

La repercusión del sobrecoste y la compensación de los daños causados por un cártel

Ignacio García-Perrote Martínez

TESIS DOCTORAL UPF / 2021

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Carlos Gómez Ligüerre

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A mi madre y a mi hermano Rafa

A Espe

Agradecimientos

Empiezo expresando mi más sincera gratitud a mi director de tesis, el Dr. Carlos Gómez Ligüerre, por la confianza que depositó en mí en junio de 2017 cuando aceptó dirigir este trabajo. También, le agradezco el acompañamiento, sus consejos, sus ánimos y, sobre todo, su paciencia durante estos cuatro años. Ha sido un honor poder trabajar contigo.

También tengo palabras de agradecimiento para los compañeros del área de derecho civil por su ayuda, consejo y ánimo. Al Prof. Dr. Pablo Salvador Coderch y al Prof. Dr. Fernando Gómez Pomar, por las oportunidades que me han brindado y la confianza que han depositado en mí. A los profesores Sonia Ramos, Rosa Milà y Antoni Rubí, por su apoyo diario. A las personas con quienes compartí despacho, las doctoras Lela Mélon, Amaia Forcada y Giulia Giovannini, por un lado, y Tomás Gabriel García-Micó y Laura Esteve, por otro, así como a Idoia Elizalde, por todos los buenos momentos compartidos, los ánimos recibido y el aprecio sentido. De todos sin excepción, tengo todavía mucho que aprender.

Extiendo mis agradecimientos al *Centre for Competition Law* de *King's College London* y, en particular, a la Prof.^a Alison Jones, al Prof. David Bailey y a Christopher Brown. La extensión alcanza también al *Department of Business Studies* de la Universidad de Upsala, en particular, al Dr. Magnus Strand, y al Prof. Lars Henriksson, de la *Stockholm School of Economics*, por sus consejos, ánimos y comentarios cuando les presenté una versión parcial de este trabajo. *Tack så mycket, thank you very much.*

Esta lista estaría incompleta sin la Dra. Franziska Weber, el Dr. Antonio Robles Martín-Laborda y el Dr. Francisco Marcos cuyos comentarios en diferentes foros han enriquecido este trabajo. Tampoco puede faltar Rafael Fuentes Castro, quien me facilitó algunas sentencias cuando no estaban todavía publicadas. Asimismo, agradezco a la Red Académica de Defensa de la Competencia, a la *Academic Society for Competition Law* y a los organizadores del *13th Joint Seminar "The future of Law and Economics"* por permitirme presentar mi investigación y a las personas con las que compartí panel y quienes me trasladaron sus comentarios y consejos.

Muchas gracias también a los estudiantes del LLM in Laws de *King's College London* de la promoción 2018/2019, en particular, Maëlys, Alejandra, Hendrik y Johannes, así como a los compañeros de la Universidad de Upsala, Belén, Jakob, Johan y Paul. *Merci, thanks, dankeschön, tack*, gracias.

No puedo olvidar aquí al personal de administración y servicios de la Universitat Pompeu Fabra. En particular, al personal de biblioteca e informática, por su eficiencia durante el confinamiento causado por estado de alarma y la desescalada.

Finalmente, y no por ello menos importante, a quienes me han estado apoyando desde que comenzó este proyecto: mis amigos y mi familia. En particular, a mi madre y a mi hermano Rafa. Muchas gracias por vuestra fuerza, energía, paciencia y comprensión. Muchas gracias, Espe, también por tu apoyo, especialmente, en estos últimos meses.

El trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de I+D+I correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la sociedad “Responsabilidad civil y mercado. La compensación del daño económico”, del cual es investigador principal el Prof. Carlos Gómez Ligüerre, subvencionado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER (DER2017-82673-R).

La dedicación académica del autor y la redacción de esta tesis doctoral han sido realizadas con el apoyo de la *Secretaria d'Universitats i Recerca de la Generalitat de Catalunya* y el Fondo Social Europeo al ser el autor titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2018, FI-2019 y FI-2020), concedida por el AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo de Cataluña 2014-2020 CCI 2014ES05SFOP007 del Fondo Social Europeo.



Unió Europea
Fons social europeu
L'FSE inverteix en el teu futur



Generalitat de Catalunya
Departament d'Economia i Coneixement
Secretaria d'Universitats i Recerca

Resumen

Los cárteles son la infracción del derecho de la competencia más nociva para la competencia y, entre otros efectos, provocan un incremento en los precios en el mercado donde se ejecuta la práctica y causa el pago de un sobrecoste por parte de los operadores en ese mercado, esto es, la diferencia entre el precio efectivamente pagado y aquel que hubieran pagado si la competencia no se hubiera visto falseada. El cliente de la empresa cartelista, ante esta situación, podrá decidir mantener sus precios o incrementarlos y repercutir el sobrecoste sobre sus propios clientes. En este último caso, el daño se extiende a lo largo de la cadena de comercialización sobre los compradores indirectos. Esta tesis analiza el efecto que esta segunda opción tiene en las pretensiones indemnizatorias. En concreto, la influencia en la finalidad de la acción de daños causados por estas prácticas, la compatibilidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su admisión con la nueva normativa y las dificultades que los compradores indirectos deben afrontar al ejercer sus pretensiones.

Abstract

Cartel infringements are the most aggressive anticompetitive practice. Among other effects, it causes a general price increase on the relevant market so that its clients pay an anticompetitive overcharge, that is, the difference between the price actually paid and the one they would have paid absent the cartel. The client of the infringer faces a situation with two options: absorbing the overcharge or passing it on to its customers. In the latter case, the harm expands to the downstream market to indirect purchasers. This dissertation analyses the effect of passing-on in cartel damages claims. Specifically, it tackles the influence on the *rationale* of the claim, the compatibility with the requirements established by courts based on general principles of private law when there was no hard law recognition of the effects of pass-on, and the hurdles faced by indirect purchasers when bringing their claims.

Introducción

Hace aproximadamente cuatro años, se aprobó el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Entre estas normas europeas se hallaba la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, cuyo fin era la armonización de los regímenes nacionales de las pretensiones indemnizatorias por daños causados por cárteles y otros ilícitos concurrenciales y fomentar la litigación para que las víctimas de estas infracciones fueran compensadas con independencia del Estado miembro donde residieran.

Esta directiva modificó el ordenamiento jurídico español tanto a nivel sustantivo como procesal. Su transposición significó la formación de un régimen específico para las pretensiones que nacieran por los daños causados por cárteles y abusos de la posición dominante en el mercado, que provocan el incremento de los precios y el pago de un sobrecoste. A partir de su entrada en vigor, cualquier perjudicado, con independencia de ser cliente de los infractores, podría ejercitar la acción de daños contra cualquiera de ellos, por ser la responsabilidad solidaria. Para ello, tendrán un plazo de cinco años a partir del cese de la infracción o del año siguiente a la finalización del procedimiento de aplicación pública de las normas de la defensa de la competencia por parte del órgano competente, cuyas resoluciones vincularán al juez civil

una vez sean firmes. Para obtener la información necesaria para cuantificar los daños, las demandantes pueden solicitar al órgano judicial que ordene la exhibición de documentación que se encuentre en poder de la causante del daño o de terceras personas.

La transposición de la Directiva 2014/104 también ha supuesto la normativización de la excepción de repercusión del sobrecoste, un argumento que el infractor demandado puede oponer para reducir la indemnización solicitada atendiendo a que el perjudicado no ha sufrido el daño que alega. Para ello, tendrá que evidenciar que la víctima ha incrementado sus precios para trasladar el sobrecoste y la medida en que lo ha hecho, esto es, la cuota repercutida. Como esta información la tendrán las propias demandantes o terceras personas, también podrá solicitar al tribunal su exhibición.

La operatividad de esta excepción supone, a su vez, el reconocimiento de la dispersión del perjuicio a lo largo de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios. Por tanto, todas aquellas personas que han podido soprotar un sobrecoste repercutido tendrán legitimación activa para reclamar el perjuicio que han sufrido. A su vez, significa que las infractoras pueden no indemnizar a ninguna víctima si demuestran que sus clientes repercutieron el sobrecoste y las víctimas situadas dos o más eslabones por debajo deciden no ejercer sus pretensiones.

Los sistemas de defensa de la competencia se asientan sobre tres pilares: la disuasión de las conductas ilícitas, la compensación de las víctimas y

la eficiencia del sistema en sí mismo. Alcanzar un equilibrio que combine los tres puede ser una aspiración difícil de cumplir:

- Un sistema donde no todas las víctimas son compensadas, pero las sanciones que se imponen a los infractores son suficientemente disuasorias es eficiente.
- También lo será aquel donde se compense a las víctimas a pesar del mantenimiento de las infracciones de las normas de competencia.
- Por el contrario, un sistema que no consiga desincentivar las conductas que falseen la competencia en el mercado y donde los perjudicados no sean resarcidos de los daños será completamente ineficiente.

Dotar de relevancia legal a la repercusión del sobrecoste en un sistema no preparado para ello puede llevar al tercero de los escenarios descritos.

Este estudio pretende analizar los efectos de la positivización de la excepción de repercusión del sobrecoste para el infractor y el reconocimiento de legitimación activa de las víctimas situadas dos o más eslabones por debajo de quienes han falseado la competencia.

El trabajo está estructurado en seis capítulos.

El capítulo primero introduce al lector al derecho de la competencia. Para ello, se define qué es esta rama del ordenamiento jurídico y cuál es su finalidad. A continuación se describen los comportamientos que se

consideran anticompetitivos. Se cierra justificando la elección del cártel como conducta cuyos daños serán objeto de estudio.

El segundo capítulo se centra en un elemento en concreto de la pretensión indemnizatoria: el daño. Tras una descripción de la normativa actual sobre las acción de daños, su finalidad y los tipos de acción en función de la existencia de un procedimiento de aplicación pública previo, se estudia el perjuicio, las partidas que lo integran y los métodos de cuantificación propuestos por la Comisión Europea. También se hace referencia a la facultad judicial de estimar el daño sufrido y la cuota repercutida, así como las condiciones que deben darse para poder su ejercicio.

Los capítulos tercero y cuarto están dedicado a la repercusión del sobrecoste. Por un lado, se define y se examinan los aspectos económicos relevantes para la efectividad del traslado al mercado subsiguiente, por ser estos elementos a tener en cuenta en el análisis legal de la cuestión. Por otro lado, se analizan los regímenes legales o jurisprudenciales aplicables en España, Francia, Alemania y el Reino Unido hasta la transposición de la Directiva 2014/104 para reflexionar sobre su compatibilidad con la normativa actual. Finalmente, se dota de un contexto a estos capítulos con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por haber influido en las posiciones adoptadas en algunos Estados miembros, y con el trato de esta cuestión en Estados Unidos, porque la finalidad esencialmente disuasoria de las pretensiones de daños ha llevado a la adopción de un régimen completamente diferente al imperante en Europa.

El capítulo quinto se dedica al estudio de la institución que respalda las dos vertientes de la repercusión del sobrecoste. Para ello, se lleva a cabo un análisis pormenorizado del deber de mitigar el daño, la *compensatio lucri cum damno*, la subrogación, el enriquecimiento sin causa y el principio compensatoria. Estas son los fundamentos que la doctrina y la jurisprudencia ha encontrado para justificar los efectos que la repercusión de un perjuicio o un tributo puede tener tanto en pretensiones indemnizatorias como restitutorias.

El sexto y último capítulo pone el foco en los problemas que causa la excepción de repercusión del sobrecoste en la litigación. Esencialmente, se examinan los medios de tutela de los intereses colectivos, la prueba de la relación de causalidad por parte del comprador indirecto para acreditar que su daño es imputable al cártel y un breve apunte a la cuantificación de la cuota repercutida y a su estimación por parte de los tribunales.

El estudio se cierra con unas conclusiones.

El punto de partida de este trabajo es el texto actual de la Ley de Defensa de la Competencia en su redacción tras la transposición de la Directiva 2014/104. Su falta de aplicación por la prohibición de aplicación retroactiva ha llevado a la incorporación del estudio de la jurisprudencia dictada según la normativa anterior, en su mayoría de tribunales menores por la todavía joven tradición de litigación por los daños causados por cárteles. Por ello, también, se ha extendido al análisis del efecto de la repercusión en otros grupos de casos, como son las pretensiones indemnizatorias y restitutorias derivadas de la exacción

de tributos considerados contrarios al Derecho de la Unión Europea, así como a las respuestas que se ha dado a esta problemática en otras jurisdicciones.

Los límites del trabajo no han permitido analizar todos los cambios normativos que ha supuesto la transposición de la Directiva 2014/104 en la acción de daños derivados de prácticas anticompetitivas, sino que se ha procurado incorporar las referencias adecuadas para poder profundizar en aquellas cuestiones. Tampoco se han estudiado las pretensiones por los daños causados por cualquier ilícito concurrencial. Finalmente, se advierte al lector que no se ha podido dar razón de la totalidad de resoluciones judiciales dictadas por los daños causados por los cárteles de los sobres de papel y los fabricantes de camiones, especialmente en relación con aquellas dictadas durante los primeros meses del año 2021, cuando se ha cerrado el presente texto.

Índice

Introducción ix

Abreviaturas xxi

Capítulo primero. La aplicación del derecho de la competencia

I. El derecho de la competencia: definición y objetivos1

II. Ilícitos concurrenciales 4

1. Infracciones de las normas de defensa de la competencia 4

2. Prácticas de competencia desleal..... 11

III. El cártel como el ilícito de referencia 12

IV. Actores relevantes 13

1. Personas perjudicadas 14

2. Causantes del daño 17

Capítulo segundo. El perjuicio en la acción de daños causados por cárteles en derecho español

I. El Título VI de la Ley de Defensa de la competencia..... 19

II. La finalidad de la pretensión24

III. Los tipos de acciones30

IV. El daño como elemento principal de la pretensión33

1. El daño emergente..... 36

2. El lucro cesante..... 40

3. La cuantificación del daño y la estimación judicial 43

3.1. La prueba de la cuantificación del daño 44

3.2. La estimación judicial del perjuicio	48
3.3. Métodos de cuantificación	53
a. Métodos comparativos	55
b. Simulación del mercado	59
c. Métodos basados en costes y en información financiera ...	60
d. Método de la proporción de repercusión	62
e. Enfoque de la elasticidad.....	63

Capítulo tercero. La repercusión del sobrecoste: definición y marco legal y jurisprudencial español

I. Repercusión de sobrecostes: definiciones	66
1. Una definición de repercusión de sobrecostes.....	66
2. Aspectos económicos de la repercusión de sobrecostes	69
3. Repercusión de sobrecostes: una circunstancia no dependiente exclusivamente de la voluntad de quien repercute.....	74
II. La repercusión del sobrecoste en España: marco regulatorio y desarrollo jurisprudencial.....	75
1. La repercusión del sobrecoste en la Ley de Defensa de la Competencia.....	76
2. La repercusión del sobrecoste en la jurisprudencia de los tribunales españoles	83
2.1. En pretensiones de daños derivados de infracciones de normas de competencia.....	83
<i>a. Análisis de la jurisprudencia menor.....</i>	<i>97</i>
2.2. En otro tipo de pretensiones restitutorias e indemnizatorias	100
<i>a. Comentario al uso de la excepción por repercusión del tributo en estas pretensiones restitutorias e indemnizatorias.....</i>	<i>107</i>
3. La compatibilidad de la jurisprudencia del Cártel del Azúcar con la normativa actual.....	111

Capítulo cuarto. La repercusión del sobrecoste en otros ordenamientos: marco legal y jurisprudencial

I. La excepción de repercusión del sobrecoste en Reino Unido	
121	
II. La excepción de repercusión del sobrecoste en Francia	129
III. La excepción de repercusión del sobrecoste en Alemania	138
IV. La repercusión del daño en la jurisprudencia del TJUE: el antecedente de la Directiva de Daños.....	146
1. Pretensiones indemnizatorias	146
2. Restitución de impuestos indebidamente recaudados.....	153
3. Conclusiones de la repercusión del sobrecoste en la jurisprudencia del TJUE	157
V. La repercusión del sobrecoste en EE.UU.: una visión alternativa	158
1. Hanover Shoe contra United Machinery Corp	159
2. Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros.....	162
3. El debate doctrinal desde el análisis económico del derecho ...	167
3.1. Efectos sobre la política de precios en función de quién tiene una pretensión	168
3.2. La posición del comprador directo como fundamento para tener una pretensión	169
3.3. Las consecuencias de la extensión de la legitimación activa en el sistema de defensa de la competencia.....	171
4. Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission.....	174
5. Apple Inc v Pepper et al: ¿un cambio de doctrina?	176
6. Conclusión sobre el <i>passing-on</i> en Estados Unidos.....	183

Capítulo quinto. El fundamento de la figura legal de la repercusión del sobrecoste

I. La mitigación del daño	186
1. Definición, origen y fundamento	186
2. El reconocimiento legal del deber de mitigar el daño	189
3. El deber de mitigar el daño en la jurisprudencia del TJUE y en instrumentos de <i>soft law</i>	191
4. El contenido del deber de mitigar el daño	193
5. La repercusión del sobrecoste y el deber de mitigar los daños sufridos	199
6. Conclusión sobre la relación entre la repercusión y el deber de mitigar el daño	204
II. Las reglas de coordinación de beneficios y daños y la repercusión del sobrecoste	205
1. Las reglas de coordinación y la incompatibilidad de la acumulación y la repercusión del sobrecoste	206
2. Compensación de lucros y daños	211
2.1. Concepto	211
2.2. Compensación de lucros y pérdidas en España	214
2.3. Compensación de lucros y pérdidas en la jurisdicción europea y en instrumentos de <i>soft law</i>	225
2.4. Repercusión del sobrecoste y <i>compensatio lucri cum damno</i>	229
3. La subrogación del comprador indirecto	233
3.1. La regla de la subrogación: fundamento y ejemplos	233
3.2. La regla de la subrogación y la repercusión del sobrecoste	238
III. ¿Pleno resarcimiento o interdicción del enriquecimiento sin causa?	239
1. El enriquecimiento sin causa como fundamento de la excepción	242

1.1. El enriquecimiento sin causa: definición y características ..	242
1.2. El enriquecimiento sin causa y la repercusión del sobre coste ..	249
2. La extensión del daño como fundamento de la excepción ..	250
2.1. El derecho al pleno resarcimiento en las pretensiones indemnizatorias ..	250
2.2. La repercusión del sobre coste y la reducción del daño efectivamente sufrido ..	252

Capítulo sexto. La repercusión del sobre coste en pretensiones indemnizatorias: problemas de aplicación

I. La repercusión del sobre coste y la determinación del daño: un problema teórico.....	256
--	------------

II. El ejercicio de las pretensiones por los compradores indirectos	259
--	------------

1. Dispersión del daño, compradores indirectos y consumidores finales.....	259
2. Métodos para incentivar la tutela de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores.....	263
2.1. Los recursos colectivos.....	265
2.2. La acumulación de acciones.....	267
2.3. La cesión de acciones a entidades especializadas.....	268
3. Las pretensiones de daños ejercidas por compradores indirectos ..	270
3.1. España.....	270
<i>a. Acciones colectivas y acumulación de acciones.....</i>	<i>270</i>
<i>b. Acciones colectivas y acumulación de acciones en la litigación privada por infracciones del derecho de la competencia.....</i>	<i>275</i>
3.2. Reino Unido ..	281
<i>a. Mecanismos de litigación colectiva: acciones representativas y group litigation orders ..</i>	<i>281</i>

<i>b. Acciones representativas en la litigación privada por infracción de las normas de competencia</i>	284
3.3. La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.....	290
3.4. Las <i>class actions</i> de Estados Unidos	294
4. El camino hacia la tutela efectiva de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores finales en España.....	297
III. La prueba de la causalidad	302
IV. La cuantificación del sobrecoste repercutido	318
Conclusiones	321
Conclusions (in English).....	325
Tabla de jurisprudencia	329
Bibliografía	343

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
Art/s.	Artículo/s
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAT	<i>Competition Appeal Tribunal</i>
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
cit.	Obra citada
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord/s.	Coordinador/es
CPO	<i>Collective proceedings order</i>
DA	Disposición Adicional
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Dir/s.	Director/es
Directiva 2014/104 o Directiva de Daños	Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 , relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea
Directiva 2020/1828	Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
Ed/s.	Editor/es
ed.	Edición

FD	Fundamento de derecho
GLO	<i>Group litigation order</i>
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i>
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
núm.	Número
p/pp.	Página/s
PETL	Principios Europeos de Derecho de Daños
RD-L 9/2017	Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores
Reglamento 1/2003	Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado
S(S)AN	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
S(S)AP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
S(S)JM	Sentencia(s) del Juzgado de lo Mercantil
S(S)JPI	Sentencia(s) del Juzgado de Primera Instancia
S(S)JPII	Sentencia(s) del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
S(S)TJUE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia
S(S)TGUE	Sentencia(s) del Tribunal General
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

Capítulo primero. La aplicación del derecho de la competencia

I. El derecho de la competencia: definición y objetivos

La competencia surge cuando operadores económicos compiten entre sí de forma pacífica en el mercado y puede definirse atendiendo a tres dimensiones: la social, la económica y la moral.¹ La primera predica que es una dinámica que favorece la cooperación entre individuos cuyo deseo de mejorar únicamente encuentra su satisfacción cuando sus acciones están orientadas a la producción de aquello querido por los demás. Según la segunda, que es la que interesa en este trabajo, la concurrencia en el mercado se caracteriza por la eficiente asignación de recursos para que los productos y servicios que se ofrecen sean los de mayor calidad y, a la vez, menor coste. Desde el punto de vista moral, una sociedad de libre mercado se proclama como aquella con un sistema económico éticamente superior a otros más totalitarios.

A nivel legal, no existe una definición autónoma de competencia: siempre es descrita como un proceso que regula la actividad económica de la forma que designan todos los actores que operan en ese mercado.² Por esta adaptabilidad a las circunstancias, “es ésta, precisamente, la

¹ Juan PASCUAL y VICENTE (2002), *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y en Europa*, Civitas, p. 141.

² Juan PASCUAL y VICENTE (2002), *Diccionario de derecho y economía...*, cit., p. 142.

competencia que, tal cual se manifieste, ha de ser mantenida, protegida y promovida para que puedan jugar las fuerzas del mercado”³.

Se asume que hay competencia en un mercado cuando las empresas “están sujetas a un grado razonable de restricción competitiva por parte de sus competidores actuales o potenciales y de clientes”⁴. Por tanto, el derecho de la competencia es la rama del derecho que busca preservar la competencia en el mercado, mejorarla o, al menos, impedir “su afectación en una medida perjudicial para la sociedad”⁵. El Tribunal Constitucional, por su parte, lo ha definido como “legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia mediante la prevención y, en su caso, represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado”⁶.

Esta rama del derecho encuentra su justificación tanto a nivel de la Unión Europea, como nacional. Respecto al primero, el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) indica que debe establecerse un mercado interior en la Unión Europea, que se define en el art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”. La necesidad de que este mercado incluya un sistema de defensa de la

³ Juan PASCUAL y VICENTE (2002), *Diccionario de derecho y economía...*, cit., p. 143.

⁴ Richard WHISH y David BAILEY (2018), *Competition Law*, 9ª ed., Oxford University Press, p. 17.

⁵ Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, p. 30.

⁶ STC 71/1982, de 30 de noviembre (MP: Jerónimo Arozamena Sierra, ECLI:ES:TC:1982:71), FD 15.

competencia se encuentra en el Protocolo núm. 27 sobre el mercado interior y la competencia⁷. Por su parte, en derecho español, la provisión constitucional relevante es el artículo 38 de la Constitución Española (CE), que señala la economía de mercado⁸ como sistema económico del estado donde operará la libertad de empresa, sin perjuicio de la existencia de sectores regulados.

La política de competencia y esta rama del derecho no tienen una única finalidad⁹. Por un lado, mantener el nivel de competencia en el mercado, prevenir las externalidades que causan las prácticas que la falsean y limitar sus efectos una vez producidas.¹⁰ Por otro lado, pretende ser un medio para la integración del mercado, preservar la difusión del poder de mercado, proteger la libertad económica y a los operadores del mercado y distribuir los recursos económicos de forma eficiente.¹¹

⁷ Este protocolo se encuentra anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en virtud del artículo 51 TUE, es parte integrante de los tratados.

Sorprendió que se explicitara en un protocolo que la creación del mercado interior incluye el sistema de defensa de la competencia. Ahora bien, la competencia exclusiva sobre “el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior” recogida en el art. 31.1(b) TFUE confirmaba que la Unión Europea mantendría su posición sobre mantener la economía libre de falseamientos, Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7ª ed., Oxford University Press, p. 41.

⁸ Se puede definir como sistema económico donde la oferta y la demanda determinan la distribución de los recursos, Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin's EU Competition Law...*, cit., p. 2.

⁹ El derecho de la competencia de la Unión Europea y de los Estados miembro comparten objetivos y finalidades, Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, Civitas, p. 37.

¹⁰ Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin's EU Competition Law...*, cit., pp. 3-4.

¹¹ Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, cit., pp. 35-37; Barry J. RODGER y Angus MACCULLOCH (2015), *Competition Law and Policy in the EU and the UK*, 5ª ed., Routledge, p. 25; Konstantinos STYLIANOU y Marios C IACOVIDES (2020), *The Goals of EU*

II. Ilícitos concurrenciales

La protección de la competencia en el mercado está construida sobre dos pilares en el ordenamiento jurídico español: la defensa de la competencia en sentido estricto y el régimen de la prohibición de actos de competencia desleal.

1. Infracciones de las normas de defensa de la competencia

Las normas de defensa de la competencia son un grupo de disposiciones que tienen como fin la sanción de las conductas de los actores económicos que puedan falsear la concurrencia en el mercado. Pretenden ordenar el mercado para que sea más eficiente y el interés público que protegen es el orden económico.¹² Las normas sobre la que pivota el régimen es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹³ (LDC), a nivel nacional, y los artículos 101 y 102 TFUE, a nivel de la Unión Europea. La delimitación de las conductas consideradas ilícitas se realiza atendiendo a su finalidad o sus posibles consecuencias: la distorsión de la competencia.¹⁴

Competition Law - A Comprehensive Empirical Investigation (December 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3735795>, pp. 3-4.

¹² Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, cit., pp. 49-50.

¹³ BOE núm. 159 de 4.7.2007.

¹⁴ Esto puede apreciarse de dos formas. En lo que respecta a los pactos colusorios, no es necesario comprobar sus efectos en el mercado si, por su propia naturaleza, son aptos para afectar la competencia, STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comisión Europea*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartados 50-51. En el caso de abusos de posición de dominio, la aplicación de precios predatorios constituye una infracción porque busca obligar al competidor a vender a pérdida o abandonar el mercado, pero no es necesario

El falseamiento de la competencia puede hacerse, esencialmente, a través de tres tipos de conductas.

Primero, las prácticas colusorias o “acuerdos, decisiones o recomendación colectiva, o prácticas concertadas o conscientemente paralela, que tengan por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”¹⁵ en el mercado interior de la UE o en el mercado nacional. En concreto, está prohibido fijar precios, limitar la producción, repartir los mercados, aplicar condiciones desiguales a unos contratantes respecto a otros para prestaciones similares que causen desventajas competitivas y sujetar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones sin relación alguna con el objeto del contrato.¹⁶ Estos acuerdos pueden ser entre competidores u horizontales o verticales o entre empresas en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización. Ahora bien, estas conductas estarán permitidas si cumplen cuatro condiciones¹⁷. Primero, las prácticas contribuyen a la mejora de la producción de bienes o de su comercialización o fomenta la mejora técnica o económica. Segundo, los consumidores disfrutan también de los beneficios de esta conducta. Tercero, las restricciones impuestas a empresas consecuencia de esta práctica han de ser indispensables. Cuarto, estas conductas no

que esto ocurra efectivamente ni que la empresa infractora recupere las pérdidas que la práctica le ha ocasionado, Piet Jan SLOT y Martin FARLEY (2017), *An Introduction to Competition Law*, 2ª ed., Bloomsbury, p. 111.

