administración Pública, y que el propietario del paraje deba reembolsar los gastos.

La responsabilidad debería ser de naturaleza objetiva, aunque no todos los autores son partidarios de esta solución.

E. Tutela de los intereses económicos de los inversores

Otros casos de responsabilidad conciernen al sector bancario, financiero y contable. En estos casos se ha considerado en sede comunitaria que la responsabilidad del operador **se basa en la culpa**: en realidad, no hay razones para distinguir entre productor de bienes y productor de servicios (a los efectos de la responsabilidad) y tampoco para considerar que quien produce un servicio desarrolla una actividad profesional intelectual que no implica la asunción de un riesgo empresarial sino la culpa en la ejecución de una prestación personal.

El régimen de la responsabilidad **debería ser uniforme**, y no diferenciar, en cuanto a la producción, entre los productores, según las tareas específicas que desarrollen en el mercado, en tanto que frente a los consumidores y usuarios, estos operadores están expuestos a los riesgos y daños de modo paritario. Es cierto que en estos casos el daño no es de tipo físico (como la lesión de la salud en el caso de los productos defectuosos, o la contaminación del medioambiente), pero el tipo de intereses afectados en este caso –intereses económicos–, no es menos relevante que aquellos tutelados de un modo más intenso.

Los daños sufridos por los ahorradores en el transcurso de los últimos años, debidos a la grave crisis económica que ha golpeado a la sociedad occidental, en su mayor parte se han ocasionado, por la actividad bancaria o financiera. En muchos casos, es difícil demostrar la culpa del causante del daño, por lo que **la inversión de la carga de la prueba**, cuando la relación no es contractual, sino extracontractual, debería ser una regla universalmente reconocida.

Por el contrario, no se regula así para la **responsabilidad del auditor** y de las sociedades de auditoría. La Dir 2014/56/UE (que ha modificado la Dir 2006/43/CE) ha introducido distintas novedades y ha reforzado las obligaciones profesionales de los auditores, los controles por parte de la Autoridad Pública y las sanciones, pero en materia de responsabilidad civil simplemente ha hecho un reenvío a las normas nacionales.

En efecto, dispone el art.30 (Sistemas de investigación y sanciones):

1. Los Estados miembros se asegurarán de que existan sistemas efectivos de investigación y sanciones para detectar, corregir y prevenir la ejecución inadecuada de la auditoría legal.

2. Sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros, éstos contarán con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias con respecto a los auditores legales y a las sociedades de auditoría, cuando las auditorías legales no se realicen con arreglo a lo dispuesto en aplicación de la presente Directiva y, cuando sea aplicable el Reglamento (UE) n.º 537/2014.

Tampoco ha cambiado la situación, en materia de actividad financiera, con la aprobación de la Dir 2014/65/UE (denominada Mifid II). La Directiva (que ha entrado en vigor el 3 de enero de 2018) tiene como objetivo el **desarrollo de un mercado único de servicios financieros** en Europa, en el que se aseguren la transparencia y la protección de los inversores. Los operadores deben actuar en el mejor interés del cliente, garantizar una correcta información para los inversores, evidenciar los potenciales conflictos de intereses entre las partes y preparar para el inversor una adecuada representación de los riesgos que pueden darse, conforme a su perfil. Se trata de la valoración de la adecuación del producto a las exigencias del ahorrador.

Además hay **otras reformas** sobre la mesa: un Reglamento sobre los requisitos prudenciales de las empresas de inversión (COM 2017, 790 final) y una Directiva sobre la supervisión prudencial de las empresas de inversión (COM 2017, 791 final).

La cuestión de la responsabilidad permanece abierta, por eso en Italia se discute si el inversor podría pedir la nulidad o la anulabilidad del contrato de inversión, o por el contrario, sólo el resarcimiento del daño.

F. Tutela de la competencia y daño por la violación de las reglas del mercado

La regulación de la competencia, tal como fue concebida originariamente en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y después trasladada al TFUE, va más allá de ser un simple objeto de estudio en el que se deben desarrollar paralelamente la interpretación jurídica y la interpretación económica. Es un conjunto de reglas en el que la **valoración económica y la valoración jurídica** son co-esenciales, inseparables y con continuas interrelaciones entre ellas.

