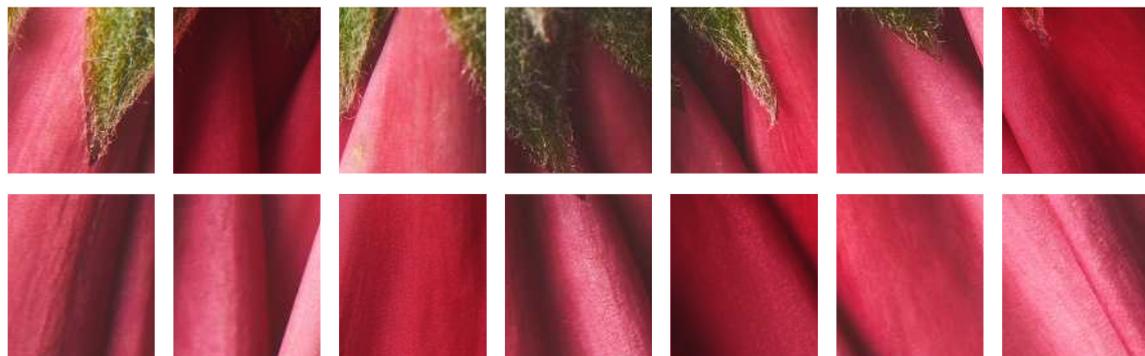


Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia

Aspectos sustantivos y procesales

Noemí Jiménez Cardona

■ BOSCH



Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia

Aspectos sustantivos y procesales

Noemí Jiménez Cardona

© Noemí Jiménez Cardona, 2021

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo 2021

Depósito Legal: M-6961-2021

ISBN versión impresa: 978-84-9090-512-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-513-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

también debe plantearse, al hilo de la causalidad²⁰², la posibilidad de que el infractor alegue, como defensa o excepción, la falta de legitimación activa del actor por pretender ser resarcido una vez haya trasladado todo o parte del daño, en forma de sobrecoste, a otros agentes ubicados en puntos posteriores de la cadena de suministro (*passing-on defence*)²⁰³.

El riesgo de que los compradores directos acaben siendo indemnizados, aun cuando éstos hubieran trasladado el incremento anticompetitivo a sus clientes, constituye una cuestión comúnmente compartida y analizada, con gran recelo y precaución, por los diferentes sistemas de defensa de la competencia. Sin embargo, no todos ellos han acabado por ofrecer idéntica respuesta.

El modelo *antitrust* norteamericano, con un posicionamiento antagónico a las premisas asentadas en la tradición jurídica comunitaria, siempre ha mostrado, de forma clara, su preferencia por reservar la persecución privada de los comportamientos anticompetitivos a los sujetos que se han visto inmediatamente afectados por las actuaciones ilícitas —compradores directos—. La búsqueda por la eficiencia económica y la simplicidad procesal para ofrecer respuesta a este tipo de ofensas, parecen ser los motivos por los que los órganos jurisdiccionales estadounidenses han justificado la supresión de la defensa *passing-on defence* como la legitimación del resto de afectados por la conducta anticompetitiva (exclusión de la *indirect purchaser rule*).

Por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea, cuyo sistema de enjuiciamiento judicial se ha construido con atenta observancia a los fundamentos esenciales de la responsabilidad civil extracontractual, la alegación del *passing-on* apenas ha contado con detractores, máxime si se tiene en cuenta que dicho fenómeno no deja de ser una traslación de la regla general del Derecho de daños en virtud de la cual se confiere legitimación a aquél sujeto que efectivamente haya padecido una lesión no aprobada por el ordenamiento jurídico.

De hecho, antes de que tuviera lugar el análisis del *passing-on* en el ámbito de las acciones de reclamación civil por infracción de las normas de competencia, la jurisprudencia comunitaria, en un asunto relacionado con la devolución de impuestos y cargas tributarias contrarias al Derecho de la Unión Europea, tuvo la ocasión de pronunciarse a favor de esta institución como mecanismo de defensa con el que hacer frente a las situaciones de enriquecimiento injusto promovidas por aquel obligado tributario que, aun habiendo repercutido los tipos impositivos a terceros no obligados (consumidores),

202. BROKELMANN, H. «La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia», en *competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, ob. cit., pág. 116; GALGO PECO, A. «La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción», en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., págs. 70 y ss.; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., pág. 125.

203. MARTÍN MARTÍN, G. *Competencia, enriquecimiento y daños*, ob. cit., págs. 348 y ss.

exigiera igualmente la devolución del impuesto por contravenir las normas comunitarias²⁰⁴.