¹⁵ Art. 1.1 LDC. Con un contenido similar, art. 101.1 TFUE.

¹⁶ Estos ejemplos concretos recogidos en los arts. 1.1.a)-1.1.e) LDC y 101.1a)-101.1.e) TFUE representan algunas de las prácticas típicas de los cárteles, Pablo IBÁÑEZ COLOMO (2018), *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, p. 90.

¹⁷ Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

permitirán a las empresas que las llevan a cabo eliminar de forma sustancial la competencia. En la medida en que estas prácticas no cumplan con los requisitos anteriores son, además de anticompetitivas, nulas de pleno derecho.¹⁸

Segundo, los abusos de posición dominante tanto en el mercado español, como en el mercado de la Unión Europea si este abuso puede afectar al comercio entre Estados miembro.¹⁹ Existe una posición de dominio cuando una empresa se encuentra en una “situación de poder económico (...) que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”²⁰ sin que esto implique la ausencia de competencia²¹. Los abusos pueden clasificarse en dos grandes grupos: prácticas de explotación, como la imposición de precios predatorios u otras condiciones contractuales injustas, o prácticas de exclusión, como la denegación de suministrar o la prohibición de acceso a ciertas instalaciones esenciales²².

Tercero, actos de competencia desleal que afecten al interés público.²³ Se explicarán próximamente porque integran, a su vez, el segundo pilar de la defensa del mercado.

¹⁸ Arts. 1.2 LDC y 101.2 TFUE.

¹⁹ Arts. 2 LDC y 102 TFUE.

²⁰ STJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apartado 38.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, 85/76, apartado 39.

²² Piet Jan SLOT y Martin FARLEY (2017), *An Introduction to Competition Law*, cit., p. 109.

²³ Art. 3 LDC.

El objetivo de la práctica merece el desvalor jurídico sin que sea necesario que los efectos se trasladen al mercado.²⁴ La distorsión de la competencia es el perjuicio público o colectivo de estas infracciones.²⁵

El procedimiento de sanción de estas conductas es eminentemente administrativo y *ex post*²⁶. Los órganos encargados son las autoridades de la competencia, que pueden ser de ámbito nacional²⁷, como sería el caso en España de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; o supranacional, como la Comisión Europea.

En España, las autoridades tienen competencias para instruir el procedimiento²⁸ contra las supuestas empresas infractoras por presuntas infracciones de la normativa española y/o europea de la competencia. Si la conducta es constitutiva de una infracción, la autoridad podrá imponer una multa de hasta el 10% del volumen de

²⁴ Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, cit., pp. 49-50.

²⁵ Richard WHISH y David BAILEY (2018), *Competition Law*, cit., p. 3. Este se contrapone con el daño privado que sufren de forma específica y efectiva los operadores del mercado. Se tratarán *infra*.

²⁶ Esto no significa que los efectos de estos procedimientos puedan prevenir la comisión de nuevas conductas y puedan llevar a cabo actividades tendentes a fomentar una cultura de respeto de la competencia en el mercado. En este sentido, podría hablarse de efectos *ex ante*, Cristián BANFI DEL RÍO (2014), “Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, núm. 1, pp. 38-39.

La única intervención *ex ante* se da en los casos de fusiones y adquisiciones que, por sus características, deben comunicarse a las autoridades de la competencia para que su aprobación previa en algunos casos, Piet Jan SLOT y Martin FARLEY (2017), *An Introduction to Competition Law*, cit., p. 31.

²⁷ En algunos Estados como España también existen autoridades de ámbito autonómico, como sería el caso de l'*Autoritat Catalana de la Competència*.

²⁸ En el caso español, el procedimiento está regulado en los artículos 49 a 54 LDC.

negocio²⁹, en función de su gravedad y atendiendo también, entre otros criterios³⁰, a la duración de la infracción, su alcance en el mercado, el poder de cada infractora y los beneficios que estas empresas han obtenido en su ejecución. Además de las empresas, sus representantes legales y las personas integrantes de sus órganos directivos también son sancionables.³¹ En algunos casos, podrán imponer multas coercitivas.³² Las resoluciones de las autoridades de la competencia pueden ser objeto de revisión jurisdiccional en los tribunales de lo contencioso administrativo³³. El objeto del recurso puede ser tanto la constatación de la infracción en su aspecto sustantivo y procesal, como la cuantía de la sanción.³⁴

Estos procedimientos tienen una clara finalidad preventiva.³⁵ La amenaza de una sanción efectiva disuadirá a las empresas de ejecutar una conducta anticompetitiva, pues las personas que actúen de forma racional no repetirán estas prácticas si la cuantía de la multa excede los

²⁹ Art. 63.1 LDC.

³⁰ Los criterios a tener en cuenta para determinar el importe de la sanción están recogidos en el art. 64 LDC.

³¹ Art. 63.2 LDC.

³² Art. 67 LDC.

³³ En caso de ser la Comisión Europea la entidad sancionadora, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia llevan a cabo la revisión jurisdiccional.

³⁴ Esta plena jurisdicción también se contempla en la jurisdicción europea, Fernando CASTILLO DE LA TORRE and Eric GIPPINI FOURNIER (2017), *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Edward Elgar, pp. 266-360.

³⁵ Wouter P. J. WILS (2009), “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, Vol. 32, núm. 1, pp. 6-7. Aunque el análisis está hecho desde la perspectiva de las sanciones de la Comisión Europea, Alison Jones y Albertina Albors-Llorens consideran que las sanciones de las autoridades de la competencia también tienen la finalidad de disuadir de la comisión de la infracción ya sea por primera vez o de forma reiterada, Alison JONES y Albertina ALBORS-LLORENS (2016), “The Images of the ‘Consumer’ in EU Competition Law”, *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 17/2016, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2750922>, pp. 38-39. Esto es trasladable a nivel nacional.

beneficios que pueda obtener³⁶. La graduación en función de la gravedad, que puede considerarse como un elemento punitivo, también puede desincentivar la comisión de las conductas más graves. Finalmente, la posible sanción adicional a los directivos refuerza el carácter disuasorio de la defensa de la competencia por parte de las autoridades administrativas.³⁷

La existencia de un ilícito concurrencial puede ser también el fundamento de pretensiones de nulidad contractual si el contrato concluido, y que quiere ejecutarse, infringe las normas de competencia, o indemnizatorias en caso de haber causado daños: es la conocida como aplicación privada del Derecho de la competencia^{38, 39}. En estos casos,

³⁶ Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, pp. 476-477.

³⁷ Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2017), “Artículo 63”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Guitérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 5ª ed., Civitas, p. 1364.

³⁸ Wouter P.J. WILS (2017), “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 40, núm. 1, pp. 3-4.

Mientras que, en sentido amplio, la aplicación privada incluye también las denuncias de los particulares a las autoridades de la competencia para que investiguen la presunta conducta anticompetitiva, en sentido estricto, se limita a las acciones de nulidad y las indemnizatorias, así como la solicitud de medidas cautelares para poner fin a tal conducta, Cristián BANFI DEL RÍO (2013), “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 21, pp. 221-222. En este trabajo, la referencia a “aplicación privada” se limita al sentido estricto.

³⁹ Aunque se ha afirmado que la aplicación privada estaba infradesarrollada, estudios empíricos demuestran que ese era el caso del ejercicio de las pretensiones indemnizatorias: para Alemania, Sebastian PEYER (2012), “Private antitrust litigation in Germany from 2005 to 2007: empirical evidence”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8, núm. 2, pp. 331-359; y, para España, Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2013), *Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)* (June 26, 2013). Working Paper IE Law School AJ8-202, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2351770>. La transposición de la Directiva 2014/104 en los Estados miembro de la Unión Europea ha cambiado esta tendencia

ejercidos ante los órganos de la jurisdicción civil, se acumula la acción declarativa a la de nulidad o a la de daños y perjuicios si la infracción no ha sido declarada con anterioridad. En caso de estimación, no obstante, el tribunal no podrá sancionar a la demandada, sino constatar la infracción y declarar el contrato nulo o conceder una indemnización. En el caso concreto de las pretensiones indemnizatorias, el régimen específico se encuentra recogido en el Título VI (artículos 71 a 81) LDC, que fue incorporado por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (RD-L 9/2017)⁴⁰ que, entre otras, transpone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva 2014/104 o Directiva de Daños)⁴¹.⁴² Actualmente, la normativa aplicable a las pretensiones indemnizatorias está en gran medida armonizada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la Unión Europea.

y, ahora, el ejercicio de pretensiones indemnizatorias ya no es una excepción, Jean François LABORDE (2019a), “Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2018 ed.)” *Concurrences: competition law review*, 1-2019, pp. 3-4; y Jean François LABORDE (2019b), “Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2019 ed.)” *Concurrences: competition law review*, 4-2019, pp. 3-4.

⁴⁰ BOE núm. 126 de 27.05.2017.

⁴¹ DOUE L 349, 5.12.2014.

⁴² Sobre las pretensiones indemnizatorias, véase *infra*.

2. Prácticas de competencia desleal

Las normas que prohíben los actos de competencia desleal pretenden mantener el comportamiento en el mercado acorde con la buena fe⁴³, por lo que defienden los intereses de los empresarios afectados por estas prácticas consideradas desleales.⁴⁴ La ley que recoge las prácticas desleales es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁴⁵ (LCD). A diferencia de las conductas anticompetitivas, en las prácticas desleales se atiende al medio empleado para alcanzar un fin para determinar qué conductas constituyen ilícitos.

La deslealtad se reputa de los comportamientos de las empresas que sean contrarios a un criterio objetivo de buena fe cuando son entre empresarios. Si la persona a quien se dirige esta conducta es un consumidor, será un ilícito cuando sea un “contrario a la diligencia profesional (...) [y] distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio”^{46, 47}.

Como estas prácticas desleales suelen tener un alcance más reducido, los medios para ponerles fin tienen una naturaleza civil y están reservados a las personas afectadas mediante el ejercicio de cualquiera de las acciones recogidas en el art. 32 LCD: la acción declarativa de

⁴³ *A contrario*, según el art. 4.1 LCD, se considera desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

⁴⁴ Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, cit., pp. 49-50.

⁴⁵ BOE núm. 10 de 11.1.1991.

⁴⁶ Art. 4.1 LCD.

⁴⁷ Además de la cláusula general, la LCD contiene un listado de prácticas expresamente desleales tanto entre empresarios (arts. 5 a 18 LCD), como con consumidores (arts. 19 a 31 LCD).

deslealtad, la acción de cesación, de remoción de efectos, de rectificación de informaciones engañosas, de resarcimiento de daños y perjuicios si la práctica ha sido negligente o dolosa y de enriquecimiento injusto.

III. El cártel como el ilícito de referencia

De las diferentes conductas y prácticas consideradas contrarias a las normas de la competencia y que constituyen ilícitos concurrenciales, a efectos de este trabajo, la conducta anticompetitiva cuyos perjuicios serán objeto de estudio son los acuerdos horizontales y, en particular, los cárteles. En concreto, los denominados *hardcore cartels*, por tener como objetivo la limitación o eliminación de la competencia en el mercado sin aportar beneficio alguno a cambio.⁴⁸

La OCDE ha definido este tipo de infracciones como “acuerdos, prácticas concertadas o arreglos anticompetitivos para acordar precios, concertar ofertas (licitaciones colusorias), establecer limitaciones o cuotas de producción, compartir o dividirse mercados mediante, por ejemplo, la distribución de clientes, proveedores, territorios o líneas de actividad”⁴⁹. Los efectos asociados a estas conductas son el incremento

⁴⁸ Barry J. RODGER, Miguel SOUSA FERRO and Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2018), “Promotion and Harmonization of Antitrust Damages Claims by Directive 2014/104/EU?” in Barry Rodger, Miguel Sousa Ferro and Francisco Marcos Fernández (Eds.), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition Across The Member States*, Oxford University Press, p. 48; Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin’s EU Competition Law...*, cit., p. 643.

⁴⁹ Original: “anticompetitive agreements, concerted practices or arrangements by actual or potential competitors to agree on prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by, for example, allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”, OCDE (2019), *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*,

de los precios de ese mercado, la producción a un coste superior, la pérdida de eficiencia distributiva por las unidades producidas que no se venden o se ponen en el mercado y, finalmente, la pérdida de bienestar social.⁵⁰ Son, por tanto, conductas que constituyen infracciones del derecho de la competencia por su objeto y deben prohibirse como regla general.⁵¹

IV. Actores relevantes

El hecho de que uno de los efectos de un cártel bien implementado sea un incremento de los precios del bien o servicio ofrecido por las empresas que lo integran significa que sus competidores pueden variar al alza sus propios precios también. Las empresas que se encuentran en el mercado subsiguiente abonarán un precio supracompetitivo y, en función de sus propias condiciones, pueden trasladar este aumento con un cambio en sus propios precios. Por su extensión, los efectos de esta infracción pueden alcanzar a un elevado grupo de operadores económicos.

OECD/LEGAL/0452 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>). Los cárteles de manual (*textbook cartels*) también tienen estas características, Frank P. MAIER-RIGAUD, Christopher MILDE and Moritz HELM (2015), *Textbook Cartels versus the Real Deal: Should We Be Surprised if Some Cartels Do Not Lead to Damage?* (March 14, 2015). Forthcoming in *Concurrences*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2578317>, pp. 4-7.

⁵⁰ Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin's EU Competition Law...*, cit., p. 643.

⁵¹ Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy...*, cit., p. 32 ; Alison JONES y Albertina ALBORS-LLORENS (2016), “The Images of the ‘Consumer’ in EU Competition Law”, cit., pp. 20-21.

De acuerdo con el art. 72 LDC⁵², “cualquier persona física o jurídica” tiene derecho a reclamar “al infractor” por el daño que le ha causado el cártel. Este epígrafe se centra en identificar quiénes integran cada uno de estos grupos.

1. Personas perjudicadas

Los primeros que integran el universo de perjudicados por un cártel son los propios clientes de las empresas que lo integran. Se conocen como “compradores directos” y son quienes han “adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia”⁵³.

Los segundos son los clientes de los compradores directos y los clientes de estos, esto es, aquella persona física o jurídica “que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos”⁵⁴. En este grupo se integran todas las personas situadas desde el eslabón de la cadena de producción y comercialización que sigue al comprador directo hasta el consumidor final. Este conjunto

⁵² Este artículo transpone el art. 1 Directiva 2014/104 y recoge, a su vez, la jurisprudencia del TJUE: por todas, STJUE de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi y otros, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, apartado 61.

⁵³ DA4.3.7 LDC.

⁵⁴ DA4.3.8 LDC.

heterogéneo puede incluir personas físicas y jurídicas, estas últimas de tamaños diversos, y entidades públicas.⁵⁵

También se ven afectados los clientes de los competidores de los miembros del cártel. Como la infracción provoca un incremento de los precios, las empresas que participan en este mercado, pero son ajenas al ilícito, pueden ajustar sus precios al alza en una medida que no hubiera ocurrido sin la infracción. Este efecto del cártel sobre la conducta de otras empresas y sus clientes se conoce como efecto paraguas⁵⁶ y fue el propio Tribunal de Justicia quien reconoció que estas personas podían ser consideradas víctimas del cártel y, por tanto, tienen una pretensión indemnizatoria contra los infractores.⁵⁷

⁵⁵ La posibilidad de que aprecien si efectivamente han sido víctimas de un cártel dependerá de cómo llegue hasta ellos el producto o servicio cartelizado. Sobre la relación entre comprador indirecto y la apreciabilidad del daño y su compensación, ver Elisabeth EKLUND (2016), “Indirect Purchasers – Is there Anything New in the Directive? An Introductory Overview of the Current and Future Status of Indirect Purchasers in the EU”, en Maria Bergström, Marios C. Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 271-274.

⁵⁶ Jens-Uwe Franck definió este efecto de la siguiente forma: “scenario where an undertaking benefits from a larger price setting freedom due to the fact that its competitors form a cartel”, en Jens-Uwe FRANCK (2015), “Umbrella pricing and cartel damages under EU Competition law”, *European Competition Journal*, Vol. 11, núm. 1, p. 135.

⁵⁷ STJUE de 5 de junio de 2014, Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317. El análisis del efecto paraguas en las pretensiones indemnizatorias excede del objeto de este trabajo. Véase, al respecto, Frank P. MAIER-RIGAUD (2014), “Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, núm. 4, pp. 247-251; Dorothy HANSBERRY, Christina HUMMER, Morvan LE BERRE, Mélanie LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, núm. 4, pp. 196-205; Eugenio OLMEDO PERALTA (2014), “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing)”, *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, núm. 15, pp. 107-130; Roman INDERST, Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2014), “Umbrella effects”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, núm. 3, pp. 739-763; Niamh DUNNE (2014a), ““Umbrella effects” and private antitrust enforcement”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 73, núm. 3 (noviembre

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido la condición de perjudicados a los operadores económicos que, sin participar activamente en el mercado cartelizado, son entidades que favorecen su funcionamiento mediante, por ejemplo, la concesión de subvenciones y préstamos.⁵⁸ Esta decisión ha sido aplaudida por sus efectos positivos para la compensación de las víctimas⁵⁹ y, a la vez, criticada por aceptar pretensiones de personas con una tenue conexión con el daño⁶⁰.

Pueden existir más categorías de perjudicados, pero con una conexión excesivamente indirecta con el cártel. Esta distancia provoca que no puedan tener pretensión indemnizatoria contra los infractores. Entre otros, se encuentran en este grupo los socios o los empleados de las personas jurídicas víctimas.⁶¹

2014), pp. 510-513; Niamh DUNNE (2014b), “It Never Rains but It Pours: Liability for Umbrella Effects under EU Competition Law in Kone”, *Common Market Law Review*, Vol. 51, núm. 6, pp. 1813-1828.

⁵⁸ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH y otros contra Land Oberösterreich y otros, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069. El análisis de las pretensiones de estos actores excede del objeto de este trabajo.

⁵⁹ Miguel SOUSA FERRO y Guilherme OLIVEIRA e COSTA (2020), “Otis: Another Great Judgment on Private Enforcement from the CJEU... But It Could Be Better”, *Competition Policy International*, 22 de enero de 2020, <https://www.competitionpolicyinternational.com/otis-another-great-judgment-on-private-enforcement-from-the-cjeu-but-it-could-be-better/>.

⁶⁰ Ángel CARRASCO (2020), “Daños competenciales difusos fuera de la cadena de distribución de los productos del cártel. STJUE 12 de diciembre 2019, C-435/18, Schindler y otros”, *Diario la Ley*, núm. 9561, de 27 de enero de 2020 (versión online).

⁶¹ Ángel Carrasco presenta estos y otros supuestos de conexión indirecta entre la infracción y el daño que excluyen la existencia de pretensión indemnizatoria, en Ángel CARRASCO (2020), “Daños competenciales difusos fuera de la cadena de distribución de los productos del cártel...”, cit.

2. Causantes del daño

Una pluralidad de sujetos puede formar parte de la categoría de causantes del daño.

Los destinatarios de las resoluciones de las autoridades de la competencia son el primer grupo de posibles demandados. Estos son aquellas personas físicas o jurídicas que han llevado alguna conducta que puede ser anticompetitiva, ha motivado el inicio de un procedimiento por parte del organismo competente y que ha concluido con una resolución que constata la infracción o de compromisos para poner fin a la conducta que puede suponer una restricción de la competencia.

El segundo grupo lo conforman las sociedades matrices o las personas que determinan el comportamiento económico de la empresa infractora, pero no participan en la infracción. Puede imputárseles esta conducta ilícita en virtud del art. 71.2.b LDC. Esto deriva del concepto autónomo de empresa acuñado por el Tribunal de Justicia que “designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas”⁶², por lo que las diferentes personas jurídicas son una misma empresa. Este concepto ha llevado a la extensión de responsabilidad en la aplicación pública donde ya es jurisprudencia consolidada que “el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no

⁶² STJUE de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel NV y otros contra Comisión Europea, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314, apartado 48.

determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas”^{63, 64}.

El tercer grupo lo forman las empresas que adquirieron y disolvieron la entidad infractora, pero que continúan su actividad económica. El Tribunal de Justicia llevó a cabo esta atribución de responsabilidad⁶⁵ sin vulnerar el principio de responsabilidad personal⁶⁶ por dos motivos. Primero, el concepto de empresa en derecho de la competencia hace referencia a la unidad económica y las empresas absorbente y absorbida la integran cuando existe identidad entre las dos.⁶⁷ Segundo, la absorción incluye tanto activos como pasivos y la responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia integra estos últimos.⁶⁸

⁶³ STJUE de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel NV, C-516/15 P, apartado 52.

⁶⁴ De hecho, existe una presunción *iuris tantum* de esta influencia decisiva cuando la filial es una empresa íntegramente participada, como se expresa en la STJUE de 12 de diciembre de 2018, Biogaran contra Comisión Europea, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910, apartado 213.

Igual que existe la explicada extensión de responsabilidad hacia la matriz, la Audiencia Provincial de Barcelona ha planteado ante el Tribunal de Justicia la cuestión de si también se puede extender de la matriz a la filial. En sus conclusiones, el Abogado General propone aceptar la tesis de la extensión si las dos empresas formaban una unidad económica y si la actuación de la filial ha contribuido sustancialmente a alcanzar los efectos de la infracción, Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella presentadas el 15 de abril de 2021, Sumal SL contra Mercedes Benz Trucks España SL, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293.

⁶⁵ STJUE de 14 de marzo de 2019, Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy y otros, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204.

⁶⁶ STJUE de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, apartado 39.

⁶⁷ STJUE de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, apartado 38 y jurisprudencia allí citada.

⁶⁸ STJUE de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, apartado 40.

Capítulo segundo. El perjuicio en la acción de daños causados por cárteles en derecho español

Las pretensiones indemnizatorias forman parte del sistema de defensa de la competencia en el mercado. En estos casos, los propios operadores económicos las ejercen para poner fin a la infracción y ver compensados los daños que los infractores les han irrogado. En este capítulo describirá el régimen actual de la pretensión indemnizatoria y su finalidad. A continuación, se explicarán los tipos de acciones en función de si ha existido o no un pronunciamiento previo de una autoridad de la competencia. Finalmente, se analizará el daño como elemento de la pretensión que presenta más problemas de prueba y cuantificación por la complejidad de acreditar su efectividad.

I. El Título VI de la Ley de Defensa de la competencia

Cualquier persona perjudicada por una infracción de las normas de derecho de la competencia, español o de la Unión Europea⁶⁹, tiene una pretensión indemnizatoria contra el infractor para ser repuesta en la situación en la que estaría si la conducta anticompetitiva no se hubiera llevado a cabo.⁷⁰ Los daños reclamables son, esencialmente, dos: el daño emergente, que se corresponde con el sobrecoste soportado, y el lucro cesante, que engloba las ventas perdidas, así como los intereses.⁷¹

⁶⁹ Art. 71.2.a LDC.

⁷⁰ Arts. 72.1 y 72.2 LDC.

⁷¹ Art. 72.2 LDC.

Reponer en la posición en la que habría estado si la competencia no hubiera estado afectada significa que las indemnizaciones no pueden ser punitivas.⁷²

Las pretensiones podrán ejercerse contra cualquiera de los infractores porque responderán solidariamente⁷³. Esta regla tiene dos excepciones. Por un lado, las pequeñas y medianas empresas solo responderán ante sus compradores directos e indirectos si su cuota de mercado ha sido inferior al 5% durante el periodo de infracción y pueden ver su viabilidad económica mermada con la aplicación de la solidaridad.⁷⁴ Esta excepción no se aplicará si la susodicha empresa dirigió la práctica anticompetitiva o es una infractora reincidente.⁷⁵ Por otro lado, los infractores que se hubieran acogido al programa de clemencia y hubieran sido declarados exentos del pago de la multa responderán solidariamente ante sus compradores directos e indirectos y únicamente lo harán ante los de sus co-infractores cuando estos no puedan resarcirlos.⁷⁶ La responsabilidad solidaria conlleva el derecho a repetir contra los co-infractores la parte de la indemnización que les corresponda por su responsabilidad relativa. El beneficiario de la exención del pago de la sanción no contribuirá con más que el daño

⁷² Art. 72 LDC.

⁷³ Art. 73.1 LDC. Sobre la responsabilidad solidaria de los co-infractores, véase Jaume MARTÍ MIRAVALLS (2019b), “Comentario al artículo 73 LDC”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracciones de las normas de competencia*, Aranzadi, pp. 167-186; y Carlos GÓMEZ ASENSIO (2020), “Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 27 (julio-septiembre 2020) (versión electrónica). A pesar del interés que suscita, este tema excede del objeto del presente trabajo.

⁷⁴ Art. 73.2 LDC.

⁷⁵ Art. 73.3 LDC.

⁷⁶ Art. 73.4 LDC

causado a sus propios compradores directos e indirectos, aunque este límite desaparece cuando el perjudicado que ha ejercido la pretensión pertenece a otra categoría.⁷⁷

Estas acciones están sometidas a un plazo de prescripción de cinco años.⁷⁸ El cómputo empezará cuando cese la infracción y el perjudicado conozca, o pueda razonablemente conocer, que se ha cometido una infracción, el perjuicio que le ha irrogado y quién es el infractor.⁷⁹ El inicio de un proceso de aplicación pública interrumpirá el plazo y empezará a contarse de nuevo un año después de la firmeza de la resolución adoptada o del fin del procedimiento por cualquier otra razón.⁸⁰

Los procedimientos de resolución extrajudicial de controversias interrumpirán el plazo también. Ahora bien, únicamente beneficiará a las partes presentes en las negociaciones o representadas.⁸¹ Interpuesta la demanda e iniciado el proceso, si las partes intentan alcanzar una solución extrajudicial a la controversia, el tribunal podrá suspender el proceso durante dos años.⁸²

Los procesos de aplicación pública tendrán relevancia en la litigación privada. En las resoluciones firmes que emanen de una autoridad de la competencia nacional o autonómica o un órgano jurisdiccional español,

⁷⁷ Art. 73.5 LDC.

⁷⁸ Art. 74.1 LDC.

⁷⁹ Art. 74.2 LDC.

⁸⁰ Art. 74.3 LDC.

⁸¹ Art. 74.4 LDC.

⁸² Art. 81 LDC.

en caso de recurso, la constatación de la infracción será irrefutable y, por tanto, no admitirá prueba en contrario.⁸³ En cambio, si la resolución emana de una autoridad de la competencia o un tribunal de otro Estado miembro, se presumirá que la infracción se ha cometido, pero admitirá prueba en contra.⁸⁴ Si el órgano que ha sancionado la práctica anticompetitiva es la Comisión Europea, o el Tribunal de Justicia, la resolución también será vinculante y no admitirá prueba en contra.⁸⁵

La víctima que demande tendrá la carga de probar los perjuicios sufridos.⁸⁶ Para ello, cuenta con una presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan daños.⁸⁷ Si los acredita, pero resulta excesivamente difícil cuantificarlos, los tribunales podrán estimar la cuantía a la que asciende el daño por su cuenta⁸⁸ o requiriendo informe de la autoridad de la competencia sobre los criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio⁸⁹.

La demandante podrá solicitar ser resarcida tanto por el sobrecoste soportado, como por las ventas perdidas como consecuencia de haber trasladado a sus propios clientes una parte del sobrecoste.⁹⁰ La demandada, por su parte, podrá oponer esta misma repercusión como excepción para reducir la indemnización solicitada y que no exceda el

⁸³ Art. 75.1 LDC.

⁸⁴ Art. 75.2 LDC.

⁸⁵ Arts. 75.3 LDC y 16 Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE L 1 de 4.1.2003) (“Reglamento 1/2003” a partir de ahora).

⁸⁶ Art. 76.1 LDC.

⁸⁷ Art. 76.3 LDC.

⁸⁸ Art. 76.2 LDC.

⁸⁹ Art. 76.4 LDC.