Esto se advierte particularmente al conjugar las reglas del Tratado que prescriben **comportamientos correctos** en el mercado interior (art.26 s. y 101 s.) con las reglas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –texto normativo ahora ya equiparado a los Tratados– que se ocupa de las relaciones económicas, en particular, el art.16 sobre la libertad de empresa y el art.38 sobre la protección de los consumidores. Por eso, cuando se afrontan los problemas relativos a la violación de las reglas sobre la competencia (en términos de ilícito antitrust) y sobre las consecuencias perjudiciales que se derivan de ello (en términos de daños antitrust), necesariamente se debe tener en cuenta esta intersección.

Pero aún hay más: tanto **el ilícito como el daño antitrust** se conciben de tal modo que se deben combinar factores del derecho de la UE y factores propios del Derecho interno¹². Sería más sencillo si toda la construcción jurídica, incluidas sus reglas interpretativas, se resolviese *in toto* en el ámbito comunitario, porque bastaría con tener en mente el significado de los términos y conceptos típicamente comunitarios para resolver los problemas. Allí donde la armonización es máxima y la regulación **cuasi completa** es más fácil aplicar el Derecho de la Unión Europea e integrarlo con el Derecho interno, si el legislador comunitario ha reservado a los Estados miembros algún margen de actuación. En cambio, si el legislador comunitario regula **sólo un aspecto del supuesto**, la aplicación deviene más complicada, más incierta, y no habiéndose alcanzado el nivel de armonización máxima, se presta a diversificaciones de acuerdo con los modelos nacionales. En consecuencia, la tutela de los intereses protegidos varía de un ordenamiento jurídico a otro. Así mismo, se pueden crear desigualdades, tanto en relación con los intereses de las empresas vulneradoras

(sancionadas más o menos intensamente con el resarcimiento del daño por la violación de la normativa antitrust), como por lo que respecta a los intereses de las empresas concurrentes y de los consumidores (que tienen a su disposición más o menos facilidades para la satisfacción del daño sufrido).

Los casos son demasiado abundantes. Así, por ejemplo, en la hipótesis de daños derivados de la violación de normas comunitarias por parte del Estado, en particular por parte de los jueces nacionales¹³ y en el caso de la responsabilidad del productor del que ya se ha hablado.

Y todavía hay más. La Dir 1993/13/CE, sobre cláusulas abusivas, es más detallada y precisa, y deja al ordenamiento interno –y por tanto al juez nacional– menor espacio de actuación (por ejemplo, en la valoración de la conservación del contrato en caso de declaración de la nulidad de la cláusula por abusiva), asegurando así una **aplicación más uniforme** del derecho de la Unión. Aún así, en la interpretación de esta Directiva, la actuación por parte de los legisladores nacionales y su aplicación por los jueces nacionales, ha llevado a soluciones divergentes. Los profesionales están expuestos a un tratamiento uniforme en cuanto a la individualización de las cláusulas consideradas abusivas, pero no todos los ordenamientos han dado respuestas unívocas al respecto.

Para el **antitrust**, la elección del legislador comunitario ha sido al mismo tiempo menos valiente y menos invasiva de lo que habría podido ser, porque ha regulado sólo algunos de los elementos del ilícito, y ha encomendado a los jueces nacionales la determinación de los demás requisitos.

En otras palabras, ha estipulado algunos aspectos del daño, pero no ha establecido una regulación completa del ilícito, probablemente por partir del presupuesto de que es suficiente con demostrar, sobre la base de los datos económicos del mercado, que se ha producido una **alteración de la competencia**, para poder afirmar que se ha perfeccionado el ilícito y por lo tanto, que se podrá determinar el daño ocasionado. No se trata de que ilícito y daño no sean separables conceptualmente: lo son desde el punto de vista normativo, y también en los programas comunitarios, en los que la normativa en la materia ha sido fruto de estratificaciones sucesivas, recurriendo a todas las fuentes del Derecho (reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes)¹⁴.

De hecho, en materia de competencia, el legislador comunitario ha atendido a todas las fuentes del Derecho: a los Tratados (art. 101 y 102), a los Reglamentos, a la jurisprudencia del TJUE, y ahora, a la Directiva. Esta Dir 2014/104/UE, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 26 de noviembre de 2014, se ocupa esencialmente de los **criterios de determinación del daño**, pero después se expande hasta establecer una regulación detallada de la carga de la prueba, y de los criterios económicos para el cálculo del daño; dejando, en cambio, en manos del juez nacional la tarea de comprobar la concurrencia de otros dos requisitos: el requisito de la injusticia del daño, y el requisito del nexo causal.