El precedente asentado por el TJUE en orden a desatender ciertas reclamaciones tributarias no pasó desapercibido para la Comisión Europea en su proceso de modernización y actualización del Derecho de la Competencia. De ahí que la propia Comisión contemplara en su Libro Verde de 2005 diferentes escenarios en cuanto a la previsión y alcance que debiera corresponderle en el ejercicio de las reclamaciones de daños y perjuicios *antitrust*²⁰⁵: a) admitir de la defensa *passing-on* junto con la posibilidad de que tanto los compradores directos como los indirectos pudiesen demandar al infractor; b) rechazar la posibilidad de que el infractor de una norma anticompetencial pudiese alegar, como defensa, la repercusión de los sobrecostes, así como también negar la legitimación activa a los compradores indirectos; c) impedir el *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de la normas de competencia, pero admitiendo, por el contrario, la repercusión de los sobrecostes a efectos de reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos; y d) excluir la defensa *passing-on*, así como el reconocimiento de la legitimación de cualquier víctima indirecta o final para demandar al infractor, pero permitiendo, en una segunda fase, que el coste excesivo pudiera distribuirse entre todas aquellas partes que hubieren sufrido un perjuicio concreto derivado de una conducta *antitrust*.

A pesar de que el seguimiento de alguna de las opciones pudiera incrementar la complejidad de las acciones por daños y perjuicios a causa de la distribución de los daños y la trazabilidad de los sobrecostes; algunos estudios técnicos encargados por la Comisión Europea finalmente se decantaron por recomendar un modelo que fuera acorde con la primera (admisión de la defensa del *passing-on* o de daños repercutidos, de forma que tanto los compradores directos como indirectos pudiesen demandar al infractor) o con la tercera de las anteriores hipótesis (exclusión del *passing-on* como estrategia defensiva del infractor, pero admitiendo tal mecanismo para permitir que tanto compradores directos como indirectos quedaran legitimados para la interposición de reclamaciones de daños y perjuicios)²⁰⁶.

204. En idéntica unidad de significado pueden consultarse, entre otras, las siguientes resoluciones: STJCE de 27 de febrero de 1980, asunto 68/79 (Hans Just/Ministerio danés de asuntos fiscales); STJUE de 14 de enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 y C-218/95 (Société Comateb *et alii*/ Director General de Aduanas e Impuestos indirectos); STJUE (Sala Quinta) de 2 de octubre de 2003, asunto C-147/01 (Weber's Wine World *et alii*/Abgabenberufungskommission Wien); STJUE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00 (Comisión Europea/República Italiana); STJUE (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2011, asunto C-398/09 (Lady & Kid *et alii*/Skatteministeriet); STJUE (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-94/10 (Danfoss *et alii*/Skatteministeriet); STJUE (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2013, asunto C-191/12 (Alakor/Nemzeti).

205. *Libro Verde de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de 19 de diciembre de 2005 (COM/2005/0672 final). Para un análisis más exhaustivo en torno a las diferentes propuestas que fueron contempladas en el Libro Verde, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A. y HERRERO SUÁREZ, C. «La *passing-on* defence, ¿un falso dilema?», en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, *ob. cit.*, págs. 598-599.

206. Entre otros, puede consultarse el estudio *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, elaborado por Center for European Policy Studies (CEPS), de 21 de diciembre de 2007, págs. 457 y ss.

Las conclusiones recogidas en el *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, finalmente terminaron por impactar en el Libro Blanco de la Comisión Europea²⁰⁷, pues en él, partiendo de aquella visión en la que tanto infractor como el comprador indirecto pudieran invocar la repercusión de los sobrecostes; se optó, finalmente, por defender no solo la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a aquellas acciones indemnizatorias ejercitadas por un afectado de primer nivel, sino también la posibilidad de su uso desde un posicionamiento activo, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos por efecto de la repercusión del sobreprecio.

Con estos mimbres, la Directiva 2014/104/UE dedicó, en cuanto desarrollo de las directrices recogidas en sus Considerandos 39 a 44 (ambos inclusive), los arts. 12, 13, 14, 15 y 16, respectivamente, a la repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento; la concreción de los compradores indirectos o de segundo nivel; las acciones por daños ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro; y, por último, la fijación de orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales acerca de la estimación de la cuota de los sobrecostes repercutidos al comprador indirecto²⁰⁸. Se constata, de este modo, como la admisibilidad del *passing-on*, dentro del sistema de defensa de la competencia comunitario, no solo ha obedecido a la importancia que siempre se ha atribuido a la finalidad compensatoria de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, sino también, a la necesidad de desarrollar una actuación coherente con el principio general que veta, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el enriquecimiento injusto²⁰⁹.