⁹⁰ Art. 78.1 LDC.

daño sufrido efectivamente.⁹¹ En este caso, recaerá sobre ella la carga de probar la repercusión y su extensión.⁹²

Los compradores indirectos sustentan su pretensión en el traslado del sobrecoste a su nivel de la cadena de suministro y, en caso de ejercerla, tienen la carga de demostrar su existencia y cuantía.⁹³ Cuentan con una presunción legal de repercusión, que admite prueba en contrario, si acreditan que la demandada infringió el Derecho de la competencia, que la consecuencia de tal infracción fue que los compradores directos soportaran un sobrecoste y que la demandante adquirió un producto (o servicio) cartelizado o uno que lo contenía o derivaba de él.⁹⁴

En los dos casos, si la cuantificación es excesivamente difícil, pero han demostrado la existencia de repercusión, los órganos jurisdiccionales podrán estimar la cuota repercutida.⁹⁵

Si compradores situados en diferentes puntos de la cadena de suministro ejercen sus pretensiones indemnizatorias, es posible que haya infractores que compensen el mismo daño más de una vez y abonen responsabilidades múltiples y, a su vez, que por exceso de cuidado para evitar compensar por daños no cometidos, los tribunales desestimen por motivos diferentes las pretensiones y se produzca una ausencia de responsabilidad. Para evitar cualquiera de estas

⁹¹ Art. 78.3 LDC.

⁹² Art. 78.3 LDC.

⁹³ Art. 79.1 LDC.

⁹⁴ Art. 79.2 LDC.

⁹⁵ Art. 78.2 LDC.

situaciones⁹⁶, los órganos jurisdiccionales podrán tener en cuenta la información de dominio público existente, otras pretensiones ejercidas por estas personas y, en su caso, las resoluciones judiciales dictadas para valorar la prueba practicada sobre la repercusión del sobrecoste y su extensión⁹⁷.

Finalmente, la solución extrajudicial de estas controversias también puede influir en las pretensiones indemnizatorias. Por un lado, si una víctima ha sufrido daños de dos o más infractores y ha llegado a un acuerdo con algunos de ellos, verá su derecho reducido en esa proporción respecto al resto.⁹⁸ Por otro lado, el co-infractor que sea parte del acuerdo no tendrá que participar en el resarcimiento del resto del daño y el tribunal tendrá en cuenta la cuantía acordada extrajudicialmente al determinar las cantidades a recuperar entre infractores cuando se ejerciten acciones de repetición entre ellos.⁹⁹

II. La finalidad de la pretensión

La finalidad de la aplicación del derecho de la competencia por parte de las autoridades públicas es indudablemente la prevención de la comisión de infracciones mediante la sanción de quienes la restrinjan y la disuasión de cualquier operador de llevarlas a cabo o ser reincidente. En el caso de las acciones de daños, esta cuestión no ha estado siempre

⁹⁶ Art. 80.1 LDC.

⁹⁷ Art. 80.1.a) a 80.1.c) LDC.

⁹⁸ Art. 77.1 LDC.

⁹⁹ Art. 77.2 y 77.4 LDC.

exenta de discusión.¹⁰⁰ Algunos autores consideran que el objetivo debería ser, también y esencialmente, la disuasión de las conductas anticompetitivas.¹⁰¹ Otros exponen que la compensación de los perjuicios sufridos es el verdadero objetivo de las pretensiones de daños, sin perjuicio de un posible efecto colateral disuasorio.¹⁰²

¹⁰⁰ Esta discusión está claramente patente en la “Pregunta E” sobre la definición de los daños en el “Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM(2005) 672 final, p. 7.

¹⁰¹ En Europa, Renato NAZZINI (2011), “The Objective of Private Remedies in EU Competition Law”, *Global Competition Review*, Volumen 4, pp. 139-140; y el AG Wahl, Conclusiones del Abogado General Sr. Wahl presentadas el 6 de febrero de 2019, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy y otros*, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100, párrafo 31 (*in fine*): “En otras palabras, el efecto de dichas demandas también es disuadir a las empresas de emprender comportamientos perjudiciales para la competencia”.

En Estados Unidos, está claro que este es el objetivo, pues los demandantes pueden, según el artículo 4 *Clayton Act*, solicitar *treble damages* (una indemnización equivalente al triple del perjuicio sufrido). Sobre esto, ver Richard A. POSNER (2001), *Antitrust Law*, 2ª ed., University of Chicago Press, pp. 266 y ss.; y Robert LANDE and Joshua P. DAVIS (2008), “Benefits from Private Antitrust Enforcement: an Analysis of Forty Cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42 Primavera, pp. 879-917.

¹⁰² En general, a nivel europeo e internacional, sobre las acciones de daños derivadas de ilícitos concurrenciales, Kent ROACH y Michael J. TREBILCOCK (1996), “Private Enforcement of Competition Laws”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, Núm. 3 (otoño), pp. 495-496; Michele CARPAGNANO (2007), “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción. Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-295-298/04”, *InDret* 1.2007, p. 17; Paolisa NEBBIA (2008), “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, *European Law Review*, Vol. 33, núm. 1, pp. 35-36; Wouter P. J. WILS (2009), “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, cit., pp. 6-12; Cristián BANFI DEL RÍO (2013), “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia”, cit., pp. 223 y 238; Ulf BERNITZ (2016), “Introduction to the New EU Directive” en Maria Bergström, Magnus Strand, y Marios C. Iacovides, *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, p. 7-8; Alison JONES (2016), “Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US” en Maria Bergström, Magnus Strand, y Marios C. Iacovides (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, p. 7-8; Wouter P. J. WILS (2017), “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future” cit., p. 17; Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin’s EU Competition Law : Text, Cases, and Materials*, 7ª edición, Oxford University Press, p. 1039.

En Derecho de la Unión Europea, la aprobación de la Directiva 2014/104 puso fin a este debate al reconocer el derecho al pleno resarcimiento a “cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia”¹⁰³. Asimismo, el mismo texto prohíbe cualquier indemnización que tienda a la sobrecompensación “mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”¹⁰⁴.

En derecho español de daños, la cuestión de la finalidad de las pretensiones indemnizatorias también está clara. Primordialmente, es compensar los daños causalmente vinculados a la conducta perjudicial y reponer a la víctima en el interés negativo.¹⁰⁵ También se ha defendido

Tanto el Libro Verde como el Libro Blanco recogen la compensación de los daños sufridos como la finalidad de las pretensiones indemnizatorias. Ahora bien, como apuntamos a continuación, también reconocen la finalidad disuasoria colateral. En el Libro Blanco, la Comisión reconoce que “la mejora de las normas de reparación también produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia”, en COMISIÓN EUROPEA (2008a), *Libro Blanco Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM(2008)165 final, p. 3. Previamente, en el Staff Working Document que acompañó al Libro Verde, la Comisión observa que el ejercicio de las acciones de daños, tanto individuales como de seguimiento, complementa la aplicación pública llevada a cabo por las autoridades administrativas, se suma a ella e incentiva a las empresas para que cumplan las normas y permitan que los mercados sean competitivo, en COMISIÓN EUROPEA (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2005) 1732, apartados 5, 6 y 13.

¹⁰³ Artículo 3.1 Directiva de Daños.

¹⁰⁴ Artículo 3.3 Directiva de Daños. Antes de la entrada en vigor de este artículo, en ausencia de normativa armonizada, cada Estado miembro tenía la libertad de otorgar cualquier tipo de indemnización específica (ya fuera punitiva o ejemplarizante) siempre que el ordenamiento jurídico respetara los principios de efectividad y equivalencia. Ver, STJUE de 13 de julio de 2006, Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, fallo 5.

¹⁰⁵ En España, sobre el derecho de daños en general, esta visión la presentan, Fernando PANTALEÓN en Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), ‘Artículo 1902’ en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Pablo Salvador

una segunda función cuyo origen puede encontrarse en el análisis económico del derecho de accidentes¹⁰⁶: disuadir la ejecución de comportamientos que puedan dañar a otras personas y alcanzar un nivel óptimo de prevención de daños equivalente a reducirlos al mínimo mediante la internalización de las consecuencias de causar perjuicios.¹⁰⁷

En el régimen especial de acciones indemnizatorias por daños causados por las infracciones del derecho de la competencia, la finalidad es, indubitadamente, la compensatoria.¹⁰⁸ De hecho, así está recogido en el artículo 72 LDC, pues la obtención del pleno resarcimiento consiste en “devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la

Coderch y Cándido Paz-Ares (Dirs.), *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1971; y Luis Díez-PICAZO PONCE de LEÓN (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V: La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, pp. 27, 28 y 47.

¹⁰⁶ Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1990), “Economic analysis of law”, *NBER Working Paper* 6960, <http://www.nber.org/papers/w6960>, p. 2.

¹⁰⁷ Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2005), “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *InDret* 1.2005, pp. 6-7. Esta posición ha sido criticada por parte de la doctrina, no tanto por negar la función preventiva de hecho de las acciones indemnizatorias, sino en situar esta función por encima de la compensatoria, cuando suele recaer de derecho en el derecho penal y administrativo sancionador, Fernando PANTALEÓN PRIETO (2000), “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (2000), pp. 170-173.

¹⁰⁸ También, en concreto sobre las pretensiones indemnizatorias contra infractores del derecho de la competencia, Carmen HERRERO SUÁREZ (2016), “La transposición de la Directiva de Daños *Anti-trust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 1, p. 178; Aitor ZURIMENDI (2017), “La reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, *Revista de Derecho Mercantil*, 306/2017, II.3.1 (versión electrónica); y Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017a), “Artículo 72”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Guitérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 5ª ed., Civitas, p. 1473.

que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia”¹⁰⁹.

La decisión del legislador europeo y, tras la transposición, del español de reconocer la excepción por repercusión del sobrecoste y la legitimación activa de los compradores indirectos confirman este extremo. Sin perjuicio de que se expliquen sus características de forma pormenorizada más adelante, la premisa que subyace a la posición adoptada es la siguiente: el comprador directo que varía al alza su precio como respuesta al sobrecoste causado por la infracción y lo traslada a sus clientes reduce el perjuicio que ha sufrido. Por un lado, una indemnización que compense todo el sobrecoste sufrido sin atender a la repercusión pondría al demandante en una posición mejor que la que se encontraría si el cártel no hubiera existido. Por otro lado, la concurrencia en el ejercicio de pretensiones por personas situadas en diferentes niveles de la cadena de producción o comercialización del bien o servicio objeto de la infracción supondría tanto la sobrecompensación de las víctimas y la responsabilidad múltiple de la empresa infractora. Aunque esto último disuadiría la comisión de infracciones, sería una desviación de los objetivos de estas pretensiones, motivo por el cual está expresamente prohibido y se prevé la excepción de repercusión para evitarlo¹¹⁰, a pesar de que conlleva un riesgo de

¹⁰⁹ Art. 72.2 LDC.

¹¹⁰ Art. 72.3 LDC: “El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de cualquier otro tipo”. Esta prohibición ha llevado a la modificación de la legislación en los Estados que contemplaban la concesión de indemnizaciones que iban más allá de la mera compensación en su legislación previa a la Directiva 2014/104. Dos ejemplos eran las normativas del Reino Unido e Irlanda. En el primero, estaban contemplados en el art. 47C en relación con el 47A del Competition Act 1998 y llegó a concederse una indemnización ejemplarizante en el caso 2 Travel Group PLC (in liquidation) contra

ausencia de responsabilidad si se estima la excepción y los compradores indirectos no ejercen sus pretensiones. En este ámbito, la disuasión y prevención radica en las sanciones que pueden imponer las autoridades de la competencia.

En las antípodas del sistema europeo se encuentra el estadounidense a nivel federal. A pesar de que comparten la existencia de la dualidad aplicación pública, ejecutada por el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, y privada, esta última tiene la doble finalidad compensatoria y punitiva. Busca compensar los perjuicios causados porque el daño sufrido es la base de cálculo de la indemnización, pero la *Clayton Act*¹¹¹ contiene una provisión en el artículo 4 según la que la víctima de la infracción podrá ser indemnizada con hasta el triple del valor del perjuicio sufrido¹¹²: estos son los llamados *treble damages*. Su función es claramente penalizar a quienes infrinjan el derecho de la competencia y, a su vez, disuadirles de hacerlo de nuevo¹¹³: si *ex ante* el total a pagar por la sanción pública y la indemnización excede los beneficios que reporte

Cardiff City Transport Services Limited, [2012] CAT 19, si bien en ese caso no se sancionó en el procedimiento de aplicación pública, Barry J. RODGER (2020), “Private Enforcement in the UK: Effective Redress for Consumers?”. Chapter 12 in B. Rodger, P. Whelan and A MacCulloch (eds), *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, 2021, Forthcoming, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3667324>, p. 16. En Irlanda, la posibilidad de otorgar indemnizaciones no compensatorias se encontraba en el art. 14(5) Competition Act.

¹¹¹ La *Clayton Act* está codificada en el Título 15° del US Code.

¹¹² Se corresponde con el artículo 15 del Título 15 US Code y tiene el siguiente contenido: “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

¹¹³ El pagar el triple del daño supuestamente hace que el infractor internalice el coste social que supone la infracción, Cristián BANFI DEL RÍO (2013), “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia”, cit., p. 226.

la infracción, un operador racional no ejecutará la práctica anticompetitiva. Esta realidad se acentúa con la ausencia de legitimación activa de los compradores indirectos a nivel federal: la posición adoptada prima la disuasión de la repetición de las conductas ilícitas y, por ello, limita la compensación a una categoría de víctimas con independencia de los efectos para el resto de afectados.

III. Los tipos de acciones

En las pretensiones indemnizatorias, la parte demandante debe acreditar los siguientes elementos para su estimación. Primero, la existencia de una conducta que merece un desvalor jurídico, que sería el ilícito concurrencial. Segundo, el daño efectivamente sufrido. Tercero, la relación de causalidad existente entre conducta y perjuicio. Cuarto, la culpa o la negligencia del ejecutor de tal comportamiento. En función del resultado del procedimiento de aplicación pública del derecho de la competencia, puede existir una resolución que constate la infracción.

Las acciones independientes o *stand-alone* son aquellas pretensiones ejercidas sin una previa decisión sancionadora de la autoridad de la competencia que sea firme por haber sido confirmada o no poder ser ya objeto de recurso.¹¹⁴ Esto significaría que la autoridad no ha

¹¹⁴ Según el art. 75 LDC, el efecto vinculante se predica de las decisiones firmes que constatan una infracción, por lo que el haber sido objeto de recurso que no se ha resuelto todavía le priva de este efecto. Los recursos contra estas decisiones pueden ser por motivos de fondo, de forma o de cuantificación. Aunque es indiscutible en los dos primeros porque la estimación puede llevar a la nulidad de la resolución sancionadora, Miguel Sousa Ferro considerada que los recursos por causas relacionadas con la cuantificación de la multa o con el remedio impuesto, que no pueden provocar que la nulidad de la resolución, no deberían privar a la resolución del efecto vinculante para el juez civil, en Miguel SOUSA FERRO (2019), “Antitrust Private

identificado ninguna conducta¹¹⁵, la resolución ha sido anulada¹¹⁶ o ha adoptado una decisión de compromisos.¹¹⁷ En estos casos, la demandante acumulará la pretensión declarativa de la infracción a la

Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions”, *Market and Competition Law Review*, Vol. III, Núm. 2, Octubre 2019, p. 53.

¹¹⁵ A pesar de que las autoridades de la competencia tengan unas prerrogativas y unos recursos materiales y personales que les permiten investigar las conductas de las empresas, no son infalibles y, por tanto, pueden existir falsos negativos cuando la infracción sí se ha cometido. Por eso, este tipo de resoluciones ni vinculan a los tribunales civiles en virtud del art. 75 LDC ni son un obstáculo para la pretensión declarativa que un perjudicado pueda ejercer con posterioridad. Ver, al respecto, Torbjörn ANDERSSON (2018), “The Binding Effects of Decisions and Judgments under EU Competition Law”, en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, p. 103; Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, en AAVV, *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch p. 118.; y Magnus STRAND (2020), “Competition damages betwixt and between past and future: Cogeco”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, núm. 2, pp. 586-587.

¹¹⁶ Un ejemplo de esto sería el caso si Grupo Danone interpone finalmente la demanda contra algunas integrantes del cártel de los fabricantes de papel y cartón para la cual solicitó el acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC previo a la interposición de la demanda y que fue estimada por el Juzgado de lo mercantil 10 de Barcelona mediante auto 23 de noviembre de 2020 (AJM Barcelona 369/2020, de 23 de noviembre, MP: Lucía Martínez Orejas, ECLI:ES:JMB:2020:334A). En este caso, la resolución de la CNMC de 18 de junio de 2015 (S/0469/13: FABRICANTES DE PAPEL Y DE CARTÓN ONDULADO) que constataba la existencia del cártel fue anulada por la Audiencia Nacional en diferentes sentencias de 28 de diciembre de 2018 porque se notificó a las partes cuando el procedimiento ya había caducado.

¹¹⁷ Las decisiones de compromisos se adoptan cuando, en el marco de una investigación en la que la autoridad de la competencia sancionará una conducta, las empresas investigadas proponen una serie de medidas que se comprometen a implementar con la finalidad de reducir el efecto distorsionador de los comportamientos sospechosos de ser una infracción concurrencial y la autoridad de la competencia competente aprueba estas propuestas sin constatar infracción alguna (arts. 52 LDC y 9 Reglamento 1/2003). Según el Tribunal de Justicia, en estos casos, los tribunales nacionales que conozcan de una pretensión de nulidad deben considerar la decisión de compromisos como un indicio de la existencia de una infracción, ver STJUE de 23 de noviembre de 2017, Gasorba et al v. Respsol Comercial de Productos Petrolíferos, C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891, apartado 29. David Ashton las califica como “red flags” en David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 2ª ed., Edward Elgar Publishing, pp. 139-140. La efectividad del derecho de la competencia exigiría la extensión de esta consideración a las pretensiones indemnizatorias, ver, al respecto, Ignacio GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ (2019), “Competition Authorities’ Decisions and Antitrust Damages Actions”, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, núm. 4, pp. 377-378.

indemnizatoria y deberá aportar pruebas para demostrar los cuatro elementos.

Las acciones de seguimiento o *follow-on* son aquellas que se ejercen cuando ya existe una decisión previa y firme de una autoridad de la competencia¹¹⁸ y se dirigen contra una empresa destinataria de la decisión. Los efectos vinculantes¹¹⁹ se predicen sobre la infracción en sí misma –hechos relevantes para la infracción, su declaración y la calificación jurídica– (ámbito material), los sujetos infractores (ámbito personal) y la extensión de la infracción en el tiempo y en el mercado (ámbitos temporal y territorial).¹²⁰ No se extienden, por tanto, a los pronunciamientos que incluya sobre el daño sufrido por las víctimas. Gracias a la resolución firme¹²¹, no será necesario acumular la acción

¹¹⁸ Es firme aquella resolución que no ha sido recurrida en plazo o, habiéndolo sido, ha sido confirmada por una resolución judicial que ya no admite recurso.

También vinculará al juez civil la resolución de la autoridad que deviene firme en el transcurso del proceso que dirime la pretensión ejercida contra la demandada infractora. Ese fue el caso en el cártel de los sobres de papel: SAP Madrid 64/2020, de 3 de febrero (MP: Alberto Arribas Hernández, ECLI:ES:APM:2020:2), FD 4.

¹¹⁹ La vinculación del juez civil en estos casos no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada material porque no existe identidad de partes en los procedimientos administrativo y civil, Ignacio SANCHO GARGALLO (2019), “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, cit., pp. 118-119.

¹²⁰ Considerando 34 Directiva 2014/104.

¹²¹ Los efectos vinculantes se predicen del art. 75 LDC. Mientras que los demandados no podrán presentar prueba en contra cuando la resolución firme sea de la Comisión Europea o de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o de una autoridad de la competencia autonómica, tendrán esta posibilidad cuando la resolución sancionadora firme provenga de una autoridad u órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Antes de la transposición de la Directiva 2014/104 no existía un artículo con un contenido similar en la actual Ley de Defensa de la Competencia. En el art. 13.2 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la existencia de una resolución administrativa firme que sancionara la conducta era un requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de la pretensión indemnizatoria. Ahora bien, esta decisión era únicamente un “instrumento de gran convicción” (STS, 1ª, 634/2014, de 9 de enero (MP: Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2015:191), FD 15) o, según Fernando PEÑA LÓPEZ, “un mero instrumento de convicción, aunque sin duda de gran autoridad”, Fernando Peña

declarativa y se exigirá a las demandantes que demuestren el daño causado, la relación de causalidad y, en su caso, el elemento subjetivo.

Las acciones híbridas son aquellas que, aun basándose en una resolución de una autoridad administrativa, se separan de su contenido en algún extremo, como puede ser que las demandadas no sean las destinatarias o que los mercados identificados en la decisión y en la demanda sean parcialmente coincidentes. En estos casos, la demandante deberá probar la existencia de la infracción en aquello no cubierto por la resolución, así como todo el perjuicio, la relación causal y, en su caso, la culpabilidad de la infractora.

IV. El daño como elemento principal de la pretensión

Además de la existencia de una infracción del derecho de la competencia, la víctima que ejerza la pretensión indemnizatoria deberá demostrar que le ha irrogado un perjuicio causalmente conectado con la infracción.¹²² Se centra el estudio ahora en el elemento relativo al daño

López (2000), *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, pp. 115-116. En este mismo sentido, Ignacio SANCHO GARGALLO (2009), “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1.2009, p. 26. En contra, por considerar que las resoluciones del ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia sí producían una suerte de efecto vinculante en el proceso civil subsiguiente, Rafael BELLIDO PENADÉS (1998), *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, pp. 58-59.

¹²² Aunque su estudio excede del objeto de este trabajo, se presentan aquí unas consideraciones sobre la relación causal y la culpabilidad del infractor, dos elementos de la pretensión no armonizados por la Directiva 2014/104 que se resuelven atendiendo a los criterios nacionales a la luz de la jurisprudencia del TJUE y de los principios de efectividad y equivalencia, como se desprende del Considerando 11 Directiva 2014/104 y Magnus STRAND (2017b), “Labours of harmony: unresolved

issues in competition damages”, *European Competition Law Review*, Vol. 38, núm. 5, pp. 204-205.

Respecto al nexo causal, los daños derivados de prácticas contrarias al derecho de la competencia son un claro ejemplo de incertidumbre causal porque el desarrollo del producto y la propia evolución del mercado y sus fluctuaciones pueden causar incrementos de costes en un mercado que tengan como consecuencia el pago de un sobre coste o una reducción de las ventas. Para asegurar la efectividad de las pretensiones indemnizatorias, esta realidad aconseja que la concepción de la causalidad que debería aplicarse en estas pretensiones es la probabilística que permite establecer el nexo si es significativamente probable que exista una vinculación causal entre los dos eventos (infracción y daño). Algunos tribunales en el caso del cártel de los sobres de papel, por ejemplo, han considerado acreditado el nexo causal, junto al daño, atendiendo a las características del cártel y por entenderlo como una consecuencia de la infracción, por todas, SAP Madrid 64/2020, de 3 de febrero, FD 6. Sobre la causalidad en este tipo de pretensiones, Hanns ABELE, Georg KODEK y Guido SCHAEFER (2011), “Proving Causation in Private Antitrust Cases”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 7, núm. 4, Diciembre 2011, p. 859, Elena Cristina TUDOR (2018), “La causalidad en acciones de daños antitrust, a la luz de los dispuesto en la Directiva 2014/104/UE”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, Enero-Junio 2018, p. 225; Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, p. 123.

Cuando la infracción es un cártel cuya mera causación permite presumir que ha causado perjuicio, la regla de imputación subjetiva que debería regir en las pretensiones indemnizatorias es la responsabilidad objetiva. Son los causantes del daño quienes deben adoptar las medidas necesarias para minimizar el impacto perjudicial de su conducta, Steven SHAVELL (2007), “Liability for Accidents”, en A Mitchell Polinski y Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, North-Holland, pp. 143-144; Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., p. 180. Parte de la doctrina se ha posicionado en esta dirección: Juan Ignacio RUIZ PERIS (2016), “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición*, Tirant lo Blanch, p. 29; Ulf BERNITZ (2016), “Introduction to the New EU Directive” cit., p. 8; Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017a), “Artículo 72”, cit., p. 1476; y Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia...*, cit., p. 120; Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (2019), *Enriquecimiento injusto, daños y competencia*, Tirant lo Blanch, p. 295. En contra de la responsabilidad objetiva, Katri HAVU (2014), “Fault in EU Law Based Competition Restriction Damages Cases”, *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2014/16, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2465912>, p. 8-13 y 19-23; Carlos GÓMEZ ASENSIO (2018), “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de defensa de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 381 y ss.; y Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2018), “Spain”, en Barry Rodger, Miguel Sousa

padecido, pues es el más problemático por la dificultad de constatación y prueba.

Los perjuicios que los cárteles causan no afectan a la persona o la propiedad de la víctima, sino a su actividad económica. Son, por tanto, daños económicos.¹²³

Los perjudicados por un cártel tienen derecho a ser indemnizados por el daño efectivamente sufrido y que esté causalmente vinculado a la infracción concurrencial¹²⁴ para alcanzar el pleno resarcimiento. El artículo 72 LDC reduce el daño resarcible a dos categorías: el daño emergente y el lucro cesante. La lectura conjunta de los artículos 72 y 78 LDC permiten identificar el daño emergente con el sobrecoste, o “diferencia entre el precio efectivamente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción”¹²⁵, y el lucro cesante con las ventas perdidas consecuencia de la infracción si una víctima ha trasladado el sobrecoste soportado a sus propios clientes.¹²⁶

Ferro y Francisco Marcos Fernández, *The Antitrust Damages Directive. Transposition Across The Member States*, Oxford University Press, pp. 333-334. A favor de una presunción de culpa, Tomas BALCIUNAS y Jasper P. SLUIJS (2020), “The Case for Harmonizing Fault in Private Enforcement of EU Competition Law”, (December 16, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3750240>, pp. 14-16.

Si, por el contrario, la infracción es un abuso de posición de dominio, la regla más adecuada sería la responsabilidad por culpa para evitar desincentivar la búsqueda de la innovación o la mejora del producto y porque los efectos anticompetitivos pueden no ser tan cristalinos como con los cárteles.

¹²³ “‘Pure economic loss’ is the financial loss a person suffers and which is not the consequence of death, personal injury, or damage to movable or immovable objects (personal property or real property)”, Cees VAN DAM (2013), *European Tort Law*, 2ª ed., Oxford University Press, p. 208.

¹²⁴ Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT (1991), *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, pp. 184-185.

¹²⁵ DA4ª.3.6 LDC.

¹²⁶ La literatura previa a la Directiva 2014/104 ya mantenía esta clasificación de daño emergente y lucro cesante. Por todos, Assimakis P. KOMMINOS (2008), *EC Private*

1. El daño emergente

El daño emergente comprende aquellas pérdidas económicas efectivamente sufridas como consecuencia de la infracción del derecho de la competencia¹²⁷. La realidad y la efectividad son sus características principales.

El elemento más representativo de este daño emergente es el sobrecoste, esto es, la diferencia entre el montante efectivamente pagado por los compradores y la cantidad que habrían abonado ausente el cártel. Ahora bien, esto no significa que pueda equipararse de forma automática con el daño sufrido.¹²⁸ Primero, la víctima puede haber trasladado a sus propios clientes una parte de este sobrecoste y no haberlo soportado. Segundo, esta operación puede haber causado una reducción de las ventas, que también forman parte del daño indemnizable.

Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts, Hart Publishing, p. 207.

Esta clasificación no está exenta de críticas por considerarla reduccionista. Ver, por ejemplo, Suzanne CARVAL, Mauriel CHAGNY, Anne-Sophie CHONE-GRIMALDI, Constance MONNIER y Jean-Philippe TROPEANO (2016), “L'évaluation des préjudices concurrentiels”, en Martine Behar-Touchais, David Bosco y Catherine Prieto (Dirs.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, IRJS Éditions, pp. 158-159.

¹²⁷ Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia...*, cit., p. 165, y, en abstracto, Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V...*, cit., p. 345.

¹²⁸ Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 170-171.