Se debe, pues, subrayar que la finalidad del legislador era doble: Por un lado, clarificar el **modo en que debe resarcirse el daño** derivado de la violación de las normas antitrust; por otro, reforzar el *private enforcement*, el **recurso a los remedios privados**, estimando insuficiente el control por la autoridad (administrativa) pública.

La Directiva se ocupa del segmento final del proceso hermenéutico que lleva a la definición del daño y a su determinación; se alinea con la política del derecho que se dirige a alentar la actuación de los particulares –el *private enforcement*–, para controlar el normal funcionamiento de los mercados sobre la base del principio de competencia, acompañándolo con el *public enforcement*, que presupone compartir algunos conceptos de base para la configuración del ilícito, derivado de la violación de las disposiciones antitrust.

Disposiciones que, entre los Tratados, los Reglamentos, las orientaciones del TJUE, las Decisiones de la Comisión, constituyen ya un compacto *corpus* normativo, en el que se reflejan las reglas de los ordenamientos nacionales que se habían anticipado a la regulación antitrust, y que la han introducido como consecuencia de la adhesión a la Unión (como ocurrió, con mucho retraso en Italia)¹⁵.

En verdad, el título es al mismo tiempo conciso y, restrictivo, porque en realidad la regulación se refiere a aspectos de derecho sustancial y de derecho procesal, que van más allá de la simple determinación del daño, incidiendo sobre los **elementos del ilícito** antitrust que merece la pena examinar con atención.

Debe al menos mencionarse, que la **Propuesta de Directiva** del 11 de junio de 2013 (COM (2013) 404 def.) había suscitado un gran interés y había generado una conspicua literatura, italiana y extranjera, que había seguido paso a paso su génesis, iniciada con el Libro Verde (COM (2005) 672 def.) y con el Libro Blanco (COM (2008) 165 def.), en los que se habían debatido, sobre todo, los temas de interés general, es decir, la oportunidad de recurrir a los remedios promovidos por los particulares para hacer respetar las reglas de la competencia, la tipología de los remedios que debían promoverse, la concesión de acciones colectivas: la Recomendación 2013/396/UE y la Comunicación 2013/401/def. de 11 de junio de 2013, a las que se une la Resolución de los presidentes de las autoridades europeas garantes de la competencia, titulada «Protección de las informaciones contenidas en las prácticas para el tratamiento favorable en el contexto de las acciones civiles de resarcimiento del daño», de 23 de mayo de 2012, dan testimonio de la estrecha colaboración entre la Autoridad Central y las Autoridades nacionales en esta materia, de la circularidad de las iniciativas, de los modelos de acción y de sanción, todas las medidas tendentes a la realización de un mercado único perfectamente competencial.

Por otro lado, en caso de duda, no son revocables las competencias de la Unión, ya sea sobre la base del TFUE art.101 y 102, o ya sea sobre la base del art.103 y 104 que permiten a la UE adoptar medidas que incidan directamente sobre el derecho interno de los Estados miembros.

Los contenidos de la Directiva tienen una considerable envergadura porque aquella concede un amplio espacio a la **cooperación entre sujetos privados y autoridades públicas**, introduciendo una especie de «delación premiada» (es decir, de denuncia con premio), que permite a la empresa que ha violado las normas denunciar a los demás sujetos implicados en los hechos, a cambio de la inmunidad en la compensación o de una reducción en ésta (también llamado «programa de clemencia»). La Directiva se ocupa de la **regulación de las pruebas**, de la divulgación de éstas, de la adquisición de documentos y de la exención de la obligación de depósito; de la **adquisición de información**, y sobre el plano procesal, se preocupa de resolver de modo definitivo una vieja controversia respecto a la relación entre las investigaciones efectuadas y las medidas adoptadas por las Autoridades nacionales y los procedimientos jurisdiccionales promovidos ante el juez competente por los sujetos que hayan sido sancionados administrativamente. En este sentido, las **decisiones de las Autoridades nacionales**, en cuanto sean definitivas, si después de ser impugnadas, han sido confirmadas en sede judicial, tienen eficacia vinculante y constituyen el fundamento de la acción indemnizatoria. Sin embargo, las decisiones nacionales no son directamente eficaces fuera de sus propias fronteras estatales, y en los juicios que se planteen ante jueces de otro Estado Miembro es posible verificarlas de nuevo y que se aporten pruebas nuevas.