Con mayor concreción en nuestra normativa interna, el régimen de sobrecostes en el ámbito del ejercicio de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de los ilícitos concurrenciales viene fijado, expresamente, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2017, en los arts. 78 (sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento), 79 (prueba de sobrecostes y de su repercusión) y 80 (acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro) de la Ley de Defensa de la Competencia. Estos preceptos enfrentan, concretamente, la regulación de la figura del *passing-on*, ya sea en su vertiente «espada», es decir, respecto a habilitar la entrada a los compradores indirectos; como en su dimensión «escudo» (art. 79 LDC),

207. Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008 (COM/2008/01665 final).

208. Para una valoración del posicionamiento de la Directiva sobre este particular, véase: BROKELMANN, H. *La Directiva de daños y su transposición en España*, ob. cit., págs. 14-16; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 240-241.

209. Sobre este particular, por todos: HERRERO SUÁREZ, C. *La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva*, ob. cit., pág. 178; PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad por daños a la libre competencia*, ob. cit., págs. 238-239; SARAZÁ JIMENA, R. «El *passing-on* antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia», en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 18.

esto es, de defensa frente a la reclamación del comprador directo fundada en la repercusión de los sobrecostes por el mismo a terceros (art. 78 LDC)²¹⁰.

De conformidad con la dicción literal del art. 78 LDC:

«1. El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño. En ningún caso el resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel. El derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes.

2. Los tribunales estarán facultados para calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido.

3. El demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá alegar, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros».

El referido precepto, sirviéndose de una dicción un tanto inexacta y menos esclarecedora que la contenida en el art. 12 de la Directiva, dispone que el derecho al pleno resarcimiento de los diferentes sujetos afectados por un ilícito anticompetitivo comprenderá el daño emergente (refiriéndose por dicho concepto exclusivamente al sobrecoste), así como también el lucro cesante que se hubiera generado de la propia transmisión del sobreprecio anticompetitivo²¹¹. De ahí que resulte lógico que el art. 78 LDC excluya al comprador directo de la posibilidad de reclamar la totalidad del sobreprecio anticompetitivo, debiendo hacerlo únicamente por la parte proporcional que éste efectivamente hubiera soportado²¹².

210. CARBONELL BOTELLA, J. M. y GÓMEZ ASENSIO, C. «Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia: reforma de la Ley de Defensa de la competencia, ob. cit., pág. 43; GÓMEZ ASENSIO, C. La aplicación privada de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia», en Revista de Derecho Mercantil, núm. 308, 2018, pág. 53.

211. SARAZÁ JIMENA, R. «El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la competencia», en *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 19.

212. Aun cuando de una primera visión del art 78.1 LDC pudiera sostenerse que el contenido del derecho al pleno resarcimiento únicamente comprende el sobrecoste producido por la actuación anticompetitiva («El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado»); es lo cierto que la limitación establecida para el daño emergente a la que hace referencia el propio art. 78. 1 LDC («En ningún caso el resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel»), como la mención posterior en cuanto a la reclamación del lucro cesante («El derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes»), vienen a confirmar que, pese la desacertada técnica legislativa, el daño emergente que puede ser resarcible en una acción de daños y perjuicios por ilícitos anticompetitivos únicamente se encuentra limitado en materia de *passing-on* (pero no para el resto de acciones de responsabilidad civil *antitrust*), en cuyo caso el demandante sólo podrá exigir la reintegración del importe total o parcial del sobreprecio que hubiera asumido, sin perjuicio, de aquellas otras pérdidas económicas –lucro cesante– que hubiera padecido en su actividad empresarial.



Este libro pretende ser una guía para abogados en ejercicio, así como para otros profesionales del Derecho que, de un modo u otro, deben hacerse cargo del asesoramiento en materia de Derecho de la Competencia, Derecho de daños y responsabilidad civil, tanto en su vertiente sustantiva como procesal. A lo largo de la obra se analiza en profundidad el marco jurídico propio de las acciones de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia.

Tras examinar las diferentes formas bajo las que puede estructurarse la aplicación pública y privada en los sistemas de defensa de la competencia, se aborda el análisis del régimen de las acciones de indemnización por infracciones del Derecho de la Competencia, previsto en la Directiva 2014/104/UE, tanto en sus aspectos sustantivos (entre otros, el derecho al resarcimiento, el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, la cuantificación de los daños y perjuicios, o el régimen acerca de la repercusión de los sobrecostes) como procesales (determinación de la competencia judicial, legitimación colectiva, diligencias preliminares, carga de la prueba y presunciones en la estimación del daño, etc.). Dicha Directiva ha sido incorporada recientemente a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.

ISBN: 978-84-9090-512-8



9

788490

905128



3652K23193