En este estadio, las víctimas deben acreditar la existencia del sobrecoste causado por la infracción de las normas de derecho de la competencia. Cuentan a su favor con una presunción, que admite prueba en contra, de que los cárteles causan daños recogida en el artículo 76.3 LDC.

Las presunciones se construyen sobre realidades. Esta, en concreto, está elaborada sobre evidencias empíricas según las cuales este tipo de prácticas, cuando son eficientes y tienen efectos en el mercado, perjudican a los operadores económicos externos al acuerdo colusorio.¹²⁹

Como todavía no es de aplicación en las pretensiones ejercitadas en los últimos años en el marco de la litigación contra los integrantes del cártel de los camiones y de los sobres de papel, los tribunales han utilizado la doctrina de los daños *ex re ipsa*, en virtud de la que un observador razonable considera que el daño se ha producido únicamente por la conducta del causante, sea intencional o negligente. Esta doctrina tiene una finalidad similar a esta presunción: se produce una alteración de la carga de la prueba y el demandado debe demostrar que su conducta no podía causar daños.

En el ámbito de la competencia desleal, el Tribunal Supremo ha admitido el uso de esta doctrina porque “los perjuicios son evidentes y

¹²⁹ Según un informe elaborado a petición de la Comisión Europea, el 93% de los cárteles estudiados causaron un sobrecoste superior a 0 y, en la mayoría de casos, era entre el 10% y el 20%, OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission, pp. 90-91

pueden presumirse producidos”¹³⁰ o que “los daños y perjuicios [son considerados] una consecuencia necesaria de la infracción, pues raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio causa al demandante interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside en estos ámbitos”¹³¹. En 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona se pronunció en esta línea en un proceso donde se acumularon la pretensión declarativa de deslealtad y la indemnizatoria por la venta de camisetas de equipos de fútbol que imitaban las originales que comercializaba NIKE.¹³² Por su parte, en 2015, la Audiencia Provincial de Zaragoza recogió que esta doctrina jurisprudencial podía aplicarse de forma general, pero con cautela, en pretensiones de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia desleal si la conducta en cuestión lo produce necesariamente.¹³³

La existencia de una resolución sancionadora firme que describa cuál es la conducta infractora permite identificar si la conducta ejecutada es tal que permite la aplicación de esta doctrina. La extensión temporal de la

¹³⁰ STS, 1ª, 620/2003, de 19 de junio (MP: Xavier O’Callaghan Muñoz, ECLI:ES:TS:2003:4261), FD 8, donde el ilícito consistía en la comercialización de una bebida en condiciones idénticas a otra y esto generaba confusión y aprovechamiento de la reputación ajena.

¹³¹ STS, 1ª, 1217/2004, de 23 de diciembre (MP: Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2004:8442), FD 7. En este caso, el ilícito consistió en la imitación de una máquina ideada por una empresa competidora.

¹³² SAP Barcelona 4/2013, de 8 de enero (MP: María Elena Boet Serra, ECLI:ES:APB:2013:437), FD 8. La infracción consistió en la comercialización de camisetas que imitan equipaciones oficiales que comercializa NIKE.

¹³³ SAP Zaragoza 358/2015, de 1 de septiembre (MP: Pedro Antonio Pérez García, ECLI:ES:APZ:2015:1823), FD 8. La infracción de la normativa de competencia desleal consistía en actos de denigración (art. 9 LCD) e inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD) mediante la captación indebida de trabajadores y clientes y la difusión de noticias falsas respecto de la demandante.

implementación del cártel y su extensión en el mercado son dos circunstancias relevantes para valorar esta posibilidad. La demandante, entonces, únicamente tendría que probar la existencia de tal infracción y de la relevancia que tiene en el mercado y para ella, así como aportar una pericial económica que cuantifique el perjuicio¹³⁴: la presunción de daño y la doctrina *ex re ipsa* no sustituyen la labor de cuantificación que debe realizar la demandante, sin perjuicio de la posible estimación judicial¹³⁵ ¹³⁶.

La demandada podrá en su contestación oponer que la infracción no ha tenido efectos en el mercado capaces de causar daño en general o, en concreto, a la demandante¹³⁷. En otro caso, podrá admitir que la conducta ha podido perjudicar a los operadores en el mercado, pero

¹³⁴ SAP Valencia 1680/2019, de 16 de diciembre (MP: Purificación Martorell Zulueta, ECLI:ES:APV:2019:4152). Esta sentencia resuelve un recurso de apelación contra el cártel de los camiones sancionado por la Comisión Europea.

¹³⁵ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 and 103 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, SWD(2013), apartado 145.

¹³⁶ Esta presunción ayuda al demandante a probar la existencia del daño en abstracto y la relación causal entre cártel y perjuicio, pero no facilita la cuantificación. Marios IACOVIDES plantea la duda de hasta qué punto es útil a efectos de calcular el sobrecoste y las ventas perdidas más allá de suponer una inversión de la carga de la prueba respecto a si la infracción ha causado, o no, un daño, Marios C. IACOVIDES (2016), “The Presumption and Quantification of the Harm in the Directive and the Practical Guide”, en Maria Bergström, Marios Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 299-300. En este mismo sentido, Pieter VAN CLEYNENBREUGEL (2019), “The Presumption of Harm and its Implementation in the Member States’ Legal Orders”, en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, p. 206.

¹³⁷ Este argumento es el que han utilizado, sin éxito, las empresas que formaban parte del cártel de los camiones. Ver, por ejemplo, SAP Barcelona 603/2020, de 17 de abril (MP: Marta Cervera Martínez, ECLI:ES:APB:2020:2567), FD 8.

oponer la repercusión del sobrecoste¹³⁸, esto es, que la víctima demandante ha trasladado el sobrecoste a sus clientes y el daño efectivamente sufrido es inferior al alegado.

2. El lucro cesante

El artículo 1106 CC concreta que la indemnización de daños y perjuicios debe alcanzar tanto a las pérdidas sufridas, como a las ganancias dejadas de obtener, esto es, el lucro cesante. En el caso de los daños derivados de prácticas colusorias, este se concretaría en aquellas ventas que no se han producido por el incremento de precios consecuencia de la infracción anticompetitiva si se ha trasladado el sobrecoste soportado a un mercado subsiguiente, tal y como se desprende de los artículos 72.2 y 78.2 LDC.

A diferencia del daño emergente, no se trata de un perjuicio que se ha producido real y efectivamente, sino que es una ganancia esperada, prevista, pero que no se ha logrado: es una materia que se funda en probabilidades en lugar de certezas¹³⁹. Esta expectativa menoscabada por el ilícito concurrencial puede manifestarse como una pérdida de beneficios o una pérdida de volumen de negocio. De esto se deriva la doble incertidumbre que acompaña a esta partida del daño: no sólo es necesario elaborar un escenario sin infracción para su comparación, sino

¹³⁸ Artículo 78.3 LDC. Esta excepción será tratada con mayor extensión en los capítulos 3 a 5.

¹³⁹ Elena VICENTE DOMINGO (2014b), *El lucro cesante*, Editorial Reus, p. 13; Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2017), “La prueba del lucro cesante”, en Joan Picó i Junoy (Dir.) y Daniel Vázquez Albert (Ed.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Catalunya-Thomson Reuters Aranzadi, p. 34.

que deben identificarse las ganancias que probablemente se habrían producido y cuantificarlas.¹⁴⁰

En abstracto, los lucros cesantes pueden dividirse en dos clases. Primero, “los supuestos en que la fuente de la ganancia y la ganancia existían con anterioridad al daño y es este último quien la impide”¹⁴¹. Segundo, las ganancias estrictamente futuras, más difíciles de establecer por su dependencia de diferentes factores¹⁴². El lucro cesante derivado de prácticas anticompetitivas pertenece a la segunda.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de reparación del lucro cesante ha seguido dos líneas: una más restrictiva y otra probabilística.

El primer criterio exige que el lucro cesante no sea un sueño de fortuna ni beneficios hipotéticos. Esta corriente limita el lucro cesante indemnizable a aquel que “probablemente se hubiera producido, de no mediar el [daño]”¹⁴³. El problema que supone esta perspectiva es la casi imposible reparación de esta parte del perjuicio por el requisito de certeza del beneficio que debe acreditarse¹⁴⁴. Siguiendo esta línea, únicamente podría resarcirse la primera clase de lucro cesante.

¹⁴⁰ Franziska WEBER (2020b), “The volume effect in cartel cases – a special challenge for damage quantification?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, 00, p. 16.

¹⁴¹ Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V...*, cit., p. 345.

¹⁴² Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V...*, cit., p. 345.

¹⁴³ STS, 1ª, 606/2011, de 20 de julio, (MP: Xavier O’Callaghan Muñoz, ECLI:ES:TS:2011:5550), FD 3.

¹⁴⁴ Elena VICENTE DOMINGO (2014b), *El lucro cesante*, cit., p. 34; Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2017), “La prueba del lucro cesante”, cit., p. 40.

El segundo criterio cambia la certeza por razonable probabilidad¹⁴⁵ o probabilidad objetiva¹⁴⁶. Esta forma de determinación de las ganancias dejadas de obtener se centra en un criterio objetivo, como sería el estudio del curso normal de las cosas. La cantidad a indemnizar es la que resultaría de la respuesta a la pregunta de qué ganancias eran probables si el daño no hubiera alterado el curso de los acontecimientos. Así, pueden resarcirse las dos clases, sin llegar a abarcar los sueños de riqueza. Este criterio se aplicará tanto a la prueba de la existencia del lucro cesante como a la relación causal entre la pérdida y el evento perjudicial.¹⁴⁷

La demandante, con las dificultades que conlleva, tendrá que probar unas pérdidas consecuencia de la infracción. En caso de hacerlo, habría de acreditar las pérdidas sufridas, que probablemente iban a ser ganancias obtenidas si la conducta anticompetitiva no se hubiera producido, y valorarlas económicamente, sin perjuicio de la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de estimar esta cantidad¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Una de las primeras manifestaciones de este criterio es la STS, 1ª, 896/2002, de 26 de septiembre (MP: Clemente Auger Liñan, ECLI:ES:TS:2002:6203).

¹⁴⁶ STS, 1ª, 290/2014, de 10 de septiembre (MP: Francisco Javier Orduña Moreno, ECLI:ES:TS:2014:3907), FD 2. En este proceso se ejerció una pretensión contractual en la que se solicitaba cumplimiento específico de la obligación (la construcción de una terraza para completar la obra permutada) y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, en los que se incluye el lucro cesante por el uso que no puede darse a la obra.

¹⁴⁷ Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2017), “La prueba del lucro cesante”, cit., pp. 46-49.

¹⁴⁸ La estimación judicial del lucro cesante, igual que la del daño emergente, se contemplaba antes de que el art. 76.2 LDC facultara a los tribunales que cuantificasen el perjuicio en caso de que sea excesivamente difícil o prácticamente imposible, Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2017), “La prueba del lucro cesante”, cit., pp. 49-50.

La razonable probabilidad puede parecer un estándar elevado. No lo es y no representa una quiebra de los principios de equivalencia y efectividad porque es el criterio aplicado en las pretensiones indemnizatorias y la incertidumbre que rodea a esta partida no permite facilitar más su reparación. La efectiva existencia de estas pérdidas y la dificultad de su acreditación pueden ser los motivos por los que no se ha solicitado en ninguna de las pretensiones indemnizatorias ejercidas por daños causados por infracciones del derecho de la competencia, o, cuando menos, no se tiene constancia de ello.

3. La cuantificación del daño y la estimación judicial

La tarea probatoria de las partes no se extingue con la acreditación de la existencia del perjuicio o con la demostración de que se daban las condiciones para que la víctima demandante repercutiera el sobre coste en el mercado subsiguiente: tienen la obligación de valorar económicamente el daño. En estos casos, la cuantificación tiene un problema añadido: la dificultad de establecer cuál sería el escenario sin infracción para ofrecer una valoración realista del perjuicio tanto por la imposibilidad de observarlo, como de acceder a la información para aproximarlos. Para que este problema no se convierta en la causa de desestimación de las pretensiones, los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de llevar a cabo una estimación del daño. En otro caso, las pretensiones no tendrían efectividad alguna y el resultado sería la impunidad de los infractores.

3.1. La prueba de la cuantificación del daño

Se entiende por cuantificar “expresar numéricamente una magnitud de algo”¹⁴⁹. En las pretensiones indemnizatorias, la parte demandante tiene la carga de cuantificar el perjuicio que alega haber sufrido, en concreto para los daños causados por cárteles, cuál ha sido el sobrecoste soportado y la cuantía de ventas que ha perdido. A su vez, la demandada que niegue la estimación elaborada por la víctima presentará su propio cálculo y, si dispone de información suficiente y las circunstancias del mercado lo permitían, indicará la cuota del sobrecoste que el demandante ha repercutido.

La cuantificación busca determinar el valor del daño que ha padecido el perjudicado para poder indemnizarlo y devolverlo a la posición en la que se encontraría si la infracción nunca hubiera tenido lugar. Ello requiere la observación del mercado cartelizado en una situación de competencia normal. Como esto es imposible, las partes tendrán que localizar un mercado con características similares o, en otro caso, elaborar un escenario de referencia para poder estimar qué hubiera ocurrido.¹⁵⁰ La conjunción de cuestiones económicas complejas, la

¹⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “cuantificar”: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea], <https://dle.rae.es/cuantificar> [Última consulta: el 9 de abril de 2021].

¹⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 and 103 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, cit., apartado 12; COMISIÓN EUROPEA (2013a), *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, DOUE C 167, 13.6.2013, apartado 3; y Jakob RÜGGEBERG (2018), “Private enforcement of EU competition law and obstacles on the path towards true compensation”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva*

necesidad de recurrir a escenarios contrafactuales hipotéticos y las cuestiones jurídicas a resolver tornan esta operación en un importante y costoso reto para las partes.¹⁵¹

Las partes tienen la obligación de ser proactivas. El proceso civil se caracteriza por ser de justicia rogada y ellas tienen la carga de probar sus alegaciones con los medios que estimen convenientes y que, en caso de admisión, el tribunal valorará para tomar una decisión.¹⁵²

La prueba pericial es el medio de prueba adecuado para estos casos, pues la correcta ejecución de las operaciones de cuantificación requiere unos conocimientos técnicos y específicos. La parte interesada, con la información que obra a su disposición o con la que pueda obtener de la otra parte mediante una solicitud de acceso a fuentes de prueba¹⁵³, deberá aportar el dictamen con su escrito procesal¹⁵⁴ o, si no fuera posible, antes de la audiencia previa o la vista¹⁵⁵.

En estos casos, los dictámenes económicos aportados por las partes adolecerán siempre de la falta de certeza por el desconocimiento de cuál habría sido la evolución exacta del mercado si la competencia no

2014/104/UE: *proyecto Europeo "Training of National Judges in EU Competition Law"*, Tirant lo Blanch, p. 275.

¹⁵¹ Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), "Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia", en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre el Derecho, p. 594 y 606.

¹⁵² Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), "La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto", cit., p. 158.

¹⁵³ Esta solicitud de acceso a fuentes de prueba para la exhibición de documentación está prevista en los artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC y son fruto de la transposición de la Directiva 2014/104.

¹⁵⁴ Art. 336 LEC.

¹⁵⁵ Art. 337 LEC.

hubiese sido falseada y se expresarán en términos de probabilidad¹⁵⁶. Este es el principal escollo en su elaboración. La segunda dificultad a la que se enfrentan los expertos es el acceso a información relevante para la cuantificación por la asimetría de la posición de las partes y la posible protección adicional si la demandada es beneficiaria del programa de clemencia y la ha facilitado durante la investigación¹⁵⁷. A pesar de ello, deben presentar una valoración del daño lo más objetiva posible.¹⁵⁸

Los criterios de las pruebas periciales en este tipo de pretensiones están recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013¹⁵⁹ del cártel del azúcar.

Los dictámenes de los expertos deben partir de “bases correctas (...) y [utilizar] un método razonable”¹⁶⁰. El Tribunal Supremo estima que serán razonables aquellos métodos de cuantificación que respalde la ciencia económica y que los tribunales hayan aceptado. Los informes han de presentar “una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”¹⁶¹. Este será el criterio de valoración principal de los tribunales, sin perjuicio de tomar en consideración también las posibilidades reales de la obtención de los datos con los que elaborarlo para atenuar el rigor exigido.

¹⁵⁶ Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, cit., pp. 159-160

¹⁵⁷ Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, cit., pp. 159-160.

¹⁵⁸ Art. 335.2 LEC.

¹⁵⁹ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre (MP: Rafael Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2013:5819), FD 7.

¹⁶⁰ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 7.2.

¹⁶¹ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 7.3.

Se exige lo mismo a la prueba pericial de la demandada. Como la estimación del *petitum* de la causante del daño significa la ausencia de resarcimiento de las víctimas, la impunidad de la conducta infractora y el mantenimiento de los frutos de la infracción en su patrimonio, no será admisible que su informe se limite poner en cuestión la cuantificación del perjudicado: deberá, también, aportar una “alternativa mejor fundada”¹⁶². Esta es una de las principales críticas efectuadas a los informes de las infractoras que han justificado que las infracciones fueron inocuas para sus clientes tanto en la litigación por daños causados por el cártel de los sobres y de los camiones.¹⁶³

Cometer un ilícito del que pueden presumirse daños a otros operadores en el mercado, además de falsear la competencia, permite tildar de inaceptable una posición eminentemente pasiva y destructiva de la parte demandada, máxime cuando dispone de información para presentar una cuantificación alternativa. No se trata, por tanto, de una inversión de la carga de la prueba, sino de una decisión para preservar la efectividad del derecho de las víctimas de un cártel a ser reparadas.¹⁶⁴

¹⁶² STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 7.3.

¹⁶³ Para el cártel de los sobres, ver los siguientes ejemplos: SSAP Barcelona 64/2020, de 13 de enero (MP: Juan Francisco Garnica Martín, ECLI:ES:APB:2020:60), FD 7; y 66/2020, de 13 de enero (MP: José María Fernández Seijo, ECLI:ES:APB:2020:698), FD 6; y SSAP Madrid 63/2020, de 3 de febrero (MP: Gregorio Plaza González, ECLI:ES:APM:2020:1), FD 21; y 64/2020, de 3 de febrero, FD 7. Las siguientes sentencias ilustran esta crítica en la litigación derivada del cártel de los camiones: SAP Valencia 1723/2019, de 20 de diciembre (MP: Purificación Martorell Zulueta, ECLI:ES:APV:2019:5941), FD 8; SAP Oviedo 21/2021, de 19 de enero (MP: Miguel Juan Covián Regales, ECLI:ES:APO:2021:20), FD 4; y SAP Zaragoza 118/2021, de 4 de febrero (MP: Alfonso María Martínez Areso, ECLI:ES:APZ:2021:154), FD 7.

¹⁶⁴ “No se está imponiendo a las demandadas la carga de demostrar que no ha habido sobreprecio en el caso concreto, sino que se trata de preservar un equilibrio que conduzca a una solución acorde con el principio de efectividad característico del Derecho de la Unión y con el de reparación efectiva del daño que nuestro derecho siempre ha proclamado. En ausencia de prueba la demanda deberá ser desestimada,

3.2. La estimación judicial del perjuicio

Los tribunales deben valorar los informes periciales aportados por las partes para decidir si les convence alguna de las cuantificaciones propuestas. Para ello, las analizan partiendo de que son estimaciones imprecisas y a la luz del resto de pruebas que obran a su disposición.¹⁶⁵ Si encuentran una cuantificación razonable¹⁶⁶ y convincente, la pericial aportada será suficiente y la estimación judicial del perjuicio no será necesaria, porque ya podrán poner fin al procedimiento con una sentencia estimatoria o desestimatoria.¹⁶⁷

porque es el perjudicado el que corre con la carga de demostrar el daño y su importe”, SAP A Coruña 42/2021, de 8 de febrero (MP: Pablo Sócrates González-Carrero Fojón, ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6. Esta sentencia resolvió un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia contra una integrante del cártel de los camiones.

¹⁶⁵ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020d), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (I)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacendederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones> (última consulta: el 10 de abril de 2021).

¹⁶⁶ “Se comparte en este punto la mayoritaria línea jurisprudencial que parte de la premisa de que, presumida ya la existencia de esos daños, el actor no debe esforzarse en probar su efectiva producción: le basta con cuantificarlos de manera razonable”, SJM Tarragona 13/2021, de 19 de febrero (MP: Cesar Amabilio Suárez Vázquez, ECLI:ES:JMT:2021:368), FD 6.

¹⁶⁷ Se estimaron íntegramente las demandas sin acudir a la estimación judicial, entre otras, en los casos de la SJM 3 Valencia de 30 de diciembre de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:1265) y la SJPII 1 Cáceres 19/2020, de 6 de febrero (MP: Guillermo Romero García-Mora, ECLI:ES:JPII:2020:1), confirmada por la SAP Cáceres 904/2020, de 12 de noviembre (MP: Antonio María González Floriano, ECLI:ES:APCC:2020:1072). La Audiencia Provincial, en el Fundamento de Derecho 10 de su sentencia, presenta el informe pericial de la actora como uno que “goza del suficiente rigor técnico” y que, por ello, no es problemático que el juez de instancia fundamente en él su decisión. En otra pretensión de daños causados por el mismo cártel que había sido desestimada en primera instancia, la misma Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida y estimó íntegramente una demanda en apelación por entender que el informe de la demandante “es cualitativamente claro y transparente, fundado, y no resulta refutado por el presentado de adverso”, SAP Cáceres 926/2020, de 19 de noviembre (MP: María Luz Charco Gómez, ECLI:ES:APCC:2020:1135), FD 6.

Si ninguna de las valoraciones del daño permite al tribunal formar su convicción respecto a cuál es el daño sufrido, examinará cuál ha sido la actividad probatoria ejercida por las partes para decidir cómo proceder. El tribunal desestimaré la demanda si la víctima demandante ha sido negligente y, a pesar de acreditar la concurrencia del resto de elementos de la pretensión, no ha ofrecido una cuantificación del perjuicio¹⁶⁸. La estimación judicial no opera en supuestos de “insuficiencia probatoria absoluta, o desatención flagrante de la carga de la prueba, [ni es] un incumplimiento por el juez de las reglas de distribución de dicha carga en supuestos de insuficiencia probatoria”¹⁶⁹.

También desestimaré la demanda si la demandada ha presentado una cuantificación convincente. Para ello, deberá partir de una base razonable y presentar una hipótesis bien fundamentada sobre la ausencia de efectos de la infracción sobre la demandante en concreto.

¹⁶⁸ En algún caso, se ha penalizado a la parte que no ha mejorado el informe pericial falto de solvencia a pesar de tener la oportunidad para ello al tener acceso a los datos de la demandada, ver SJM 3 Valencia de 10 de diciembre de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:4122), FD 6. En este caso, la infractora ofreció a la víctima demandante acceder a la información que había utilizado para elaborar su informe pericial, pero esta última rechazó la posibilidad. Por ello, a pesar de aplicar la presunción de daños *ex re ipsa*, este comportamiento de la demandante no permite llevar a cabo una estimación judicial porque, a juicio del magistrado, la oferta eliminó la dificultad probatoria existente. Esta resolución fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente la demanda, porque consideró que, a pesar de esta quiebra aparente de la dificultad probatoria y la asimetría informativa, el informe presentado permitía la estimación judicial del perjuicio, SAP Valencia 1284/2020, de 17 de noviembre (MP: Purificación Martorell Zulueta, ECLI:ES:APV:2020:4230), FD 6.

¹⁶⁹ SAP Pontevedra 706/2020, de 23 de diciembre (MP: Jacinto José Pérez Benitez, ECLI:ES:APPO:2020:2319), FD 8 (apartado 34).

Si las partes han sido diligentes y han cumplido con su carga probatoria¹⁷⁰, a pesar de no convencer al tribunal, podrá operar la estimación judicial.

Esta facultad está recogida en el art. 76.2 LDC para la cuantificación del daño alegado por la demandante y en el 78.2 LDC para calcular la cuota del sobre coste repercutida aguas abajo.¹⁷¹ En sendos casos, se requiere la previa acreditación del daño o de la repercusión y que la valoración económica en sí sea prácticamente imposible o excesivamente difícil, ya sea por el perjuicio en sí o por la actuación de la parte contraria¹⁷².

La estimación judicial, por tanto, es un requisito de la efectividad del derecho al pleno resarcimiento de las víctimas de las infracciones del derecho de la competencia. Su empleo para evitar una desestimación por la inherente dificultad de valorar el perjuicio, no obstante, debe ser cauteloso y subsidiario.¹⁷³

¹⁷⁰ Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 317 (Julio-Septiembre 2020) (versión electrónica consultada en octubre de 2020).

¹⁷¹ La diferencia principal entre la redacción de las dos disposiciones es la inclusión de “con arreglo a derecho” cuando se trata de la cuantificación del sobre coste repercutido y esto ha llevado a considerar que es una exclusión de la posibilidad de estimarlo acudiendo a criterios de equidad, Juan Ignacio RUIZ PERIS (2019), “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Aranzadi, pp. 47-50.

¹⁷² Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (versión electrónica consultada en octubre de 2020).

¹⁷³ SAP Barcelona 45/2020, de 10 de enero (MP: José María Ribelles Arellano, ECLI:ES:APB:2020:58), FD 7; y SAP Madrid 63/2020, de 3 de febrero, FD 20. En la doctrina, Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (versión electrónica consultada en octubre de 2020); y Fernando Díez ESTELLA (2021), “Acciones resarcitorias antitrust y el cártel de los fabricantes de los camiones: a vueltas con la cuantificación y estimación judicial del daño”, *Almacén*

Llevar a cabo una cuantificación requiere apartarse de los dictámenes periciales aportados por las partes. El tribunal debe, para ello, “razonar los motivos por los que no acepta las conclusiones del experto”¹⁷⁴. Las causas pueden estar relacionadas con las bases sobre las que se fundamenta la cuantificación, las conclusiones propuestas, la adecuación del perfil del perito, su credibilidad a tenor de las intervenciones en el juicio¹⁷⁵.

Justificado el rechazo a los informes, el tribunal elaborará su propia cuantificación con los medios que tenga a su alcance. Para evitar caer en la arbitrariedad, que es el límite que no puede sobrepasar el órgano jurisdiccional en su estimación¹⁷⁶, o adoptar soluciones salomónicas¹⁷⁷, los órganos jurisdiccionales recurren a informes económicos encargados por la Comisión Europea, artículos doctrinales y a resoluciones judiciales del mismo Estado o de otros que resuelvan

de Derecho, 1 de marzo de 2021, <https://almacenederecho.org/acciones-resarcitorias-antitrust-y-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-a-vueltas-con-la-cuantificacion-y-estimacion-judicial-del-dano> (última consulta: 10 de abril de 2021).

¹⁷⁴ Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, cit., p. 167.

¹⁷⁵ A modo de ejemplo, un error de bulto en el informe pericial, la renuncia de la parte a que compareciera su propio perito para explicar y aclarar su dictamen y la inadecuación del método de cuantificación fueron algunos motivos que llevaron al tribunal a rechazar las conclusiones de la prueba pericial de la demandante, ver SAP Madrid 64/2020, de 3 de febrero, FD 7.

¹⁷⁶ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020e), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (II)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones> (última consulta: el 10 de abril de 2021). Para reducir el ámbito de la discrecionalidad judicial en este aspecto, algunos Estados miembro han optado por incluir una presunción *iuris tantum* de que el sobrecoste es de un determinado porcentaje, Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (versión electrónica consultada en octubre de 2020).

¹⁷⁷ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 7.

pretensiones indemnizatorias por daños causados por la misma infracción para formar su criterio.¹⁷⁸ Con todo ello, el tribunal prepara una cuantificación “prudente, razonable [y que satisfaga] el derecho del lesionado a ser resarcido en alguna medida”¹⁷⁹.

Uno de los efectos, o peligros, de la masividad de la litigación y que los órganos jurisdiccionales acudan a los mismos medios para estimar el daño son las “anclas estimatorias”¹⁸⁰: los tribunales emiten juicios posteriores a la luz de las primeras sentencias estimatorias¹⁸¹. Así, el cálculo del efecto del cártel, en concreto, del sobrecoste se homogeneiza¹⁸² y, en cierto modo, las sentencias pueden estandarizarse¹⁸³. A pesar de que esta situación favorece la

¹⁷⁸ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020f), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (y III)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones-y-iii> (última consulta: el 10 de abril de 2021).