La Directiva se ocupa también de la prescripción, de la cuantificación del daño, de su traslación y de la resolución en vía extrajudicial de las controversias ocasionadas por la violación de las reglas de la competencia.

Sin embargo, no se resuelven todos los **problemas del resarcimiento del daño**, por lo que desde la aprobación de la Directiva se han manifestado posiciones críticas, sobre todo por la decepción que supone ver que algunos problemas que la Directiva habría podido resolver definitivamente, todavía se discuten.

Quizás se ha tratado de un *self-restraint* debido a la aplicación del principio de subsidiariedad, que ha retenido a los órganos comunitarios a la hora de dictar una regulación completa del ilícito antitrust.

Dado que la Directiva se ocupa también de la **traslación del daño**, es necesario examinar el destino que corre la «cadena de contratos» [los llamados *rapparti a valle*¹⁶], celebrados tras la vulneración de la competencia o afectados por la contravención de las reglas. Justo en este punto habría sido deseable una aclaración, o una indica-

ción resolutoria en cuanto al remedio que debía preverse, para evitar que los perjudicados pertenecientes a distintos países, pero lesionados por el mismo acto o comportamiento antitrust del mismo operador económico estén sometidos a reglas nacionales diversas entre sí, y como consecuencia de éstas, puedan llegar a obtener resarcimientos muy diferentes.

Las **categorías afectadas** son también diferentes entre ellas: empresarios concurrentes, perjudicados por el abuso de posición dominante o por los acuerdos restrictivos; pero también suministradores, o dependientes, o consumidores y cada uno de ellos puede ser portador de intereses que, a su vez, no son homogéneos entre sí.

Quedaban otros problemas por resolver. En los diversos ordenamientos no se combinaban las **reglas de competencia** entre las Autoridades de garantía de la competencia y los jueces nacionales: en el caso de impugnación de la medida administrativa adoptada por la Autoridad, ¿el juez nacional debería hacer investigaciones ulteriores para verificar la violación de las reglas de la competencia; o, por el contrario, era suficiente la instrucción ya efectuada por la Autoridad administrativa y valorada en términos de suficiencia para comprobar la violación? ¿Cómo combinar todas estas exigencias, si no es con dos recorridos distintos coordinados entre sí?

La UE ha optado por la combinación de remedios de *public enforcement* y de *private enforcement*¹⁷.

No obstante, la Directiva sólo se ha ocupado de algunos aspectos del daño, concentrándose en los métodos de cálculo (y por tanto, privilegiando una perspectiva económica), descuidando así los aspectos jurídicos de esta compleja figura.

Siguiendo la teoría analítica del ilícito, deberíamos señalar los siguientes **requisitos fundamentales** en la configuración del ilícito antitrust:

- El requisito subjetivo, derivado de culpa o dolo, o incluso de la imputación por riesgo empresarial.
- La lesión del interés protegido (el daño injusto).
- El nexo causal.
- El daño directo, derivado de la violación de las normas de tutela de la competencia.
- El daño posterior a la violación, conexo con los actos negociales¹⁸ concluidos por el causante con terceros, los cuales asumen haber sufrido un daño.

Obviamente, se presupone la **capacidad de entender y de querer** del causante del daño, y, al mismo tiempo, no es indiferente la calificación de la normativa de la competencia, para establecer si la violación implica la inobservancia de **reglas imperativas**, de orden público, o de orden público económico, para entender si la cadena de contratos es válida o nula, si corresponde el resarcimiento de los daños, y cómo se puede calcular, teniendo en cuenta también la traslación del daño. Es necesario verificar, en el caso en que existan más **coautores** del daño, como puede resolverse el problema de la corresponsabilidad o de la responsabilidad solidaria.

En cuanto al **causante del daño**, es necesario hacer referencia a la noción de empresa del Derecho comunitario, y más específicamente al concepto de empresa tal como se entiende en el ámbito de la regulación de la competencia. A su vez, el interés protegido implica la titularidad de los intereses y por lo tanto, la individualización de las categorías de los sujetos damnificados.

La identificación de los requisitos lleva consigo la **distinción de competencias y roles**: en otros términos, ¿el juez nacional que debe cuantificar y liquidar el daño derivado de la violación de la normativa antitrust, debe reconstruir todos los elementos del ilícito, o algunos de ellos están ya definidos o determinados por otras autoridades, nacionales o comunitarias?

Como puede verse, el ilícito antitrust presenta notables **analogías con otra figura de ilícito** que se articula sobre los mismos componentes – comunitario y nacional– y por lo tanto se podría seguir el mismo modelo de razonamiento, como en el pasado, para delinear sus contornos. De hecho, la responsabilidad del Estado por la violación de las reglas comunitarias implica que la comprobación de la vulneración se ha efectuado a la luz del Derecho comunitario, que dicha contravención provoca la lesión del interés del que es titular el perjudicado (titularidad que puede proceder de

un derecho instituido por el derecho comunitario directamente para la víctima), mientras que el daño y el nexo causal entre violación y daño debe ser probado por el perjudicado y verificado por el juez nacional.

La Directiva **aclara competencias y roles**. Aquí el juez nacional, es decir, el «juez del recurso» –según se dispone en el art.2 en sede de definiciones– «*tiene el poder, después de la proposición de los medios de impugnación ordinarios, de revisar las decisiones emitidas por la autoridad nacional garante de la competencia o los pronunciamientos jurisdiccionales formulados sobre tales decisiones administrativas, independientemente del hecho de que tal juez tenga el poder de constatar una violación del derecho de la competencia*»¹⁹.

Por lo tanto, la violación puede referirse a normas de derecho comunitario o a normas de derecho interno correspondientes a las del derecho comunitario (art.2, apartado 3º).

La violación puede ser verificada por una autoridad administrativa (la Autoridad garante), o por un juez administrativo (competente para la revisión de las medidas administrativas), pero el juez ordinario tiene competencia para revisarlo²⁰.

El daño está definido en el derecho comunitario, pero su cuantificación corresponde al derecho interno.

Pero vayamos a los problemas de la **responsabilidad civil**:

– La Directiva no precisa si el causante debe **probar la culpa o dolo** de la empresa que ha vulnerado la disciplina antitrust. El legislador comunitario probablemente considera implícita la culpa objetiva por violación de la ley, pero ni siquiera se ha planteado el problema de la responsabilidad objetiva, tratándose de una actividad empresarial; o bien de una imputación dolosa, en cuanto que la violación es intencional (con todas las consecuencias que el daño dimanante del acto doloso comporta en términos de previsibilidad).

Si el comportamiento antitrust se ha verificado por un acto administrativo o por una sentencia del juez administrativo, corresponderá a la empresa demandada demostrar la inaplicabilidad de la disciplina antitrust, la subsistencia de exenciones, y toda circunstancia que permita excluir que la violación se haya producido.

La **carga de la prueba** –por la tipología del supuesto–, se ha invertido.

Si el perjudicado se dirige directamente al juez ordinario para obtener el resarcimiento del daño, las pruebas de la violación se facilitan mediante las reglas sobre la divulgación de los datos (art.5) y la exhibición de pruebas que los jueces pueden conseguir y divulgar ex Dir 2014/104/UE art.5 s. No es necesario, por lo tanto, demostrar la existencia de un requisito subjetivo, porque lo que cuenta es **el resultado**, el efecto del comportamiento, para la aplicación de la normativa de la competencia y por consiguiente, de las sanciones vinculadas a su violación.

Tratándose de un supuesto típico, no se aplican las reglas generales del acto ilícito.

– Pero es necesaria la **prueba del nexo causal** entre el comportamiento y el daño sufrido.

– En cuanto al **interés lesionado**, está estrechamente vinculado con el fin de la norma vulnerada, y por tanto, con la finalidad de tutela de la normativa. Precisa el considerando 11 que «*De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia*».

Es una cuestión de *acquis* comunitario, explica el considerando 12º, que repite: «*Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento*».

Pero, ¿cuál es el **interés lesionado**? Y como se configura ese «*cualquier persona*»?

El considerando 13º precisa que: «*El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia*». Y **el daño está**