¹⁷⁹ Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (versión electrónica consultada en octubre de 2020).

¹⁸⁰ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020e), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (II)”, cit.

¹⁸¹ “El sesgo de anclaje describe la tendencia humana común a confiar demasiado en la primera información que se ofrece («el ancla»), al tomar una decisión. Durante la adopción de decisiones, el anclaje se produce cuando las personas utilizan un elemento de información inicial para emitir juicios posteriores. Una vez que se echa el ancla, se hacen otros juicios ajustándose no lejos de esa ancla.”, Ignacio SANCHO GARGALLO (2020), “*Judge craft*: el oficio o arte de juzgar”, *InDret* 4.2020, p. 456.

¹⁸² Esta homogeneización ha provocado que la mayoría de sentencias dictadas en apelación hayan estimado el daño sufrido en un 5%, si bien existen casos de estimación íntegra de la cuantía demandada o de valoración judicial en un porcentaje superior, Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020d), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (I)”, cit.

¹⁸³ “En primer lugar, que el caso concreto se ve engullido por los grandes datos, y esto se ve reflejado en el argumentario de las partes, donde la mercantil CRISTOBAL VILLANUEVA, SL y los concretos camiones que nos ocupan (matrículas matrículaNGX ,RRR ,HFH ,KWY ,DQG yXHW) no son más que nombres y matrículas que pueden sustituirse por cualquier otro sin que en nada afecte a lo dicho por las partes y por los peritos. Ello, repito, se observa ya en las redacciones de las demandas y en las contestaciones, totalmente estandarizadas, lo cual a su vez tiene lógica consecuencia en que las resoluciones judiciales se vuelvan igualmente

compensación de las víctimas, ignora las especificidades de cada caso concreto, aunque sea en el marco de la misma infracción, y puede parecer arbitraria.¹⁸⁴

3.3. Métodos de cuantificación

Los cárteles reducen la intensidad de la competencia entre empresas en el mercado y tienen como principal efecto el incremento del precio del producto ofrecido.¹⁸⁵ Esto se traduce en una transferencia de riqueza de los compradores a los cartelistas y, a la vez, en una pérdida de eficiencia por los productos que no se pondrán en el mercado o que, ofertados, no se venderán por el precio supracompetitivo.¹⁸⁶ La transferencia patrimonial es el daño que sufren los clientes de los cartelistas y, en caso de repercusión a un mercado subsiguiente, los clientes de estos últimos. Este perjuicio se corresponde con el daño emergente, que es la diferencia entre el sobrecoste soportado y el sobrecoste repercutido, y el lucro cesante de la infracción. El daño, por tanto, puede caracterizarse así:

estandarizadas, lo que debería abonar el terreno para que las partes pudieran llegar a acuerdos.”, SJPII 1 Teruel 18/2021, de 15 de febrero (MP: Juan José Cortés Hidalgo, ECLI:ES:JPII:2021:3), FD 3.

¹⁸⁴ Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020f), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (y III)”, cit.. La doctrina económica también parece rechazar las presunciones de un porcentaje de sobrecoste como forma de homogeneizar el daño emergente porque “no existe un sobreprecio “típico”” y, en este sentido, podrían rechazar también este efecto que se está produciendo en la litigación civil derivada del cártel de los camiones, Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia”, cit., pp. 628-629.

¹⁸⁵ Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, en David Ashton, *Competition Damages Actions in the EU. Law and Practice*, 2ª ed., Edward Elgar, p. 404.

¹⁸⁶ Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, cit., p. 405-406.

$$\text{Perjuicio} = \text{sobrecoste soportado} - \text{sobrecoste repercutido} + \text{lucro cesante}$$

En función de quién sea la persona que ejerza la pretensión y de sus intereses, la cuantificación se limitará al sobrecoste o presentará una valoración económica de la totalidad del perjuicio.

En este apartado, se explicarán los métodos de cuantificación propuestos por la Comisión Europea¹⁸⁷ para los tres elementos y que integran los descritos por el Tribunal Supremo como “método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países”¹⁸⁸. Cabe destacar que la lista presentada aquí no es exhaustiva, igual que tampoco lo es en la Guía Práctica y en las Directrices ofrecidas por la Comisión.¹⁸⁹

Mientras algunos son específicos para valorar alguno de los efectos de la infracción en concreto, otros permiten llevar a cabo una cuantificación secuencial de todos ellos. Primero, el sobrecoste o efecto precio, esto es, la diferencia entre el precio pagado por un producto en el mercado afectado por la infracción del derecho de la competencia y el precio que se habría abonado si las reglas del mercado no se hubieran

¹⁸⁷ Para la cuantificación del sobrecoste, COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartados 26 y siguientes; y, para la cuantificación del sobrecoste repercutido y el lucro cesante, COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, DO C 267 de 9.8.2019.

¹⁸⁸ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 7.2.

¹⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartado 119.

visto distorsionadas. A continuación, la cuota repercutida: la parte del sobrecoste que el comprador directo ha podido trasladar a sus propios clientes mediante el incremento del precio de venta de su producto o servicio. Finalmente, el efecto volumen¹⁹⁰ consecuencia de la repercusión o las ventas que no se han llevado a cabo como consecuencia del incremento de precios para reducir el impacto del sobrecoste.

a. Métodos comparativos

Con los métodos comparativos¹⁹¹ se construye el escenario contrafactual utilizando datos de mercados que, por razones geográficas

¹⁹⁰ La Comisión identifica pocos casos donde se haya calculado el efecto volumen consecuencia de un cártel. En las Directrices puede encontrarse un ejemplo de Dinamarca donde se utiliza el enfoque de la elasticidad: la sentencia del *Sø- og Handelsretten* (Alto Tribunal Marítimo y Mercantil de Dinamarca) de 15 de enero de 2015, *Cheminova A/S contra Akzo Nobel Functional Chemicals BV y otros*, en COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., recuadro 12.

¹⁹¹ Para el sobrecoste, COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartados 32-95; y para el sobrecoste repercutido y el lucro cesante, COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 85-119 y 139-145.

Este método es el más utilizado y recomendado para cuantificar los daños, Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia”, cit., p. 618. Evidencia empírica reciente confirma esta afirmación: es el más utilizado por las partes en la litigación para compensar los perjuicios causados por el cártel de los sobres de papel donde sólo una empresa infractora ha usado como método alternativo el cálculo basado en costes (por todas, SAP Barcelona 64/2020, de 13 de enero, FD 6). En las sentencias que resuelven acciones indemnizatorias contra las empresas que formaron el cártel de los camiones se han identificado dos informes: por un lado, aquellos informes que parten de documentos académicos y estadísticos que no cuantifican en el caso concreto (por todas, SAP Girona 39/2021, de 27 de enero (MP: Nuria Lefort Ruiz de Aguiar, ECLI:ES:APGI:2021:58), FD 6); por otro lado, dictámenes periciales que aplican métodos comparativos (para su uso por parte de la demandante, SAP Oviedo 21/2021, de 19 de enero, FD 4; y por parte de la demandada, SJM 14 Madrid 63/2021, de 26 de marzo (MP: Carmen González Suárez, ECLI:ES:JMM:2021:328), FD 7).

o temporales, son distintos del afectado por la infracción, y que, por sus características, pueden considerarse representativos de qué hubiera ocurrido sin la infracción. En función de las necesidades de la parte, pueden utilizarse datos de todo el mercado completo o de un fragmento específico. Si la información está a disposición de las partes, es el preferido porque cuantifica a partir de información real.¹⁹² Este método permite calcular secuencialmente el sobrecoste, la cuota repercutida y el efecto volumen.

El primer método comparativo es la comparación diacrónica y “consiste en comparar la situación real durante el periodo en el que se produjo la infracción con la situación en el mismo mercado antes de que la infracción produjera efectos o después de que hubieran cesado”¹⁹³. En función de los datos disponibles y la propia evolución del mercado, podrá compararse con la situación en cualquiera de los dos momentos (antes o después) o comparar la evolución tanto en el mercado pre-infracción como el post-infracción.

El segundo es el método *yardstick* y consiste en comparar el mercado afectado con un mercado geográfico o de producto diferente, pero que comparten características competitivas, estructurales y de funcionamiento y que no está afectado directa o indirectamente por ninguna infracción.¹⁹⁴ En los dos casos, si no son completamente

¹⁹² COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 120.

¹⁹³ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartado 38.

¹⁹⁴ Elena Cristina TUDOR (2016), *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, Wolters Kluwer, pp. 328-333; Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, cit., p. 437.

similares, es relevante que sean semejantes las circunstancias de las empresas que se encuentran en la misma posición que la que solicita la indemnización.

El tercero es una combinación de los anteriores: se conoce como “método de la “diferencia en la diferencia””¹⁹⁵ y examina la evolución de una variable en el mercado afectado por la infracción (comparación diacrónica) y la compara con la evolución en un mercado comparable y no afectado por la infracción (comparación geográfica o de producto) durante el mismo periodo de tiempo (comparación diacrónica también en el segundo mercado). El uso de este método requiere tener una cantidad superior de datos y partir de ciertas asunciones, como que los dos mercados se hubieran comportado de la misma forma si el cártel no hubiera existido.¹⁹⁶ La consecuencia, no obstante, es obtener una comparación y cuantificación más precisa que permite eliminar la influencia que otros acontecimientos desvinculados del cártel han podido tener sobre el precio en el mercado y se hayan atribuido a la infracción.¹⁹⁷

Elaborado el mercado contrafactual, puede llevarse a cabo la comparación directamente, sin perjuicio de ajustes menores, o pueden utilizarse análisis de regresión aplicando técnicas econométricas. Estos ajustes son necesarios para corregir aquellas circunstancias que han

¹⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartado 56.

¹⁹⁶ Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, cit., pp. 438-439.

¹⁹⁷ Elena Cristina TUDOR (2016), *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos...*, cit., pp. 343-344.

afectado al mercado, pero que la técnica comparativa utilizada puede no haber detectado, al asumir que el mercado se ha mantenido estático y libre de los efectos de otros acontecimientos.¹⁹⁸ Esto confirmará si los incrementos de los precios en el mercado subsiguiente están causalmente relacionados con la infracción. También podrá ajustarse el resultado a la luz de la información cualitativa a disposición de las partes, como serían las políticas de precios, previa confirmación de su efectiva puesta en práctica.¹⁹⁹ Así, se podrán estimar el precio sin infracción, el efecto precio, la cuota repercutida y el efecto volumen con mayor precisión.

A pesar de su uso, debe reconocerse que los métodos comparativos no son infalibles. Primero, no siempre es sencillo determinar el periodo de vigencia de la infracción y, en concreto, el momento de su cese, especialmente si sus efectos pueden extenderse en el tiempo a pesar de haber sido detectada y, supuestamente, finalizada.²⁰⁰ Segundo, identificar un mercado geográfico o de producto comparable no es tarea fácil por las variables a tener en cuenta, como que no esté afectado por la misma infracción o que la situación competitiva y la posición de las empresas equivalentes a la demandante sean similares.²⁰¹ Tercero, la cantidad de datos necesarios para elaborar que el mercado contrafactual

¹⁹⁸ Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia”, cit., pp. 609-611. COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 143.

¹⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 107-110.

²⁰⁰ Elena Cristina TUDOR (2016), *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos...*, cit., p. 352.

²⁰¹ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 144-145.

elaborado sea considerado relevante y realmente comparable. Cuarto, sin un ajuste posterior, los resultados del mercado comparativo pueden omitir los efectos en el mercado de acontecimientos ajenos a la infracción y ofrecer un sobreprecio inadecuado.²⁰²

b. Simulación del mercado

La simulación del mercado sin infracción es uno de los modelos no comparativos propuestos por la Comisión.²⁰³ Este método parte de la elaboración de un modelo económico para simular cómo sería el mercado sin la infracción, cómo habrían interactuado las empresas y, en función del diseño de la intensidad competitiva, cuáles serían los precios de los productos o servicios y los costes a los que tendrían que hacer frente la demandante si hubiera operado en ese mercado.²⁰⁴ Este método permite estimar secuencialmente los efectos precio y volumen y el grado de repercusión.

El paso previo y relevante para su credibilidad es la semejanza del modelo elaborado con la realidad, pues debe imitar “los principales factores que influyen en la oferta (...) y las condiciones de la demanda”²⁰⁵. Asimismo, también será importante para la robustez del

²⁰² Simon BISHOP y Mike WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, p. 704.

²⁰³ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartados 97-105; y COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 132-133.

²⁰⁴ Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia”, cit., p. 611.

²⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartado 101.

resultado cuáles son las asunciones llevadas a cabo para justificar el desarrollo del mercado sin infracción.

El principal reto de este método es la obtención de los datos para la elaboración de una simulación fiel. Muchos y muy específicos son necesarios para que el modelo tenga las características del mercado original.²⁰⁶ En otro caso, los resultados serán poco robustos y la estimación, poco creíble. En lo que respecta a la valoración del sobrecoste repercutido y del efecto volumen, en ausencia de datos del mercado relevante, especialmente de los precios que podrían haberse fijado, la cuantificación que proporcione este método “se basa en supuestos sobre el comportamiento de las empresas y los consumidores, que pueden ser aventurados y difíciles de validar”²⁰⁷, circunstancia que puede tornar menos sólida cualquier estimación.

c. Métodos basados en costes y en información financiera

El método basado en los costes²⁰⁸ consiste en “utilizar alguna medida de los costes de producción por unidad y añadirle un margen por el

²⁰⁶ Simon BISHOP y Mike WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law...*, cit., p. 708.

²⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 133.

²⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartados 106-113. Este método lo utiliza una infractora demandada en la litigación del cártel de los sobres de papel, pero su efectividad para calcular el sobrecoste sufrido se pone en entredicho porque el informe concluye que la infracción no tuvo efectos relevantes en los precios, ver SAP Barcelona 66/2020, de 13 de enero, FD 6.

beneficio que habría sido «razonable» en el escenario sin infracción»²⁰⁹. Para ello, es necesario contar con información precisa de los costes de la empresa en la época anterior²¹⁰ para estimar cuáles habrían sido en la época del cártel, pero sin la infracción, y de la situación del sector en el momento temporal relevante. El problema fundamental de este método es su construcción sobre la idea de que los precios siempre se alinean con los costes.²¹¹

Los métodos basados en la información financiera²¹² de la empresa parten de que los beneficios y, sobre todo, las pérdidas consecuencia de un ilícito concurrencial se reflejarán en la situación financiera de la empresa.²¹³ Una vez se valora la rentabilidad de la empresa en el escenario con el cártel, la parte debe evaluar cuál habría sido si la infracción no se hubiera producido. El principal escollo de este método es obtener la información necesaria para elaborar la cuantificación alternativa.

²⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartado 107.

²¹⁰ Si esa información se desconoce, es posible estimarla, si bien deberán hacerse las asunciones correctas sobre la situación del mercado para salvaguardar la robustez de la cuantificación del daño, Simon BISHOP y Mike WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law...*, cit., p. 707.

²¹¹ Este y otros problemas están desarrollados en Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia”, cit., pp. 613-614.

²¹² COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., apartados 114-118.

²¹³ Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, cit., p. 442.

d. Método de la proporción de repercusión

El método de la proporción de repercusión²¹⁴ analiza la influencia que otras variaciones en los costes de la empresa víctima del cártel han tenido en sus precios en un periodo de tiempo distinto a la infracción.²¹⁵ La premisa de este método es que la repercusión tiene siempre la misma proporción independientemente de la relevancia del coste afectado en los precios.

Una flaqueza de este método es, precisamente, esa premisa: no todas las variaciones en los costes que compongan el coste marginal afectarán al precio. En efecto, depende de la importancia relativa del insumo como componente del precio, de los costes que tendría que asumir al ajustar el precio y de la política comercial de quien soporta el sobrecoste y debe decidir si lo repercute.

Un inconveniente de este método es que permite constatar si la empresa tiene la posibilidad de repercutir este y otros costes, pero no si ha ocurrido efectivamente ni, en su caso, en qué medida: asume que, si podía hacerse, se repercutió sobre el mercado subsiguiente.²¹⁶ Otra desventaja es que puede no tomar en consideración aquellos insumos completamente repercutidos que, por su proporción, no tienen reflejo

²¹⁴ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 120-131.

²¹⁵ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 121.

²¹⁶ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 122-123.

en el precio²¹⁷, ni tiene en cuenta si la variación se debió a un factor exógeno a la infracción.

e. Enfoque de la elasticidad

El enfoque de la elasticidad²¹⁸ permite calcular el lucro cesante “mediante la combinación del aumento de los precios observado como consecuencia del efecto precio relacionado con la repercusión con una estimación de la sensibilidad al precio de la demanda pertinente”²¹⁹.

La elasticidad de la demanda determinará cómo se puede ver afectado el volumen de ventas ante un cambio en el precio del producto en el mercado relevante. Con este método, se evalúa el efecto de la repercusión sobre los precios y la sensibilidad de la demanda. Mediante la multiplicación del margen contrafáctico por el volumen perdido, se encuentra el lucro cesante.²²⁰

El principal reto de este método es la necesidad de datos específicos para hallar este margen y que el demandante puede no disponer de ellos. También es arriesgado usar en su lugar estudios de mercado o

²¹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 124-127.

²¹⁸ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 146-152.

²¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 146.

²²⁰ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 147.

documentos internos, pues pueden presentar un mercado diferente al real si no están actualizados.²²¹

²²¹ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 151.

Capítulo tercero. La repercusión del sobrecoste: definición y marco legal y jurisprudencial español

Hasta ahora, se ha estudiado que los ilícitos concurrenciales, concretamente los cárteles, provocan la venta de productos o prestación de servicios a un precio superior al competitivo y que la diferencia entre el precio de venta con y sin infracción se conoce como sobrecoste. Los clientes de los infractores, los compradores directos, sufren como consecuencia del ilícito, como mínimo, un perjuicio clasificable en daño emergente, identificado con el sobrecoste absorbido por el comprador directo, y el lucro cesante, o la pérdida de ventas causada por el incremento de sus propios precios. Este fenómeno se conoce como repercusión del sobrecoste.

En España, al igual que en otros Estados miembro de la Unión Europea, hasta la aprobación y transposición de la Directiva 2014/104, la repercusión de un perjuicio no encontraba su reflejo en un precepto normativo. Era tomada en cuenta, en su caso, en aplicación de los principios del derecho nacional de daños o del derecho privado en general y había sido reconocida en situación que podían considerarse como análogas.

En este capítulo, se trata de identificar cuándo puede repercutirse un sobrecoste y cuál es el marco regulatorio y jurisprudencial que regula los efectos de este fenómeno en las pretensiones de daños y perjuicios. Primero, se observan este fenómeno desde un punto de vista fáctico y económico y los elementos y circunstancias del mercado que lo

favorecen. Segundo, se estudia el tratamiento legal y jurisprudencial que tiene en España en pretensiones indemnizatorias y restitutorias.

I. Repercusión de sobrecostes: definiciones

1. Una definición de repercusión de sobrecostes

La fijación del precio de un bien o un servicio no es tarea fácil. Las empresas deben tener en cuenta los diferentes costes de producción, su posición, el nivel y la ferocidad de la competencia en el mercado. También toman en consideración la elasticidad de la demanda de su producto, su reputación, su relación con otros productos y la existencia de productos sustitutos. Finalmente, no pueden menospreciar el poder negociador de los compradores o la situación en el mercado “aguas abajo”²²².

De los diferentes elementos señalados, el coste del producto es el más influyente en la fijación del precio.²²³ Prueba de ello es que, en un mercado de competencia perfecta, el precio del producto será equivalente al coste de producción de cada unidad, esencialmente a los costes variables.

²²² El mercado “aguas abajo” o “mercado subsiguiente” es aquel situado por debajo del eslabón relevante en la cadena de producción. El Tribunal Supremo utilizó este término en la sentencia del cartel del azúcar: la STS, 1ª, 651/2013 de 7 noviembre.

²²³ Como regla general, una empresa ajustará sus precios para intentar compensar un cambio en sus costes. Benoît DURAND y Iestyn WILLIAMS (2017), “The importance of accounting for passing-on when calculating damages that result from infringement of competition law”, *ERA Forum* (2017) Vol. 18, p. 89.

Ante un incremento en los costes, las empresas tienen cuatro opciones²²⁴:

1. Absorber el coste. La empresa lo asumirá y no cambiará el precio de su producto.
2. Incrementar la inversión en el producto. El precio de venta no cambiará, pero la empresa invertirá más en los departamentos relevantes para aumentar el número de ventas y compensar el cambio en los costes.
3. Reducción de presupuesto en otras partidas. El precio del producto se mantendrá, pero la empresa reducirá su presupuesto en otros extremos y renegociará otros costes para reducir las consecuencias del cambio. Esto se conoce como *pass-back*.
4. Repercutir el sobrecoste. La empresa aumentará el precio del producto con la finalidad de compensar el incremento sufrido al trasladarlo al mercado subsiguiente o “aguas abajo”. En función de las condiciones de mercado, esta opción puede causar una reducción de las ventas. Esto se conoce como *pass-on*.

En un sentido amplio y desde un punto de vista económico, la repercusión es la decisión de la empresa de trasladar el incremento en los costes a una tercera persona con el objetivo de evitar sufrirlo ella misma. Por tanto, las opciones tercera y cuarta serían las únicas que

²²⁴ Estas opciones están presentadas de forma similar en la sentencia del *US Supreme Court* *Hanover Shoe v United Machinery Corp*, 392 US 481 (1968) en 489; y en la sentencia del *Competition Appeal Tribunal* (Reino Unido) *Sainsbury’s Supermarket Ltd. v MasterCard Incorporated and others*, [2016] CAT 11, en el párrafo 434.

encajarían en esta definición. La cuarta, si es consecuencia de una infracción que perjudicó a la empresa que traslada el sobrecoste al mercado subsiguiente, afecta al daño sufrido, pues implicará una reducción del daño emergente, esto es, el efecto precio, y, en función de las características del mercado, un incremento del lucro cesante por ventas perdidas.

El dotar de relevancia legal a la repercusión del sobrecoste tiene un efecto doble sobre la configuración de las pretensiones indemnizatorias por daños causados por ilícitos concurrenciales.

Primero, ante una pretensión ejercida por alguien que no es un consumidor final, la empresa infractora demandada podrá alegar que la indemnización solicitada no se adecúa al daño efectivamente sufrido porque una parte del sobrecoste causado por la infracción, o su totalidad, ha sido trasladado a sus clientes. Este uso defensivo es la excepción de repercusión del sobrecoste, defensa basada en la repercusión del sobrecoste o *passing-on defence*.²²⁵

Segundo, la difusión y dispersión del sobrecoste a lo largo de la cadena de producción y los mercados afectados incrementa el número de perjudicados. Como todos ellos han sufrido un menoscabo patrimonial

²²⁵ OXERA (2007), *Passing the buck: the passing-on defence in cartel damages claims*, OXERA Agenda, p. 1; OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 16 y 116 y ss.; OCDE (2011a), *Roundtable on the quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*, DAF/COMP(2011)1, p. 5 y ss.; OCDE (2011b), *Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*, DAF/COMP(2011)25, p. 24 y ss.; RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications*, Report prepared for the Office of Fair Trading, p. 35; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, final report for the European Commission, p. 6. También se conoce en inglés como “passing-on as a shield”.

causado por la infracción, tienen también una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios contra la infractora. Esta concesión de legitimación activa es el llamado uso ofensivo de la repercusión del sobrecoste.²²⁶

2. Aspectos económicos de la repercusión de sobrecostes

La decisión de repercutir no puede tomarse a la ligera. Aunque las empresas sean agentes racionales y puede esperarse que ajusten sus precios para mantener, o incrementar, los beneficios²²⁷, deben evaluar sus propias circunstancias para saber qué opción es la más adecuada. En caso de optar por repercutir, deben tener en cuenta también la medida en que lo van a hacer, que puede limitarse al sobrecoste soportado o, incluso, incrementarlo en mayor proporción²²⁸. A continuación, se resaltarán aquellos más relevantes cuando se analiza si la mejor decisión es repercutir el sobrecoste total o parcialmente o si, por el contrario, es más adecuado absorberlo.

En primer lugar, la naturaleza del coste afectado. Los costes de una empresa pueden dividirse en dos grupos. Los costes incurridos con independencia del nivel de producción de la empresa se conocen como

²²⁶ OCDE (2011a), *Roundtable on the quantification of harm to competition...*, cit., p. 5 y ss.; OCDE (2011b), *Quantification of harm to competition by national...*, cit., p. 24 y ss ; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 6. También se conoce en inglés como “passing-on as a sword”.

²²⁷ RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit. p. 42.

²²⁸ RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit., pp. 12 y 26.

costes fijos²²⁹ y aquellos que dependen del nivel de producción son los costes variables²³⁰. La repercusión, como regla general, está limitada a los segundos. Por su naturaleza son los únicos cuya variación puede tener incidencia en el precio a corto plazo y, por tanto, pueden verse contablemente compensados con un incremento en el precio.²³¹ Cabe también incluir en este aspecto la incidencia del coste afectado en la determinación del precio final para valorar la medida de su posible repercusión.²³²

En segundo lugar, el número de compradores afectados por el incremento del precio. Cuantos más actores en el mercado se hayan visto afectados, más probable será que trasladen el sobreprecio. En este caso, nos hallaríamos frente a un incremento a nivel general o *industry wide*. También puede afectar únicamente a un número reducido de empresas, *firm specific*, porque son los únicos clientes del cártel que provoca el sobrecoste. En este caso, la posibilidad efectiva de repercutir dependerá de la estructura del mercado afectado y del poder que detenta

²²⁹ Karl E. CASE, Ray C. FAIR y Sharon M. OSTER (2012), *Principles of Economics*, 10ª ed., Pearson, p. 200; Hal R. VARIAN (2014), *Intermediate Microeconomics: a modern approach*, W. W. Norton & Company, 9ª ed. (international student), p. 391; CORE TEAM (2017), *The Economy: economics for a changing world*, Oxford University Press, p. 275; N. Gregory MANKIW y Mark P. TAYLOR (2017), *Economía*, Paraninfo, p. 167.

²³⁰ N. Gregory MANKIW y Mark P. TAYLOR (2017) *Economía*, cit., p. 169; Hal R. VARIAN (2014), *Intermediate Microeconomics...*, cit., p. 397; Karl E. CASE, Ray C. FAIR y Sharon M. OSTER (2012), *Principles of Economics*, cit., p. 200.

²³¹ Robert COOTER (1981), “Passing on the Monopoly Overcharge: a Further Comment on Economic Theory”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 129, pp. 1523-1524; OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., pp. 120-121; RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit., p. 29; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., pp. 51-52; Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, *Columbia Law Review Forum*, Vol. 120, núm. 1, p. 20; COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 158 y ss.

²³² OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 121.

la empresa afectada, pues de ello dependerán las desventajas competitivas que supondría el incremento de sus precios.²³³

En tercer lugar, la estructura del mercado y la intensidad de la competencia. En un mercado donde la competencia sea próxima a la perfecta y el sobrecoste sea soportado a nivel general, la repercusión será, en función de la elasticidad, elevada. En cambio, si la afectación está limitada a pocas empresas, estas optarán por no ajustar los precios y absorberán el sobrecoste. Si el mercado donde se soporta el sobrecoste es monopolístico, la repercusión sería únicamente parcial. Cuando el mercado afectado por el cártel es un oligopolio, el traslado aguas abajo sería parcial o completo cuando es *industry wide*, pero pequeño o nulo cuando afecta a una o pocas empresas que integran el oligopolio. En otro caso, la repercusión daría lugar a una pérdida de posición en el mercado y de ventas que la hacen poco recomendable y que incentivan la absorción, siempre que la relevancia de la empresa en ese mercado sea pequeña.²³⁴

²³³ Frank VERBOVEN y Theon VAN DIJK (2009), “Cartel Damages Claims and the Passing-on Defence”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 57, núm. 3, pp. 465 y ss. (para sobrecostes con efectos generales) y 469 y ss. (para sobrecostes que afectan a una o pocas empresas); OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 117; RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit. pp. 12-16; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 52-53; Comisión Europea (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 181 y ss.

²³⁴ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., pp. 117-118; RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit., pp. 20-22, 26-28, 64 y 65; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., pp. 54-57; Comisión Europea (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 177 y ss.

En caso de que la empresa afectada por el sobrecoste tenga cierto poder de mercado, las empresas competidoras no afectadas podrán ajustar sus precios al alza y alinearlos con la afectada. Esto se conoce como “efecto paraguas”. Sobre este efecto y, en concreto, su relación con los daños causados por un cártel, ver, por todos, Niamh

En cuarto lugar, la elasticidad, definida como el efecto proporcional de un cambio de precio en la cantidad ofrecida²³⁵, y la sensibilidad de la elasticidad-precio de la demanda. Cuando la elasticidad es relativamente baja, la demanda es inelástica y un cambio en el precio no alterará la demanda, la probabilidad de poder repercutir es elevada. Esto puede deberse, por ejemplo, a la inexistencia de productos sustitutivos o a la esencialidad del producto en cuestión. Ahora bien, cuando la demanda es elástica y los compradores son sensibles a los precios de tal forma que dejarían de adquirir en grandes proporciones el producto en caso de ajuste al alza del precio, la posibilidad de repercutir el sobrecoste se reduce e incrementan las probabilidades de que la empresa absorba el sobrecoste.²³⁶ Por esto, también tendrán en cuenta el efecto volumen consecuencia de incrementar el precio para soportar en menor medida los cambios en los costes.²³⁷ Este es, al final, uno de los factores más relevantes y puede englobar el resto.²³⁸

En quinto lugar, el poder de la demanda. La estructura en el mercado “aguas abajo” es un elemento relevante a tener en cuenta al considerar la posibilidad de repercutir cualquier incremento en los costes. Los clientes de los compradores directos o indirectos demandantes pueden

DUNNE (2014b), “It Never Rains but It Pours: Liability for Umbrella Effects under EU Competition Law in Kone”, cit.

²³⁵ Traducción personal de: “*proportionate effect on quantity of a proportionate change in price*”. RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit., p. 53, nota 80.

²³⁶ OCDE (2011b), *Quantification of harm to competition by national...*, cit., p. 26; RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through...*, cit. p. 13

²³⁷ OCDE (2011b), *Quantification of harm to competition by national...*, cit., p. 24; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 64.

²³⁸ Prueba de ello es que el *Bundesgerichtshof* utiliza la elasticidad como criterio a tener en cuenta para analizar la posibilidad de repercutir, BGH, 28.06.2011, KZR 75/10.

tener un fuerte poder negociador debido a su propia cuota de mercado, ya sea por ser monopolista (o monopsonista) o simplemente dominante, o por la existencia de proveedores alternativos a la contraparte negociadora por la elevada competencia en su mercado o la existencia de productos sustitutivos. En esta situación, la posición del cliente podrá asegurarle buenas condiciones de compra que, probablemente, no coincidirán con las preferencias de los vendedores afectados por el sobrecoste. Por ello, como regla general, en este escenario y con una situación de oligopolio o competencia perfecta en el mercado de los vendedores, las posibilidades de que estos últimos repercutan los sobrecostes se reducen.²³⁹

Además de los anteriores, la política de determinación de los precios de las empresas afectadas por el sobrecoste es un factor relevante: es posible que los ajustes se lleven a cabo periódicamente con independencia de los cambios en sufran sus costes.²⁴⁰ Esto, sin duda, retrasaría una posible repercusión si el resto de condicionantes lo permiten. Tampoco puede desdeñarse el tipo de contratación que haya acordado con sus clientes, pues los precios determinados por cuantías fijas suelen conllevar una mayor absorción de los costes que si los precios se determinan por unidades, ya sea negociando el precio o equiparándolo al coste marginal, en cuyo caso la repercusión dependerá

²³⁹ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 121; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 61-63; COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartados 188 y ss

²⁴⁰ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 121. Henry B. MCFARLAND (2010), “The European Commission Study on Quantifying Damages and Indirect Purchasers”, *ABA International Committee – Section of Antitrust Law*, Vol. 2, p. 10.

del tipo de coste afectado.²⁴¹ No puede olvidarse que cualquier modificación en los precios tiene unos costes de ajuste que pueden retrasar la decisión de trasladar el sobrecoste soportado.²⁴²

La prolongación en el tiempo de la infracción facilita también prever si la repercusión ha sido posible. A largo plazo, incluso los costes fijos se consideran variables. La repercusión es más plausible cuando la infracción se extiende en el tiempo que cuando es de duración corta, sin perjuicio de que sus efectos puedan persistir tras su finalización.²⁴³

3. Repercusión de sobrecostes: una circunstancia no dependiente exclusivamente de la voluntad de quien repercute

A la vista de los diferentes condicionantes, puede concluirse que la repercusión del sobrecoste (*passing-on*) es una decisión de la empresa cuyos costes incrementan de modificar los suyos a su vez al alza. Esta política comercial, aunque esperable, depende tanto de factores externos, como de la propia aversión o inclinación al riesgo de la empresa.

Por ello, no se ejecutará automáticamente, sino que requerirá un análisis previo de la situación. Este parece el motivo para dos fenómenos. Por

²⁴¹ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 121; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 62.

²⁴² RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 43-44.

²⁴³ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 118.

un lado, existen estudios sobre los condicionantes de la posibilidad de repercutir, pero pocos sobre la cuota que suele repercutirse en su caso.²⁴⁴ Por otro lado, aunque existe una presunción de repercusión favorable a los compradores indirectos, esta no contiene un porcentaje de la tasa del sobrecoste que se repercute, sino que el demandante mantiene la carga de hacer los máximos esfuerzos para cuantificar la cuota soportada.²⁴⁵

II. La repercusión del sobrecoste en España: marco regulatorio y desarrollo jurisprudencial

En España, el reconocimiento legal de los efectos de la repercusión del sobrecoste llegó con la transposición de la Directiva de Daños. Jurisprudencialmente, no obstante, la excepción estaba reconocida. No se ponía en duda que tanto compradores directos como indirectos tuvieran una pretensión indemnizatoria contra los infractores gracias a la amplitud de la cláusula del art. 1902 CC, aunque los segundos no habían ejercido muchas pretensiones.

²⁴⁴ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., p. 118.

²⁴⁵ Esto no ocurre en el caso del sobrecoste causado por el cártel y soportado por los clientes de los infractores. A modo de ejemplo, OXERA identificó que el sobrecoste que suelen causar los cárteles es entre un 10% y un 20%, como puede verse en OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages...*, cit., pp. 90 y 91. Algunos Estados miembros, a la luz de esta información han determinado que, en caso de estimación judicial, el sobrecoste se estimará en un 10%, como en Hungría y Letonia, o en un 20%, como en Rumanía. COMISIÓN EUROPEA (2020), *Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, SWD(2020)338 final, 14.12.2020, p. 9.

En este apartado se estudia, primero, el contenido de los artículos 78 y 79 LDC sobre los efectos legales de la repercusión del sobrecoste causado por una infracción de normas concurrenciales. A continuación, la recepción jurisprudencial de la excepción tanto en las pretensiones indemnizatorias derivadas de cárteles, como en pretensiones restitutorias y otras pretensiones indemnizatorias. Finalmente, se analiza la compatibilidad de la excepción jurisprudencialmente reconocida con el contenido actual de los artículos correspondientes de la LDC.

1. La repercusión del sobrecoste en la Ley de Defensa de la Competencia

La Ley de Defensa de la Competencia recoge en los artículos 78 y 79 la mayoría del marco regulatorio desde un punto de vista sustantivo sobre la excepción de repercusión del sobrecoste y la legitimación del comprador indirecto para ejercer sus pretensiones de daños.

El artículo 78.3 LDC contiene el núcleo del régimen de la excepción, esto es su existencia y su contenido:

“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 exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros²⁴⁶

Para observar el efecto de este argumento defensivo desde el punto de vista de los compradores directos, es necesario leer el precepto anterior conjuntamente con otros preceptos del mismo Título VI LDC.

Primero, el reconocimiento, en el artículo 72 LDC, del derecho al pleno resarcimiento de las víctimas, siempre que no conlleve “una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”²⁴⁷.

Segundo, la confirmación del efecto de la repercusión sobre las dos partidas del daño: “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”²⁴⁸.

Tercero, la posibilidad de estimación judicial del sobrecoste repercutido: “Los tribunales estarán facultados para calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido”²⁴⁹. Es relevante tener en cuenta que

²⁴⁶ Este artículo transpone el artículo 13 Directiva de Daños. La transposición es prácticamente literal.

²⁴⁷ Art. 72.3 LDC. Este artículo transpone el artículo 12.1 Directiva de Daños.

²⁴⁸ Artículo 78.1 III LDC y art. 12.3 Directiva de Daños: “Lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio del derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión total o parcial de los sobrecostes.”

²⁴⁹ Artículo 78.2 LDC y art. 12.5 Directiva de Daños.

esta facultad está limitada respecto a la estimación del daño sufrido por la víctima donde parece que se permite una cuantificación estimada aplicando criterios equitativos o de justicia distributiva.²⁵⁰

Las previsiones que conciernen el ejercicio de la pretensión por los compradores indirectos se encuentran en el artículo 79 LDC.

Primero, distribuye la carga de la prueba: los compradores indirectos serán los encargados de demostrar que se llevó a cabo la repercusión del sobrecoste y la cuantía²⁵¹, mientras que los infractores deberán acreditar la ausencia de tal traslado. No sorprende esta distribución, pues sigue los parámetros habituales de que el demandante debe aportar prueba sobre los elementos que soporten su pretensión y el demandado, sobre los que prevengan su éxito.

Segundo, una presunción *iuris tantum* de repercusión favorable al comprador indirecto si se dan cumulativamente tres circunstancias.²⁵² Primera, la demandada debe haber infringido las normas de competencia. Segunda, una de las consecuencias de la infracción es la existencia de un sobrecoste pagado por el comprador directo. Tercera, el comprador indirecto ha adquirido bienes o servicios que son el objeto de la infracción o que los contienen. Los infractores demandados

²⁵⁰ Ver artículo 76.2 LDC. La Directiva de Daños no incluye tampoco ninguna referencia a “con arreglo a derecho”, sino que utiliza la misma terminología para la estimación del perjuicio sufrido y del sobrecoste repercutido: “con arreglo a los procedimientos nacionales”, como puede leerse en los artículos 17.1 *in fine* para el perjuicio sufrido y 12.5 para el sobrecoste repercutido.

²⁵¹ Artículo 79.1 LDC.

²⁵² Artículo 79.2 letras “a)” a “c)” LDC.

pueden destruir tal pretensión aportando pruebas sobre la ausencia de repercusión.

La inclusión de la presunción es un elemento necesario, pero no suficiente, para incentivar el ejercicio de las pretensiones por estos actores. No se puede negar que, si las circunstancias lo permiten, los compradores directos (o indirectos, pero no consumidores finales) repercutirán, en un sentido económico, el sobrecoste a sus clientes.²⁵³

La presunción facilita el ejercicio de pretensiones de los compradores indirectos, sin perjuicio de que tendrán que probar la existencia de relación causal y el daño efectivamente sufrido. Tampoco es inesperado que los infractores tengan, en estos casos, la carga de demostrar que no ha existido repercusión alguna: se trata de una circunstancia que obstaría el éxito de la pretensión.²⁵⁴

A la vista de lo anterior, estas son las características de los usos ofensivo y defensivo de la repercusión del sobrecoste según la normativa actual.

²⁵³ En la literatura económica y jurídica: Simon BISHOP y Mike WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law...*, cit., pp. 700-701; Benoît DURAND y Iestyn WILLIAMS (2017), “The importance of accounting for passing-on...”, cit., pp. 82 y 83; Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases: a comparative analysis of the interplay between damages law and economic insights”, *European Competition Journal*, Vol. 16, núms. 2-3, p. 572.

En los documentos publicados de la UE: Considerando 41 de la Directiva de Daños. En la jurisprudencia de los Estados miembro: Sainsbury’s Supermarkets LTD v Mastercard and others, [2016] CAT 11, párrafos 433 y 434; *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale*, 15 de mayo 2012, 11-18.495, no publicada.

²⁵⁴ Hay autores que sostienen que estas presunciones de repercusión y de ausencia de repercusión a que se enfrentan los infractores demandados pueden no estar amparado bajo el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ver, al respecto, Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017d), “Artículo 79”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Guitérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5ª ed., Civitas, p. 1519.

Primero, la excepción busca evitar las indemnizaciones que excedan el perjuicio sufrido o la sobre-compensación. Es una herramienta que tiene como fin limitar la extensión de la indemnización al perjuicio efectivamente sufrido.

Segundo, como corolario al anterior, no debería causar una ausencia de responsabilidad y, por este motivo, los compradores indirectos podrán reclamar el perjuicio sufrido que, parcial o totalmente, se corresponderá con el sobrecoste repercutido.

Tercero, la excepción únicamente puede reducir la cuantía a resarcir por el sobrecoste soportado, esto es, afecta únicamente al daño emergente. La existencia de lucro cesante no tiene que ser una causa de reducción del sobrecoste repercutido.²⁵⁵

Cuarto, la excepción (y, a la vez, la acción) requieren la prueba de la existencia de la repercusión y su cuantificación.

Quinto, las reglas generales de la carga de la prueba se aplican a la excepción y, por tanto, recae sobre el demandado la prueba de los dos extremos: existencia y cuantificación.

Sexto, en el caso de los compradores indirectos, la prueba de la existencia recae en ellos, mientras que los demandados -e infractores- deben probar su inexistencia.

²⁵⁵ Helmut BROKELMANN (2015), “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 37, octubre 2015, p. 15.

Séptimo, si se dan las circunstancias oportunas, con independencia de que la repercusión se utilice para sustentar la pretensión o la excepción, los tribunales podrán estimar la cantidad repercutida.

La admisión de los usos ofensivo y defensivo de la repercusión del sobrecoste se sustenta sobre tres premisas.

Primero, la repercusión es la regla general cuando las condiciones del mercado lo permiten y el espíritu de las acciones de daños contempladas en los artículos 71 y siguientes LDC es que todos los afectados por un ilícito concurrencial se vean resarcidos. Por ello, es necesario que los compradores directos e indirectos tengan legitimación activa para ejercitar sus pretensiones a pesar de que ello pueda significar la ausencia de responsabilidad si se acredita que los compradores directos trasladaron el perjuicio, pero los compradores indirectos no logran probar que sufrieron pérdidas. Asimismo, sería contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia eliminar categóricamente a un grupo de afectados cuyo perjuicio fuera previsible para los infractores.²⁵⁶

Segundo, si los compradores directos han repercutido el sobrecoste total o parcialmente y no se tiene en cuenta a la hora de cuantificar el perjuicio, se sobrecompensaría a la demandante: la indemnización que obtendrían sería resarcitoria hasta la cuantía del daño sufrido y un enriquecimiento (*windfall award*) en aquello que exceda dicha cantidad, esto es, un exceso respecto al daño sufrido en ese eslabón.²⁵⁷

²⁵⁶ SSTJUE de 5 de junio de 2014, Kone, C-557/14, apartado 37; y de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 27.

²⁵⁷ Como la configuración de la defensa por repercusión del sobrecoste está construida sobre la jurisprudencia en el ámbito de acciones restitutorias de cantidades

Tercero, si no se admite la excepción de la demandada (infractora) basada en la repercusión del sobrecoste por parte de la demandante y tanto compradores directos como indirectos ejercen con éxito sus pretensiones de daños, las sancionadas por infringir las normas de competencia estarían abocadas a abonar indemnizaciones múltiples. Esta circunstancia, proscrita por la Directiva de Daños²⁵⁸, también sería atentatoria contra la razón de ser de las pretensiones indemnizatorias: reponer al perjudicado en la posición en la que se encontraría si la infracción no se hubiera llevado a cabo.²⁵⁹

indebidamente pagadas, algunos autores califican esta sobrecompensación como un enriquecimiento injusto. Entre otros, Carmen ESTEVAN DE QUESADA (2016), “Alguna reflexiones sobre la admisión de la *passing-on defence* en la Directiva 2014/104/UE”, en Juan Ignacio Ruíz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, p. 348; Carmen HERRERO SUÁREZ (2016), “La transposición de la Directiva de Daños *Antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, cit., p. 178; Carmen ESTEVAN DE QUESADA (2018), “Repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en Juan Ignacio Ruíz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, p. 305.

²⁵⁸ Art. 3.3 Directiva de Daños.

²⁵⁹ Carmen ESTEVAN DE QUESADA (2016), “Alguna reflexiones sobre la admisión de la *passing-on defence* en la Directiva 2014/104/UE”, cit., p. 348-349; Martin F. HELLWIG (2006), “Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective” (September 2006). *MPI Collective Goods Preprint No. 2006/22*, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=936153>, p. 8.

2. La repercusión del sobrecoste en la jurisprudencia de los tribunales españoles

En el ámbito civil y mercantil, no existía precepto legal alguno que incluyera una provisión como el actual artículo 78.3 LDC. Ahora bien, los principios del derecho español de daños, la jurisprudencia del TJUE, los *travaux préparatoires* y la Propuesta de Directiva de Daños, así como la propia Directiva permitieron a los órganos jurisdiccionales españoles configurar una suerte de excepción por repercusión del sobrecoste. A su vez, la amplia identificación de víctimas relevantes del artículo 1.902 CC no impedía reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos.

2.1. En pretensiones de daños derivados de infracciones de normas de competencia

En España, la excepción de repercusión del sobrecoste se utilizó como tal en una pretensión de daños derivados de ilícitos concurrenciales ejercida en 2007 y que conoció el Tribunal Supremo en casación en 2013.

Los hechos que llevaron al ejercicio de la pretensión son los siguientes. Entre los años 1995 y 1996, diversas empresas del sector de la producción del azúcar industrial ejecutaron un acuerdo anticompetitivo que fue sancionado como un cártel por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1999. Las infractoras recurrieron la decisión en apelación y en casación. En 2006, la Sala de lo Contencioso del Tribunal

Supremo confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y la responsabilidad de las infractoras por haber formado un cártel en la modalidad de fijación de precios.

En 2007, varias empresas clientes de las infractoras ejercieron sus pretensiones de daños y perjuicios contra ACOR y Ebro Foods en 2007. La relevante a efectos de este capítulo es la segunda, que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid estimó parcialmente²⁶⁰. Ebro Foods recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia, pues entendió que las demandantes habían repercutido el sobrecoste a sus clientes.²⁶¹

Las demandantes recurrieron en casación. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conoció este recurso y lo resolvió en su sentencia de 7 de noviembre de 2013.²⁶² Entre los asuntos que trató se halla el reconocimiento de la excepción por repercusión del sobrecoste y su configuración.

²⁶⁰ SJPI Madrid 59/2010, de 1 de marzo (MP: María del Rosario Campesino Temprano, ECLI:ES:JPI:2010:56).

²⁶¹ SAP Madrid 370/2011, de 3 de octubre (MP: María Victoria Salcedo Ruiz, ECLI:ES:APM:2011:12900). La AP, en el Fundamento de Derecho Tercero, llegó a la conclusión de que la repercusión había tenido lugar tras el análisis de dos indicios. Primero, un escrito aportado durante el procedimiento de aplicación pública donde las demandantes hicieron referencia a que sus precios se habían visto afectados por el cártel. Segundo, un informe del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, que era la respuesta a un oficio acordado a petición de las demandantes, que ponía de manifiesto un incremento de los precios del azúcar superior al IPC durante parte del periodo cartelizado. Además, la Audiencia construyó su argumentación sobre el incumplimiento de las demandantes de probar aquello que les es más fácil, el criterio de la facilidad probatoria del art. 217.6 LEC, en dos aspectos. Por un lado, la ausencia de documentación aportada por las demandantes para probar que no habían trasladado el sobrecoste (documentación que no tenían obligación legal de seguir conservando). Por otro lado, la falta de estudio de la posibilidad de que hubiera existido repercusión por parte de los peritos de la demandante.

²⁶² STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre.

El Tribunal Supremo se inspiró en los *travaux préparatoires* que condujeron a la Directiva de Daños, la jurisprudencia del TJUE sobre la devolución de impuestos indebidamente recaudados²⁶³ y algunos principios de derecho procesal²⁶⁴ para alcanzar su conclusión.

El Tribunal empezó aclarando que las pretensiones de daños tienen una finalidad resarcitoria y que la prohibición del enriquecimiento sin causa obliga a no compensar a la persona que no ha sufrido daño alguno.²⁶⁵ También rechazó que la repercusión consistiera únicamente en un “incremento del precio “aguas abajo” en una cantidad proporcional al sobrecoste”²⁶⁶ y decidió que la admisión de la defensa debía cumplir con los siguientes criterios:²⁶⁷

Primero, debe haber un incremento del precio en el mercado subsiguiente.

²⁶³ Principalmente, SSTJUE de 14 de enero de 1997, *Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects*, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, ECLI:EU:C:1997:12; de 21 de septiembre de 2000, *Kapniki Michailidis AE contra Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, ECLI:EU:C:2000:479; de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World Handels-GmbH y otros contra Abgabenberufungskommission Wien*, C-147/01, ECLI:EU:C:2003:533; de 6 de septiembre de 2011, *Lady & Kid A/S y otros contra Skatteministeriet*, C-398/09, ECLI:EU:C:2011:540.

²⁶⁴ Referencia hecha a la carga de la prueba. En concreto, a que corresponde al demandado demostrar cargar con la prueba de “los hechos que, conforme a las normas anteriores que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” (art. 217.3 LEC), esto es, los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico de las pretensiones de la demanda.

²⁶⁵ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5.1.

²⁶⁶ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5.3. El Tribunal describe esta visión como excesivamente simplista.

²⁶⁷ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5.3.

Segundo, para que haya repercusión efectiva, es necesario que se mantenga el volumen de ventas que habría habido si no se hubiera producido la infracción. Esto es, no puede haber lucro cesante.

Tercero, la demandada tiene la carga de probar tales elementos, por tratarse de un argumento que puede conseguir la desestimación de la pretensión.

En el caso, la pericial económica de la demandada no evaluó la posibilidad de la repercusión más allá de afirmar que las demandantes habían incrementado sus precios. El Tribunal Supremo consideró que la demandada no había aportado prueba alguna, había incumplido su carga probatoria y, por tanto, desestimó la excepción y revocó la sentencia de apelación.

A pesar de que el caso del cártel del azúcar es el más relevante por el tratamiento detallado de la cuestión, no es el primero en el que se hace referencia a los efectos que tiene la repercusión del perjuicio causado por un acuerdo anticompetitivo a niveles inferiores de la cadena de producción. También se analizó en el caso resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 641/2012, de 6 de noviembre²⁶⁸. En este proceso se ejercieron diversas pretensiones, pero es relevante la pretensión indemnizatoria por los daños que causó la imposición unilateral de los precios de venta al público.

²⁶⁸ STS, 1ª, 641/2012, de 6 de noviembre (MP: Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2012:6998).

Zero Set SL y Canal i Fills SL, demandantes, eran dos mercantiles que explotaban dos estaciones de servicio. Societat Catalana de Petrolis SA (PETROCAT), demandada, era, a los efectos que nos interesan, proveedora de exclusiva de gasóleo de las dos estaciones para un periodo de 27 y 30 años respectivamente. El contrato de suministro contenía una cláusula de fijación del precio de venta al público.

El Juzgado de lo Mercantil de Barcelona dictó sentencia el 18 de abril de 2008 y desestimó íntegramente la demanda. Ante el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió por sentencia de 13 de enero de 2010, revocó la resolución de instancia y estimó parcialmente la demanda. Entendió que PETROCAT había fijado los precios de venta del combustible y, así, había infringido las normas de competencia, en concreto, el artículo 81 del Tratado CE, actualmente, 101 TFUE, y la condenó a abonar una indemnización consistente en la diferencia entre el precio pagado a PETROCAT y el precio de suministro que habrían pagado si hubieran podido contratar con otras compañías en competencia.²⁶⁹

PETROCAT interpuso recurso por infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó el primero y estimó

²⁶⁹ STS, 1ª, 641/2012, de 6 de noviembre, FD 2. En el Antecedente de Hecho 5, se encuentra la base que utilizó la Audiencia Provincial: “[L]a diferencia global existente entre los precios efectivamente pagados por ZERO SET S.L. a PETROCAT por el carburante suministrado (esto es, el precio de venta al público menos los descuentos o márgenes aplicados por PETROCAT), y los precios más competitivos a los que se acredite que otros operadores suministraron en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características, calculado sobre la totalidad de litros de carburantes y combustibles comprados por ZERO SET S.L., desde la fecha de suscripción de los contratos hasta el momento efectivo de cumplimiento de la sentencia o, en su caso, hasta el cese efectivo de la exclusiva del suministro, a determinar en el juicio correspondiente”.

parcialmente el segundo, de modo que revocó la sentencia de apelación y asumió en parte la instancia.

El primer motivo de casación trató sobre la cláusula de fijación de precios de venta. El Tribunal desestimó el motivo porque entendió que al fijar, en lugar de recomendar, precios mínimos de ventas, PETROCAT estaba infringiendo el derecho de la competencia, sin perjuicio de que la demandante lo incrementara en algunas ocasiones. El ilícito radicaba en que la alteración a la baja no era posible.

El segundo motivo de casación se refirió a las bases de la indemnización de daños y perjuicios. El problema, según la recurrente, es que Zero Set SL había vendido a un precio superior al fijado por PETROCAT y una indemnización calculada con los criterios de la Audiencia Provincial enriquecía injustificadamente a la demandante.

Como ese tipo de venta se consideró probado, el Tribunal estimó el razonamiento y concluyó que la venta a un precio superior al fijado por PETROCAT era una forma de repercusión en los clientes finales que no podía ignorarse en la determinación de la indemnización.²⁷⁰ El Tribunal asumió en este aspecto la instancia y corrigió la indemnización “restando el sobreprecio cobrado por Zero Set SL a los clientes finales de la estación de servicio respecto del fijado por PETROCAT”²⁷¹.

Aunque no se mencione expresamente, en el ejercicio de esta pretensión indemnizatoria, PETROCAT, la demandada, opuso la excepción por

²⁷⁰ STS, 1ª, 641/2012, de 6 de noviembre, FD 5.

²⁷¹ STS, 1ª, 641/2012, de 6 de noviembre, FD6.

repercusión y fue admitida por el Tribunal. A diferencia del caso del azúcar y, entre otros motivos, por no recurrir a la jurisprudencia del TJUE sobre la repercusión de los tributos en caso de pretensiones restitutorias, no tuvo en cuenta si la demandante había sufrido algún lucro cesante.

La jurisprudencia nacional más reciente en este tipo de pretensiones es la resultante del cártel de los camiones sancionado por la Comisión Europea como una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE.²⁷² El cártel consistió en acuerdos colusorios relativos a “la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6”²⁷³. El cártel estuvo en funcionamiento entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011.

²⁷² Asunto AT. 39824 – Camiones. Este procedimiento ha tenido dos decisiones. Por un lado, una decisión de transacción entre la Comisión Europea y DAF, Daimler, Iveco, MAN y Volvo/Renault, que fueron sancionados en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (C(2016) 4673), cuya versión no confidencial fue publicada el 6 de abril de 2017 y la versión final, el 30 de junio de 2020 (https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8750_4.pdf). La resolución ya es firme.

Por otro lado, una decisión sancionadora contra Scania (de hecho, contra tres empresas del grupo), quien no presentó propuesta de transacción alguna, y fue sancionada por la Comisión Europea en la Decisión de 27 de septiembre de 2017, cuya versión provisional y no confidencial fue publicada el 30 de junio de 2020 (https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_8754_5.pdf). Todavía no puede predicarse la firmeza de esta resolución porque las destinatarias la recurrieron ante el Tribunal General el 11 de diciembre de 2017 (asunto T-799/17, Scania y otros contra Comisión) por, entre otros motivos, aplicación incorrecta del artículo 101 TFUE y, por tanto, pone en duda la existencia de la infracción. La vista tuvo lugar el 18 de junio de 2020. A fecha de cierre, el Tribunal General no ha dictado sentencia todavía.

²⁷³ Apartado 2.3 Resumen de la Decisión de 19 de julio de 2016 y Resumen de la Decisión de 27 de septiembre de 2017.

Las pretensiones ejercidas son todas ellas de seguimiento de la Decisión transaccional de la Comisión de 19 de julio de 2016.²⁷⁴ Entre las excepciones y argumentos de descargo esgrimidos por las infractoras-demandadas, se encuentra la prescripción de la acción, la falta de legitimación activa, la ausencia de daño efectivo y la repercusión del sobrecoste. Ahora, interesan aquellas en las que se ha discutido la cuarta excepción.

Entre las sentencias publicadas, se entra a estudiar la admisibilidad y la estimación o desestimación de la excepción en 63 de ellas como mínimo.²⁷⁵ Los tribunales la han rechazado en la mayoría de casos. En

²⁷⁴ A diferencia de las sentencias del cártel del azúcar y relativas a pretensiones relativas a infracciones verticales entre empresas petroleras y gasolineras, estas sentencias son jurisprudencia menor pues el Tribunal Supremo únicamente se ha pronunciado en conflictos de competencia territorial. En abril de 2021, salvo error u omisión, las sentencias dictadas y publicadas por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) asciende a 208, de las que 111 son de primera instancia (Juzgados de lo Mercantil, de Primera Instancia y de Primera Instancia e Instrucción) y 97 son de segunda instancia (Audiencias Provinciales). Esta selección, no obstante, dista de ser completa. En un artículo publicado a finales de 2020, Francisco Marcos contabilizó más de 300 sentencias dictadas, Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020b), “Antitrust Damages Claims in Spain”, *Working Paper IE Law School* AJ8-256-I, p. 15.

²⁷⁵ La excepción se desestima, al menos, en 61 sentencias (49 de primera instancia y 12 de segunda –en algunas de estas últimas las respectivas Audiencias confirmaron las de instancia o asumieron la instancia y rechazaron la excepción–): SJM 1 Zaragoza 198/2018, de 13 de diciembre (MP: Juan Pablo Rincón Herrando, ECLI:ES:JMZ:2018:4752), FD 3; SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:34), FD 8; SJM 3 Valencia de 13 de marzo de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:187), FD 8; SJM 1 Bilbao 161/2019, de 3 de abril (MP: Marcos Francisco Bermúdez Ávila, ECLI:ES:JMBI:2019:547), FD 5; SJM 3 Valencia de 7 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:222), FD 8; SJM 3 Valencia de 15 de mayo de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:510), FD 8; SJM 7 Barcelona 237/2019, de 12 de septiembre (MP: Raúl Nicolás García Orejudo, ECLI:ES:JMB:2019:1121), FD 6; SJM 3 Valencia de 13 de septiembre de 2019 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2019:1002), FD 7; SJM 1 Pontevedra 188/2019, de 16 de octubre (MP: Manuel Marquina Álvarez, ECLI:ES:JMPO:2019:1145), FD 4; SJM 2 Pontevedra 223/2019, de 18 de diciembre

(MP: Núria Fachal Noguer, ECLI:ES:JMPO:2019:4341), FD 5; SJM 3 Valencia de 30 de diciembre de 2019, FD 8; SJPII 1 Cáceres 19/2020, de 6 de febrero, FD 4; SJM 1 Valladolid 37/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:778), FD 5; SJM 1 Valladolid 38/2020, de 3 de marzo de 2020 (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:809), FD 5; SJM 1 Valladolid 39/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:808), FD 5; SJM 1 Valladolid 40/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:771), FD 5; SJM 1 Valladolid 41/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:782), FD 5; SJM 1 Valladolid 42/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:772), FD 5; SJM 1 Valladolid 45/2020, de 3 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:812), FD 5; SJM 1 Valladolid 50/2020, de 13 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2307), FD 5; SJM 1 Valladolid 49/2020, de 13 de marzo (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2238), FD 5; SJM 1 Badajoz 59/2020, de 20 de abril (MP: Zaira Vanesa González Amado, ECLI:ES:JMBA:2020:1341), FD 7; SJM 1 Valladolid 70/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2269), FD 5; SJM 1 Valladolid 72/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2271), FD 5; SJM 1 Valladolid 71/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2274) FD 5; SJM 1 Valladolid 68/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2270) FD 5; SJM 1 Valladolid 69/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2273), FD 5; SJM 1 Valladolid 73/2020, de 24 de junio (MP: Javier Escarda de la Justicia, ECLI:ES:JMVA:2020:2377), FD 5; SJM 3 Oviedo 106/2020, de 6 de julio (MP: María del Carmen Márquez Jiménez, ECLI:ES:JMO:2020:2394), FD 5; SJM 3 Oviedo 103/2020, de 6 de julio (MP: María del Carmen Márquez Jiménez, ECLI:ES:JMO:2020:2392), FD 4; SJM 3 Oviedo 101/2020, de 6 de julio (MP: María del Carmen Márquez Jiménez, ECLI:ES:JMO:2020:2391), FD 4; SJM 3 Oviedo 100/2020, de 6 de julio (MP: María del Carmen Márquez Jiménez, ECLI:ES:JMO:2020:2358), FD 4; SJM 1 Pamplona 108/2020, de 25 de agosto (MP: Ángela Fernández Zabalegui ECLI:ES:JMNA:2020:1619), FD 8; SJM 1 Pamplona 109/2020, de 25 de agosto (MP: Ángela Fernández Zabalegui, ECLI:ES:JMNA:2020:1617), FD 8; SJPI 6 Logroño 104/2020, de 28 de agosto (MP: Rafael Yangüela Criado, ECLI:ES:JPI:2020:118), FD 7; SJM 1 Vitoria 126/2020, de 5 de noviembre (MP: María Teresa Trinidad Santos, ECLI:ES:JMVI:2020:2573), FD 10; SJM 3 Valencia 378/2020, de 9 de noviembre (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2020:2581), FD 2; SJPII 1 Toledo de 10 de noviembre de 2020 (MP: Lorena-África Sánchez Casanova, ECLI:ES:JPII:2020:384), FD 9; SJM 1 Vitoria 133/2020, de 17 de noviembre (MP: María Teresa Trinidad Santos, ECLI:ES:JMVI:2020:2583), FD 10; SJM 1 San Sebastián 327/2020, de 13 de noviembre (MP: Pedro José Malagón Ruiz, ECLI:ES:JMSS:2020:4118), FD 5; SJM 1 San Sebastián 328/2020, de 13 de noviembre (MP: Pedro José Malagón Ruiz, ECLI:ES:JMSS:2020:4543), FD 5; SJM 1 Vitoria 132/2020, de 17 de noviembre (MP: María Teresa Trinidad Santos, ECLI:ES:JPI:2020:237), FD 10; SJM 1 Vitoria 151/2020, de 1 de diciembre (MP: María Teresa Trinidad Santos, ECLI:ES:JPI:2020:345), FD 10; SJM 1 Murcia 231/2020, de 15 de diciembre (MP: Juan Ignacio Martínez Aroca, ECLI:ES:JMMU:2020:5621), FD 5; SJM 1 Murcia 232/2020, de 15 de diciembre (MP: Juan Ignacio Martínez Aroca,

dos ocasiones, no obstante, han reconocido y valorado una suerte de repercusión.

En lo que respecta a la desestimación de la excepción, los argumentos son, esencialmente, cuatro.

La razón por la que la mayoría de sentencias rechazan la excepción es la alegación de la repercusión del sobrecoste sin fundamento probatorio. El criterio seguido por la mayoría de tribunales es el establecido por la sentencia del cártel del azúcar²⁷⁶ según el cual la parte demandada tiene la carga de probar la existencia de la repercusión del daño y esto significa proponer una cuantificación alternativa con la cuantía correspondiente

ECLI:ES:JMMU:2020:5585), FD 5; SJM 1 Vitoria 160/2020, de 21 de diciembre (MP: María Teresa Trinidad Santos, ECLI:ES:JPI:2020:347), FD 10; SJPII 5 Melilla 15/2021, de 1 de febrero (MP: Miguel Ángel García Gutiérrez, ECLI:ES:JPII:2021:2), FD 8; SJM 12 Madrid 55/2021, de 2 de marzo (MP: Ana María Gallego Sánchez, ECLI:ES:JMM:2021:391), FD 14; SJM 14 Madrid 63/2021, de 26 de marzo, FD 6; SAP Valencia 1723/2019, de 20 de diciembre, FD 10; SAP Valencia 80/2020, de 23 de enero (MP: Purificación Martorell Zulueta, ECLI:ES:APV:2020:292), FD 8; SAP Valencia 238/2020, de 18 de febrero (MP: Luis Sellar Roca de Togores, ECLI:ES:APV:2020:1982), FD 9; SAP Valencia 252/2020, de 24 de febrero (MP: Rosa María Andrés Cuenca, ECLI:ES:APV:2020:1165), FD 7; SAP Zamora 405/2020, de 16 de octubre (MP: Ana Descalzo Pino, ECLI:ES:APZA:2020:501), FD 5; SAP Cáceres 904/2020, de 12 de noviembre, FD 13; SAP Valencia 1284/2020, de 17 de noviembre, FD 6; SAP Cáceres 926/2020, de 19 de noviembre, FD 6; SAP Oviedo 2003/2020, de 23 de noviembre (MP: Miguel Juan Covián Regales, ECLI:ES:APO:2020:4760), FD 4; SAP San Sebastián 78/2021, de 15 de enero (MP: Beatriz Hilinger Cuellar, ECLI:ES:APSS:2021:1), FD 9; SAP Oviedo 28/2021, de 28 de enero (MP: Javier Antón Guijarro, ECLI:ES:APO:2021:118), FD 5; SAP Zaragoza 118/2021, de 4 de febrero, FD 8; SAP Valladolid 165/2021, de 12 de marzo (MP: Ignacio Martín Verona, ECLI:ES:APVA:2021:22), FD 8.

Únicamente en dos casos se ha estimado una suerte de *passing-on*: SJM 2 Alicante de 18 de junio de 2019 (sin ECLI) y SJM 2 Valencia 208/2019, de 17 de julio (MP: Jacinto Talens Seguí, ECLI:ES:JMV:2019:803), FD 8.

²⁷⁶ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre.

al perjuicio sufrido y a la proporción repercutida.²⁷⁷ De igual modo, en la litigación derivada del cártel de los camiones, las demandadas arguyeron que las demandantes habían podido repercutir el sobrecoste en las tarifas de los contratos de transporte o en la reventa de los camiones o que las circunstancias económicas permitían la traslación, pero en ningún momento analizaron este extremo en sus informes periciales a pesar de haber tenido acceso, en algún supuesto, a una sala de datos.

Podría pensarse que, al igual que ocurre con el daño sufrido por las víctimas y los compradores indirectos, que los órganos judiciales pueden presumir la existencia de repercusión cuando el bien cartelizado se ha transmitido a un tercero o llevar a cabo una estimación judicial de la cuantía repercutida, como ocurriría cuando los informes periciales de sendas partes no convencen al órgano jurisdiccional. Estos extremos tampoco han convencido a los órganos jurisdiccionales. Por un lado, la venta del bien no significa en sí misma que haya habido una repercusión: dependerá de las circunstancias fácticas.²⁷⁸ Por otro lado, la estimación judicial requiere una actividad probatoria previa por parte de la demandada para cuantificar y es su ausencia precisamente la que lleva al rechazo de la excepción.

²⁷⁷ La crítica que el Tribunal Supremo hizo al informe pericial aportado por Ebro Foods fue que se limitó a afirmar que hubo un incremento de precios sin distinguir cuál fue la proporción repercutida, STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5.

²⁷⁸ En el marco de las cuestiones prejudiciales resueltas en litigios sobre devolución de impuestos indebidamente recaudados, el TJUE declaró que no puede presumirse que el impuesto había sido repercutido por las circunstancias fácticas de las que depende tal hecho. Por todas, STJUE de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a 218/95, apartados 25 y ss.

El segundo motivo, sin perjuicio de que concurra también el primero, es la falta de idoneidad de los compradores indirectos sobre los que se ha repercutido el perjuicio. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales han decidido que el sujeto a quien el demandante ha trasladado el perjuicio no es idóneo para que la repercusión sea real. Concretamente, los tribunales excluyeron las situaciones en las que se transmitía el bien objeto de la infracción gratuitamente o, en caso de ser una transmisión onerosa, si se llevaba a cabo en un mercado que no es suficientemente próximo al mercado cartelizado o si se aplica a un proceso económico desconectado de aquel del infractor. Este motivo está vinculado con los problemas de causalidad que presenta el tomar en consideración la repercusión del daño para reducir la indemnización de los compradores directos y para determinar el daño sufrido por los compradores indirectos, si la traslación deviene fundamento de la existencia del perjuicio.

El tercer motivo es un reproche de incoherencia argumental dirigido a las demandadas. Algunos tribunales han considerado que no tenía sentido basar su defensa en que la infracción no ha tenido efectos en el mercado y, por tanto, que no había sobrecoste alguno para reclamar y, posteriormente, esgrimir la excepción de repercusión del sobrecoste. No es descabellado seguir esta estrategia: el recurso a la traslación de parte del perjuicio no deja de ser un argumento con carácter subsidiario. Ahora bien, tal y como demuestran las sentencias que han analizado esta situación, las demandadas se enfrentan a un problema de prueba: al ser secundarios y diametralmente opuesto a su argumento de descargo principal, sus periciales económicas no llegan a presentar cuantificación alguna al respecto y no dejan de ser afirmaciones sin soporte probatorio

alguno. Como le corresponde a la demandada demostrar la existencia de repercusión y su cuantificación, ella misma será la perjudicada si no lo consigue por no haber cumplido con la carga de la prueba.

Finalmente, el argumento esgrimido en menor proporción es la no aplicabilidad de la defensa. La idea subyacente es que el reconocimiento legal de la excepción por repercusión en los artículos 78 y 79 LDC marca el momento a partir del cual las partes pueden hacerla valer. Como estos artículos de transposición de la Directiva de Daños no eran aplicables al caso por la prohibición de la irretroactividad de las normas sustantivas²⁷⁹, el demandado tampoco tenía derecho a oponerla.²⁸⁰

²⁷⁹ La Disposición Transitoria Primera del RD-L 9/2017, de 9 de mayo, establece que “las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-Ley no se aplicarán con efecto retroactivo”. El artículo tercero contiene las modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en la adición del Título VI (artículos 71 a 81 LDC). Sin embargo, las normas de carácter procesal que se transponen en la LEC se aplicarán a los procedimientos incoados tras la entrada en vigor, con independencia de cuándo fueron sancionados (DT1ª.2 RD-9/2017). La irretroactividad implica que no se podrán aplicar a los casos sancionados con anterioridad a la entrada en vigor. A modo de ejemplo, Francisco Marcos apuntó que, como la decisión de Scania iba a publicarse con la norma de transposición en vigor, las pretensiones de sus clientes se registrarían por la nueva regulación porque será entonces cuando nazca la pretensión indemnizatoria, Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2019), “La prescripción de las acciones de reclamación de daños causados por el cártel de los fabricantes camiones”, *Almacén de Derecho*, 28 de junio de 2019, <https://almacenderecho.org/la-prescripcion-de-las-acciones-de-reclamacion-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-camiones>, consultado el 1 de diciembre de 2020; y Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020a), “De nuevo, sobre la prescripción de las acciones de daños causado por el cártel de los camiones”, *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020, <https://almacenderecho.org/de-nuevo-sobre-la-prescripcion-de-las-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-camiones>, consultado el 1 de diciembre de 2020.

²⁸⁰ También defiende esta postura Antonio Robles con base en tres razones. Primero, hasta la transposición de la Directiva de Daños, la relevancia de la repercusión del sobre coste era materia de Derecho nacional y el Derecho de la UE no la exigía en virtud del principio de efectividad. Segundo, como se trata de una previsión normativa incluida por el legislador, su aplicación se restringe a los hechos posteriores. Tercero, como se trata de una suerte de *compensatio lucri cum damno* rechazada como regla general en derecho español de daños y únicamente la ha admitido el Tribunal Supremo en una ocasión, no es jurisprudencia que tribunales inferiores deban seguir. Antonio ROBLES

No obstante, los tribunales han tomado en consideración en dos ocasiones²⁸¹ los efectos de haber revendido el camión que había adquirido la demandante pagando un sobrecoste. Aunque sean los únicos casos en los que la reventa del bien cartelizado se ha tenido en cuenta y se han dado pasos para que los perjudicados se vieran resarcidos sin ser sobrecompensados, puede que no haya sido tampoco forma más correcta. Los respectivos juzgados estiman que el sobrecoste sufrido por los demandantes es de un 5% y lo aplican al precio de venta del camión. A la cantidad obtenida, deducen el precio de reventa del camión y la diferencia resultante es el sobrecoste efectivamente sufrido²⁸² y base para calcular la indemnización, pues deberán incluirse también los intereses.

Sin perjuicio de que las resoluciones hagan mención a la excepción por repercusión del sobrecoste, considero que pueden ser objeto de reproche por dos motivos. Primero, el cálculo que realizan es poco detallista en tanto que ni estiman ni argumentan qué cuota del sobrecoste abonado es la repercutida. Restan en su totalidad el precio de venta sin individualizar y aportar argumentos concretos más allá de

MARTÍN-LABORDA (2020a), “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (*passing-on*) a los casos de los cárteles de sobres y camiones”, *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2020, <https://almacendederecho.org/la-inaplicabilidad-de-la-defensa-basada-en-la-repercusion-del-dano-passing-on-a-los-casos-de-los-carteles-de-sobres-y-camiones>, consultado el 1 de diciembre de 2020.

²⁸¹ SJM 2 Alicante de 18 de junio de 2019, FD 5 y SJM 2 Valencia 208/2019, de 17 de julio, FD 9.3.

²⁸² SJM 2 Valencia 208/2019, de 17 de julio, FD 9.3: “En cuarto lugar, y partiendo de lo expuesto, la fijación de los daños se debe de calcular en el 5% del precio pagado de compraventa por el camión por el demandante (42.731,16€), deduciendo el beneficio obtenido con la venta (1411,16€). El 5% asciende a la cantidad de 2.136,558€, que deducido 1.411,16€, hace un total de 725,40€ (redondeo al alza)”.

que la transmisión significó recuperar parte de la inversión. Segundo, tampoco tienen en cuenta el funcionamiento del mercado de reventa hacia donde se repercute el sobrecoste: es posible que, por sus circunstancias, la posibilidad real de traslado fuera nula.

a. Análisis de la jurisprudencia menor

Está claro que los Juzgados y Audiencias Provinciales conocen cuál es la jurisprudencia relevante en ausencia de preceptos legales y la aplican para seguir la línea del Tribunal Supremo construida sobre los principios de derecho español y europeo de daños y la jurisprudencia del TJUE. En efecto, no puede hacerse ningún reproche en este sentido a las sentencias: la normativa temporalmente aplicable es aquella que está en vigor cuando la conducta se comete y se sanciona. En ese momento, aunque la Directiva de Daños ya estaba en vigor, su plazo de transposición no había expirado todavía. Son, por tanto, hechos anteriores y la irretroactividad de la Directiva²⁸³ proscribire su aplicación²⁸⁴ y justifican la resolución con el régimen anterior.

El rechazar la excepción por la ausencia de justificación por parte de la demandada es una respuesta más que acertada. La lógica básica de la normativa procesal indica que cada parte debe aportar prueba de las circunstancias controvertidas que les resulten favorables. En estos casos

²⁸³ Art. 22.1 Directiva de Daños.

²⁸⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 17 de enero de 2019, Cogeco Communications Inc contra Sport TV Portugal SA y otros, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:32, apartado 64.

no hay motivo para operar de forma diferente y así lo hacen los tribunales.

Aquellas sentencias en las que se descartó de plano la repercusión por la incorrecta selección del comprador indirecto sí pueden recibir algún reproche, especialmente desde un punto de vista económico. La afirmación de que solo ciertos mercados, aquellos más próximos, son causalmente relevantes a efectos de la repercusión dista de ser acorde con los postulados económicos²⁸⁵: la fijación del precio por un afectado por la infracción del derecho de la competencia depende del coste afectado y de la situación de la propia empresa en el mercado, pero en ningún caso del mercado objeto de la (posible) repercusión. Esta decisión es consecuencia de descartar el uso de argumentos económicos para determinar, en el caso concreto, el posible alcance de la repercusión.²⁸⁶

Las sentencias que han adoptado una suerte de excepción por repercusión del sobre coste, aunque valientes por ir a contracorriente, también pueden ser objeto de crítica.

Por un lado, hacen una interpretación libre de la excepción: se alejan de la realizada por el Tribunal Supremo e intentan llevar a cabo una cuantificación siguiendo el concepto de repercusión del sobre coste que recoge el artículo 78.3 LDC. Ahora bien, realizan una estimación del

²⁸⁵ Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 590.

²⁸⁶ Por todas, SJM 3 Valencia de 7 de mayo de 2019, FD 8. En el ámbito doctrinal, Pedro CARO DE SOUSA (2018), “EU and national approaches to passing-on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance”, *Common Market Law Review*, Vol. 55, núm. 6, p. 1753.

perjuicio repercutido sin tener en cuenta las particularidades del mercado de reventa de camiones y que la repercusión, en estos casos, sea difícil o imposible dado que la valoración del camión puede no atender al precio de compra, sino al uso dado al vehículo. Así, la operación que, en principio, busca evitar la sobrecompensación acaba compensando a la víctima en una cantidad inferior a la que debería recibir.

La consecuencia de esta visión del *passing-on* es la conculcación de los fines de la admisión de la excepción y la alteración de los incentivos de los infractores. Por un lado, se dota de relevancia a la repercusión para evitar que las víctimas sean puestas en una situación mejor que la que estarían ausente la infracción y que los infractores sean penalizados de nuevo como ya lo fueron por la sanción de la autoridad de la competencia, sin perjuicio del efecto disuasorio que causarán las múltiples pretensiones indemnizatorias ejercidas por las víctimas si son concedidas. Una estimación total o parcial de la excepción sin una previa observación del mercado provocará la reducción generalizada de las reparaciones recibidas por los perjudicados.

Por otro lado, y en consecuencia, se alteran los incentivos de las partes implicadas. Los compradores directos, si consideran que la entidad del perjuicio no es elevada y han realizado alguna conducta tendente a trasladar el sobrecoste, se abstendrán de interponer reclamaciones porque la relación coste-beneficio no les sería favorable. Los compradores indirectos tomarían la misma decisión, pues el daño se reduce con su difusión a través de la cadena de producción. Finalmente, para las infractoras, el efecto disuasorio de la posibilidad de ser objeto

de reclamaciones de daños y perjuicios menguaría y reduciría los costes que puede suponer una infracción del derecho de la competencia.

2.2. En otro tipo de pretensiones restitutorias e indemnizatorias

La posibilidad de repercutir y su posible relevancia en la determinación de la cuantía a abonar en caso de estimación puede apreciarse en dos tipos de pretensiones derivados del mismo hecho: la creación y recaudación de impuestos contrarios al Derecho de la Unión Europea. Estas situaciones son casos en los que la norma reguladora del tributo en cuestión infringe el marco normativo de la Unión y el tributo deviene nulo. En este contexto, las empresas pueden ejercer pretensiones restitutorias en las que soliciten la devolución de los ingresos indebidos y pretensiones indemnizatorias en procesos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado.

En la restitución de ingresos indebidos, la normativa tributaria distingue entre los sujetos que pueden solicitar la devolución y quiénes tienen derecho a obtenerla.²⁸⁷ En sendos casos se encuentran los obligados tributarios y los repercutidos, pero el art. 14.4 RD 520/2005 contempla que la reciba el repercutido si el obligado tributario es quien lo solicita. La cuestión relevante a efectos del reconocimiento de la excepción de repercusión, en este caso, del tributo es qué ocurre cuando el obligado

²⁸⁷ Artículo 14 Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (RD 520/2005).

tributario reclama sin que se conozca la identidad de quién ha soportado la repercusión. Dos casos ilustran esta problemática.

El primero es el resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2014²⁸⁸. La demandante fue el Consorcio regional de transportes públicos de Madrid (CRTM) y reclamaba la devolución de cantidades pagadas en exceso en concepto de IVA entre los años 2003 y 2005.

Las solicitudes fueron desestimadas a nivel administrativo por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). El consorcio interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que anuló la resolución administrativa y ordenó la devolución. CRTM, ante la negativa de la administración tributaria, promovió un incidente de ejecución de sentencia ante la Audiencia Nacional para recibir las cantidades solicitadas. El tribunal lo desestimó y acogió los argumentos de la administración tributaria, según la cual, CRTM había repercutido el IVA y no le correspondía la restitución de tales cantidades, sino a sus clientes, los usuarios del transporte público de Madrid. CRTM interpuso recurso de casación contra el auto desestimatorio.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. La sentencia de la Audiencia Nacional ordenó la devolución de las cantidades al titular del derecho, pero esto no significaba que fuera CRTM: este fue el sujeto pasivo, pero dejó de soportar el gravamen cuando repercutió el tributo

²⁸⁸ STS, 3ª, de 25 de septiembre de 2014 (MP: Juan Gonzalo Martínez Micó, ECLI:ES:TS:2014:3731).

a sus clientes. Por tanto, la única devolución debida sería a estos y el hecho de desconocer sus identidades no justifica que la entrega de tales cantidades a CRTM, quien se enriquecería indebidamente si se llevara a cabo.

El segundo se incardina en el grupo de casos de reclamaciones de devolución del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos²⁸⁹, que fue declarado contrario al Derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de la UE²⁹⁰. La demandante fue SETOR SA, una mercantil dedicada a la comercialización de gasóleo sujeta al referido impuesto y, en 2013, reclamó la devolución de las cuotas satisfechas por ese impuesto entre el tercer trimestre de 2009 y el cuarto trimestre de 2012. La Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso en su sentencia de 9 de abril de 2019²⁹¹ en la que siguió la argumentación de su sentencia de 13 de febrero de 2018²⁹².

SETOR SA solicitó la devolución de las cuotas satisfechas por el referido impuesto, pero la Oficina Gestora de Impuestos Especiales de Madrid desestimó la solicitud el 25 de octubre de 2013. Tras la desestimación, la mercantil instó una reclamación económico-administrativa ante el TEAC. Antes de que pudiera resolver, el Tribunal

²⁸⁹ Impuesto creado mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y derogado posteriormente mediante la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

²⁹⁰ STJUE de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora SL contra Generalitat de Catalunya, C-82/12, ECLI:EU:C:2014:108.

²⁹¹ STS, 3ª, 491/2019, de 9 de abril (MP: Ángel Agualló Avilés, ECLI:ES:TS:2019:1206).

²⁹² STS, 3ª, 217/2018, de 13 de febrero (MP: Jesús Cudero Blas, ECLI:ES:TS:2018:308).

de Justicia de la Unión Europea declaró el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos contrario al derecho de la Unión Europea. El TEAC, aplicando la sentencia del TJUE, estimó parcialmente y ordenó la devolución del expediente a la Oficina Gestora para que determinara si se cumplían los requisitos para que el obligado tributario que repercutió el impuesto, en lugar del repercutido, obtuviera la devolución.

SETOR SA recurrió esta resolución ante la Audiencia Nacional. El tribunal desestimó su recurso, porque, por un lado, debían cumplirse las condiciones legalmente establecidas para que el repercutido no tuviera derecho a obtener la devolución. Por otro lado, en caso de devolución, el sujeto que había trasladado el tributo en su totalidad se enriquecería sin causa.

La mercantil recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, quien declaró que no había lugar al recurso. El sujeto pasivo se vio liberado de la carga fiscal al repercutirla sobre los clientes finales, por lo que son estos últimos quienes tienen derecho a solicitar la devolución. La única forma de enervar el posible enriquecimiento sin causa de la administración tributaria sería si los clientes repercutidos solicitan estas cantidades. La ausencia de esta solicitud y/o la imposibilidad de que la administración tributaria devuelva la cantidad ingresada no afecta a la posición del obligado tributario que repercutió el impuesto ni le hace nacer un derecho a tal restitución. Una devolución a SETOR SA, en el marco de este procedimiento, únicamente modificaría el sujeto indebidamente beneficiado por la recaudación de un tributo indebido por ser contrario al derecho de la Unión Europea. El Tribunal Supremo

cierra la sentencia recordando a la mercantil que, si este hecho le ha causado un perjuicio real y efectivo sobre su patrimonio, puede ejercitar una acción de daños y perjuicios contra el Estado, que no estaría vinculada a la identidad de la persona que ha soportado la carga del gravamen.

Este caso permite unir el hilo con la segunda de las posibles pretensiones que tiene un afectado por la imposición de un tributo contrario al Derecho de la Unión Europea: la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, una pretensión indemnizatoria.

En derecho español, los requisitos, si se trata de responsabilidad por incumplimiento del derecho de la UE, son los siguientes²⁹³. Primero, la norma de derecho de la Unión Europea vulnerada debe conferir derechos a los particulares. Segundo, la violación debe estar suficientemente caracterizada. Tercero, el particular debe haber sufrido un daño. Finalmente, cuarto, es necesario que exista una relación causal entre infracción y daño.

²⁹³ Art. 32.5 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Los requisitos para dar lugar a la responsabilidad del Estado provienen de la propia jurisprudencia del TJUE, en concreto y entre otras, de las SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, apartado 40; y de 30 de septiembre de 2003, Gerhard Köbler contra Republik Österreich, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 51. El procedimiento para la reclamación de esta responsabilidad civil depende de los ordenamientos jurídicos nacionales y, en este sentido, se pone en duda que el regulado por el derecho español sea compatible con el Derecho de la Unión Europea, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons, pp. 160-164.

En el caso del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos se cumplen los requisitos para dar lugar a tal responsabilidad, como se declara, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2016²⁹⁴.

Primero, la vulneración del ordenamiento jurídico de la UE se declara en la STJUE de 27 de febrero de 2014²⁹⁵ al entender que la norma que establece el impuesto es contraria a la Directiva europea en que justificaba su existencia.²⁹⁶

Segundo, la violación es suficientemente caracterizada porque es razonable suponer que las autoridades españolas eran conscientes, o debían haberlo sido, de que el impuesto no se ajustaba a la Directiva 92/12/CEE de Impuestos especiales. El TJUE ya había declarado que una finalidad presupuestaria no constituye una finalidad específica en el sentido de la Directiva, las autoridades europeas ya habían comunicado al Gobierno español la incompatibilidad y este, a pesar de todo, mantuvo el impuesto en vigor.²⁹⁷

Tercero, existe una relación de causalidad entre la vulneración del Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido. La causalidad entre los dos es directa, pues el daño económico sufrido y sin obligación de soportar deriva de una actuación del Estado: aplicar una norma contraria al Derecho de la UE. La causalidad es, también, exclusiva con el Estado legislador porque los daños derivan de una ley estatal.

²⁹⁴ STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016 (MP: Jesús Cudero Blas, ECLI:ES:TS:2016:701).

²⁹⁵ STJUE de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12.

²⁹⁶ STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016, FD 4.

²⁹⁷ STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016, FD 11.

Cuarto, las mercantiles que han abonado el impuesto han sufrido un daño. Para determinar la cuantía de las indemnizaciones, el Tribunal Supremo fija unas bases. La cantidad bruta a indemnizar es el equivalente a todas las cantidades abonadas en virtud del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea y reclamadas. Este montante únicamente se verá minorado si la recurrente ha solicitado la devolución de ingresos indebidos respecto de ese impuesto y de esos ejercicios, incluido el tramo autonómico.²⁹⁸

La sentencia también contempla la incidencia de las posibles deducciones de las cantidades abonadas en concepto de IVMDH en la determinación de la indemnización para evitar el posible enriquecimiento injustificado de la recurrente. En esta explicación, el Tribunal Supremo repasa la jurisprudencia del TJUE en este ámbito y cómo ha llegado a la conclusión de que la repercusión es el único motivo para denegar la devolución. Entonces, recuerda que las cantidades desembolsadas y abonadas integran el daño efectivo “con independencia de la relación que media entre el retenedor y la Administración Tributaria, a los efectos del alegado ingreso de las cantidades en el Tesoro Público”²⁹⁹. Esta última oración y las bases para la determinación de la cuantía a indemnizar permiten llegar a la conclusión de que el Tribunal no toma en consideración la posible repercusión del tributo a sus clientes.

²⁹⁸ STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016, FD 15.

²⁹⁹ STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016, FD 14.

a. Comentario al uso de la excepción por repercusión del tributo en estas pretensiones restitutorias e indemnizatorias

Estos casos de impuestos indirectos configurados para ser repercutidos nos permiten analizar la relevancia otorgada a la repercusión de un impuesto indebidamente recaudado en dos tipos de pretensiones, restitutorias e indemnizatorias.

La primera constatación es que la existencia de un precepto normativo no es un requisito básico para tener en cuenta la repercusión de aquello reclamado para determinar la cantidad a indemnizar o restituir. La posibilidad de hacer uso de esta excepción no está limitada por encontrar su fundamento en principios de derecho privado.

En el ámbito de las pretensiones restitutorias, la Administración tributaria recurre a este argumento y lo funda en el enriquecimiento injustificado del que se beneficiaría el obligado tributario reclamante. El tribunal acoge la excepción al entender que quienes tienen derecho a la devolución son aquellos que, en última instancia, han soportado el tributo, sujetos que no están reclamando en estos casos y, por eso, no puede devolverse el importe.

Desde un punto de vista exclusivamente legal, la toma en consideración del traslado a los compradores de billetes es lógico y esperable. De hecho, es la única excepción que pueden alegar las administraciones

tributarias³⁰⁰. La pretensión es restitutoria y su finalidad es devolver la cantidad abonada indebidamente o “compensar el enriquecimiento experimentado”³⁰¹. Si esta ha sido recuperada por otra vía, en este caso, por un traslado a sus clientes, no puede resultar extraño que los tribunales acojan y estimen la excepción. Son estos clientes quienes han abonado este impuesto y son ellos quienes, en su caso, deben ser restituidos.

Aunque pueda parecerlo, esta decisión no contradice la sentencia del TJUE en el asunto Danfoss³⁰² en ningún aspecto. En este caso, Danfoss adquirió aceites lubricantes de compañías petroleras que pagaron el impuesto sobre hidrocarburos y lo repercutieron totalmente sobre ella. A su vez, Danfoss revendió a Sauer-Danfoss parte de dichos hidrocarburos e incluyó el importe del impuesto en el precio de venta. Tras la supresión del tributo, las Danfoss y Sauer-Danfoss (esta última de forma subsidiaria respecto a la primera) reclamaron la devolución de las cantidades abonadas en ese concepto. El TJUE respondió a la cuestión de si puede desestimarse una solicitud de devolución porque el solicitante es un cliente del obligado tributario a quien le han repercutido el impuesto. El tribunal respondió que podrá rechazar la reclamación si el comprador repercutido tiene una pretensión

³⁰⁰ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Lady & Kid*, C-398/09, apartados 20 y 25. También, Magnus STRAND (2012), “Case C-398/09, *Lady & Kid A/S and others v. Skatteministeriet*, Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 September 2011, nyr”, *Common Market Law Review*, Vol. 49, núm. 1, p. 396.

³⁰¹ Ferran BADOSA COLL (2012), “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, en Esteve Bosch Capdevila (Dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Editorial Bosch, p. 107.

³⁰² STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss A/S et Sauer-Danfoss ApS contre Skatteministeriet*, C-94/10, ECLI:EU:C:2011:674.

restitutoria contra el sujeto pasivo³⁰³. Si la devolución por el sujeto pasivo es excesivamente difícil o prácticamente imposible, entonces podrá dirigir la reclamación contra la administración tributaria en virtud del principio de efectividad³⁰⁴. En el caso español, el cliente del obligado tributario que ha soportado la repercusión está legitimado tanto para solicitar la devolución, como para recibirla³⁰⁵.

Ahora bien, esta solución no es satisfactoria desde un punto de vista de incentivos. Los procedimientos iniciados para la devolución de tributos indebidamente ingresados tienen la finalidad de reintegrar cantidades abonadas en virtud de un acto nulo, que nunca debería haber existido. La decisión de la no devolución de un tributo por enriquecer injustificadamente al reclamante porque este lo ha repercutido a unos sujetos que no pueden ser identificados significa que se mantiene en el erario público. Esto es, se previene un enriquecimiento injustificado a costa de causar otro, pues el Estado no debería haber recibido esos ingresos. Esta posibilidad de mantenerlos por desconocimiento de los verdaderos empobrecidos puede motivar a los Estados a mantener una política recaudatoria que les permita obtener unos beneficios a los que, de otro modo, nunca tendría acceso.³⁰⁶

³⁰³ STJUE de 20 de octubre de 2011, Danfoss A/S, C-94/10, apartado 27.

³⁰⁴ STJUE de 20 de octubre de 2011, Danfoss A/S, C-94/10, apartado 28.

³⁰⁵ Art. 14.2.c RD 520/2005.

³⁰⁶ A pesar de que el propio Tribunal Supremo defiende que la Administración no se enriquece. Por todas, STS, 3ª, 217/2018, de 13 de febrero, FD 4. En una línea similar, el Tribunal de Justicia entiende que la devolución al obligado tributario que ha repercutido el tributo indebidamente recaudado supone un doble pago que enriquece injustificadamente al reclamante y, además, sigue sin suponer un remedio efectivo para las consecuencias del tributo sobre quien lo ha soportado en última instancia. Ver, por todas, SSTJUE de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, apartado 22; y de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid, C-398/09, apartado 19.

No obstante, la jurisprudencia nos indica que este peligro encuentra una posible solución en las acciones de daños que los obligados tributarios pueden ejercer en procedimientos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por infracción del Derecho de la Unión Europea.³⁰⁷ Como se puede observar, en estos, el Tribunal Supremo no toma en consideración la repercusión del tributo, sino únicamente la cuantía que ya ha sido devuelta mediante acciones de devolución de ingresos indebidos. Al no tenerlo en cuenta y considerar que el menoscabo patrimonial comprende las cantidades ingresadas en aplicación de la normativa (nula) del tributo, el Tribunal resta importancia al posible traslado del perjuicio y, en todo caso, no lo considera una ventaja computable³⁰⁸. Este hecho puede suponer una corrección de los incentivos aparentemente alterados por la denegación de la devolución y el posible enriquecimiento de la Administración Pública.

Sobre esta posible alteración de los incentivos han escrito, desde la perspectiva del Reino Unido, Alison Jones y Rebecca Williams en Alison JONES (2000), *Restitution and European Community Law*, Mansfield Press, p. 49; y Rebecca WILLIAMS (2010), *Unjust Enrichment and Public Law*, Hart Publishing, p. 153.

³⁰⁷ El Tribunal Supremo reconoce que los sujetos pasivos pueden ejercer acciones de naturaleza distinta a la restitutoria si constatan “la existencia de un impacto real y efectivo en el patrimonio del sujeto pasivo con ocasión del ingreso en el Tesoro Público del impuesto ilegal” en STS, 3ª, 217/2018, de 13 de febrero, FD 4 y STS, 3ª, 220/2018, de 14 de febrero, FD 4 (MP: Francisco José Navarro Sanchís, ECLI:ES:TS:2018:490).

³⁰⁸ Esto se refiere a las tres reglas de integración de lucros y daños. Como veremos, las opciones son: (i) acumular las ventajas recibidas y conectadas causalmente al daño, (ii) deducirlas o (iii) deducirlas y conceder legitimación activa a quien concede la ventaja. En este ámbito, parece que el Tribunal Supremo opta por el principio general del derecho español de daños: la acumulación. Sobre las tres opciones, Fernando GÓMEZ POMAR (2000), “Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines”, *InDret* 1.2000.

3. La compatibilidad de la jurisprudencia del Cártel del Azúcar con la normativa actual

En la actualidad, el cártel del azúcar (caso Ebro Foods) es el caso en el que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse explícitamente sobre la excepción de repercusión del perjuicio en pretensiones de daños derivados de ilícitos concurrenciales³⁰⁹, si bien es cierto que no es el único. También, como se desprende de la litigación derivada de la sanción al cártel de los camiones, es el criterio de base utilizado por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales para analizar si, en los casos de los que conocen, las demandadas están cumpliendo con su carga de la prueba para admitir o rechazar la excepción. Por este motivo, debe estudiarse si estos requisitos cumplen con el contenido de la excepción incorporada actualmente a nuestra Ley de Defensa de la Competencia.

El Tribunal Supremo es consciente de que los compradores directos sufren los efectos precio (el sobrecoste) y volumen (ventas perdidas). El incremento de precios con fines de repercusión es un comportamiento posible de quien sufre el efecto precio. El efecto volumen, por su parte, es una clara consecuencia del ajuste de precios, pues los compradores indirectos, en función de sus preferencias y necesidades, o dejarán de comprar el producto o buscarán otro proveedor que los venda a un precio inferior. Para ello, el Tribunal configura la excepción de tal forma

³⁰⁹ Como se trata de un único caso si no se tiene en cuenta la pretensión contra PETROCAT, no podría considerarse jurisprudencia. Ver, Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2020a), “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) a los casos de los cárteles de sobre y camiones”, cit. (último acceso: 11 de marzo de 2020).

que es muy probable que las demandantes sean resarcidas y es poco probable que las demandadas acaben impunes y no respondan por los daños causados.³¹⁰

El perjuicio efectivamente padecido es el resultado de la siguiente operación:

$$\text{Daño} = \text{sobrecoste soportado} - \text{sobrecoste repercutido} + \text{efecto volumen}^{311}$$

La tríada de requisitos para la admisión de la excepción por repercusión del sobrecoste son los siguientes: el demandado (1) debe demostrar (2) que el demandante ha repercutido el sobrecoste causado por la infracción mediante el incremento de sus precios (3) sin haber sufrido una reducción de ventas.

El primero es la atribución de la carga de la prueba, que puede entenderse como la decisión de “cuál de los litigantes ha de aportar los medios probatorios que permitan alcanzar ese nivel de convicción, de modo que si el gravado por tal carga no satisface esa exigencia probatoria, la decisión judicial sobre el acaecimiento de la

³¹⁰ Aquí puede apreciarse la inspiración en las pretensiones restitutorias de impuestos indebidamente recaudados resueltas por el TJUE, donde la reducción de las ventas eran un argumento que apoyaba la idea de que la restitución no fuera a significar de forma automática el enriquecimiento injustificado de la demandante como consecuencia de la repercusión.

³¹¹ OCDE (2011b), *Quantification of harm to competition by national...*, cit., pp. 27 y 28; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 12.

circunstancia en cuestión será negativo”³¹². Esta opción es perfectamente acorde con la legislación procesal española vigente tanto cuando se dictó la sentencia como cuando se modificó la Ley de Defensa de la Competencia, que indica que corresponde a la parte demandada probar “los hechos que (...) impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos [de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda]”³¹³.

La propia legislación procesal contempla tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria para modular los efectos de incumplir con la carga sobre la estimación de la pretensión.³¹⁴ Ahora bien, no es razonable utilizar este argumento para cargar a la parte demandante con la responsabilidad de demostrar que no ha llevado a cabo tal repercusión, so pena de ver su pretensión desestimada. Primero, sería un caso de *probatio diabolica* o prueba de hecho negativo. Segundo, sería un instrumento óptimo para desincentivar el ejercicio de pretensiones de daños contra infractores del derecho de la competencia, porque la repercusión, aunque imposible en todos los contextos, es la

³¹² Fernando GÓMEZ POMAR (2001), “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret* 1.2001, p. 6.

³¹³ Art. 217.3 LEC leído conjuntamente con el art. 217.2 LEC.

³¹⁴ Art. 217.7 LEC. Las normas de acceso a las fuentes de prueba contenidas en los artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC incorporadas al trasponer la Directiva de Daños elimina la supuesta dificultad de acceso a documentación de los demandantes para la preparación de la excepción por repercusión del sobre coste, pues tanto demandantes como demandados puede hacer uso de ellas. A modo de ejemplo, ver AJM 3 Valencia, de 3 de marzo de 2020 (MP: Eduardo Pastor Martínez, ECLI:ES:JMV:2020:21A) donde el magistrado admitió parcialmente la solicitud de exhibición de documentación e información de la demandante para formular la excepción basada en la repercusión del sobre coste.

respuesta de cualquier operador del mercado ante un incremento en sus costes.³¹⁵

Tampoco es problemático que el infractor demandado tenga que demostrar el incremento del precio del producto o servicio del demandante como consecuencia de la infracción. Al fin y al cabo, es una condición *sine qua non* para que la repercusión exista. De otro modo, el demandante habría absorbido el perjuicio o sería un ajuste al alza de precios irrelevante si la causa fuera otra circunstancia distinta a la conducta anticoncurrencial.

La compatibilidad del tercer requisito, esto es, el mantenimiento estable del número de ventas (perdidas), con el nuevo régimen de la excepción de repercusión es discutible.³¹⁶

Por un lado, los artículos 74 y 75 LDC presentan la situación de una forma clara.

Primero, el ajuste al alza de los precios puede afectar negativamente a las ventas.³¹⁷ Segundo, el sobrecoste recuperado al trasladarlo aguas

³¹⁵ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1980), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Response to Landes and Posner”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128, núm. 5, p. 1281; Tomáš DUMBROVSKÝ (2013), “Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches”, *EUI Working Papers – MWP 2013/30*, pp. 7, 19 y 20.

³¹⁶ En contra, Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017c), “Artículo 78”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Guitérrez (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1514-1515.

³¹⁷ Como se ha visto, esto puede pasar, por ejemplo, porque la demanda del producto es elástica, al existir productos sustitutivos o empresas competidoras que ofrecen este producto a un precio inferior.

abajo únicamente puede reducir el efecto precio.³¹⁸ Tercero, la indemnización por efecto volumen compensa unas pérdidas distintas al sobrecoste.

Partiendo de que el daño indemnizable son todas las pérdidas causalmente conectadas con la infracción, el posible éxito de la excepción no puede perjudicar la parte de la indemnización concerniente al efecto volumen ni ser esta un elemento clave para el posible éxito de la defensa.

En otro caso, se perjudicaría a la víctima de nuevo al alterar sus incentivos. En función de la aversión al riesgo de los administradores y directivos, la empresa optará por absorber el sobrecoste con independencia de que este ajuste de precios al alza pueda ser consecuencia de otro efecto en el mercado³¹⁹ o de un valor añadido producto de su proceso de elaboración del bien o prestación del servicio.

Asimismo, también puede ser que, aunque haya visto reducidas sus ventas o los contratos de prestación de servicios en comparación con otro periodo económico, la empresa decida no reclamar por esa cuantía por la difícil cuantificación y prueba. En este caso, el tercer requisito podría darse por cumplido y, al final, en caso de admisión de la excepción, la víctima terminaría infra-compensada.

³¹⁸ Por eso, Purificación Martorell insiste en distinguir los términos sobrecoste y daño, en Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, cit., p. 170.

³¹⁹ Como sería el incremento de otro coste consecuencia de la escasez no artificial del producto, por ejemplo.

Por otro lado, en el supuesto de entender que los tres requisitos son acordes con el espíritu del art. 78 LDC, es relevante tener en cuenta que el principio de efectividad obliga a los Estados miembros y a sus tribunales a no tornar excesivamente difícil o prácticamente imposible el uso de la excepción por repercusión del sobrecoste.³²⁰ El diseño de la excepción y su posible exitosa oposición deben mantener, por tanto, un difícil equilibrio entre (1) evitar las indemnizaciones excesivas y el enriquecimiento injustificado, (2) la efectividad de las pretensiones de daños y perjuicios y (3) la ausencia de responsabilidad de los infractores como consecuencia de los laxos requisitos de la excepción. La discusión, ahora, se centra sobre los estándares de prueba del daño efectivamente sufrido, en concreto sobre sus condiciones de “certeza y realidad”³²¹.

Está claro que los Estados miembros no pueden facilitar en exceso los requisitos para la admisión de la excepción ni poner un umbral inferior al estándar exigido para la prueba del daño sufrido por el demandante, pues tornaría ineficientes e inefectivas las pretensiones de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia.³²² En España,

³²⁰ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 33. En este sentido, Ignacio GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ (2020), “Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto””, *InDret* 3.2020, pp. 539-540. En contra, Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2020a), “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) a los casos de los cárteles de sobre y camiones”, cit. (último acceso 26 de enero de 2021); y Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2021), “La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia”, *InDret* 1.2021, pp. 12-13.

³²¹ Elena VICENTE DOMINGO (2014a), “El Daño”, en Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Tomo I, Aranzadi, p. 340.

³²² Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2020b), “La defensa de la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia:

el estándar de prueba o “umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión”³²³ difiere en función del tipo de daño cuya realidad busca demostrarse.

En lo que respecta al daño emergente como perjuicio efectivo, conocido y causalmente conectado con el hecho dañoso³²⁴, hay dos estándares: el determinista y el probabilístico. De acuerdo con el primero, el daño únicamente puede existir o no ser cierto y, por tanto, se exige una prueba de un nivel elevado de certeza de la existencia del perjuicio y del vínculo causal con el hecho que lo vincula, en estos casos, la infracción concurrencial.³²⁵

La concepción probabilística, por su parte, deriva de la visión económica del daño³²⁶ y parte de la imposibilidad de determinar la certeza de la existencia del daño y de la causa. Esta concepción admite la posibilidad de establecer la probabilidad de la realidad del perjuicio y de su cualidad de indemnizable por la existencia (probabilística también) de relación causal.

problemas de prueba”, *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2020, <https://almacendederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba> (último acceso: 26 de enero de 2021). También, Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2021), “La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia”, cit., p. 36.

³²³ Fernando GÓMEZ POMAR (2001), “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, cit., p. 5.

³²⁴ Elena VICENTE DOMINGO (2014a), “El Daño”, cit., p. 342.

³²⁵ Elena Cristina TUDOR (2018), “La causalidad en acciones de daños antitrust, a la luz de los dispuesto en la Directiva 2014/104/UE”, cit., p. 225; Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia...*, cit., p. 123; y Hanns ABELE, Georg KODEK y Guido SCHAEFER (2011), “Proving Causation in Private Antitrust Cases”, *Journal of Competition Law and Economics*, cit., p. 859.

³²⁶ Hanns ABELE, Georg KODEK y Guido SCHAEFER (2011), “Proving Causation in Private Antitrust Cases”, cit., p. 860.

El lucro cesante, que se corresponde con las ganancias no obtenidas o ingresos perdidos³²⁷, esto es, las ventas perdidas vinculadas al efecto volumen de la infracción, tiene un estándar diferente por la difícil determinación de la realidad y alcance al tratarse de ganancias esperadas, pero no logradas.³²⁸ A pesar de esta incertidumbre propia del tipo de daño, existen dos corrientes jurisprudenciales sobre la reparación de esta categoría de perjuicios. Una más restrictiva que limita la reparación a las ganancias que el daño evitó a pesar de su “existencia” previa³²⁹, por lo que la prueba sería excesivamente difícil.³³⁰ La segunda contempla el resarcimiento de las ganancias que se hubieran obtenido según el curso normal de los acontecimientos.³³¹

Se advierte, por tanto, que existen dos tipos de estándares para cada elemento del daño indemnizable: uno más próximo a la certeza y otro gobernado por la probabilidad. Dada la imposibilidad de observar los escenarios contrafácticos y la consiguiente ausencia de certeza, el recurso a los estándares probabilístico sería el más conveniente.

Ahora bien, este rige, esencialmente, para el lucro cesante y la prueba del sobrecoste repercutido correspondería al daño emergente. En este aspecto, un estándar excesivamente elevado como la certeza de que ha ocurrido el traslado aguas abajo libraría a la defensa de toda efectividad.

³²⁷ Elena VICENTE DOMINGO (2014a), “El Daño”, cit., p. 345.

³²⁸ Elena VICENTE DOMINGO (2014b), *El lucro cesante*, cit., p. 13.

³²⁹ Luís DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V: la responsabilidad civil extracontractual*, Aranzadi, p. 345.

³³⁰ Elena VICENTE DOMINGO (2014b), *El lucro cesante*, cit., p. 34.

³³¹ Por ejemplo, STS, 1ª, 896/2002, de 26 de septiembre.

Parecería, entonces, que la solución integradora podría pasar por optar por un estándar de prueba probabilístico, pero que exigiera una probabilidad elevada a los efectos de acreditar la existencia de la repercusión. Esto significa que seguiría sin ser suficiente la referencia abstracta a que las condiciones de mercado lo permiten, sino que la demandada deberá llevar a cabo un esforzado análisis de la situación en el mercado de la demandante y el subsiguiente para determinar si en el caso concreto, con una elevada probabilidad, la repercusión era posible y, en caso de mantenimiento de los requisitos de la sentencia del cártel del azúcar, cómo afectó a las ventas de la empresa perjudicada.

Capítulo cuarto. La repercusión del sobrecoste en otros ordenamientos: marco legal y jurisprudencial

En este capítulo, se estudiará el tratamiento que tiene la defensa basada en la repercusión del sobrecoste en otros países europeos, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como antecedente de la Directiva 2014/104, y en Estados Unidos, a nivel federal, como ordenamiento de contraste.

I. La excepción de repercusión del sobrecoste en Reino Unido

En el Reino Unido, concretamente en Inglaterra y Gales, también se contempla la repercusión del perjuicio como un elemento a tener en cuenta en la cuantificación del perjuicio sufrido. Este argumento defensivo de la demandada ha sido reconocido por los tribunales en diferentes ocasiones³³², aunque los tribunales únicamente han estudiado su operatividad en un proceso³³³.

Tras la transposición de la Directiva 2014/104, el reconocimiento legal de la defensa se encuentra en los párrafos 8 y 11 del artículo 47F de la Competition Act de 1998 según la reforma operada por la *The Claims in*

³³² Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA [2008] EWCA Civ 1086, párrafo 147 en Longmore LJ y párrafo 151 en Tuckey LJ; Emerald Supplies Ltd v British Airways plc [2009] EWHC 741 (Ch), párrafos 36 y 37 en Sir Andrew Morritt C; Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated y otros [2016] CAT 11, párrafo 484.

³³³ [2016] CAT 11 y sus respectivos recursos ante la *Court of Appeal* y *Supreme Court*.

respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements (Competition Act 1998 and Other Enactments (Amendment)) Regulations 2017.

De acuerdo con estas normas, habrá un sobrecoste derivado de una infracción

“if, when the product or service acquired directly from the infringer, the price actually paid exceeds the price that would have been paid in the absence of the infringement”³³⁴

El párrafo 11(1) admite la facultad de la demandada (infractora) de invocar la repercusión del sobrecoste por parte de la demandante (compradora directa) como defensa. En ese caso, sobre la infractora recaerá la carga de la prueba de:

“(a) that the claimant passed on the overcharge (...), and (b) the extent to which the claimant did so”³³⁵

Igual que en los artículos de la Ley de Defensa de la Competencia, la norma no establece qué debe probar el demandado en concreto.

En esta jurisdicción, la defensa también estaba contemplada para las acciones de restitución de las cantidades recaudadas a través de tributos

³³⁴ Párrafo 8, parte 2, *section* 47F en: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/385/schedule/1/made> (consultado el 18/05/2019).

³³⁵ Párrafo 11(2), parte 2, *section* 47F en: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/385/schedule/1/made> (consultado el 18/05/2019).

contraria al derecho nacional y europeo cuando el sujeto pasivo había repercutido la cantidad a sus clientes. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes expuesta, los tribunales británicos entendieron que el traslado “aguas abajo” tenía como consecuencia el cambio de posición del perjudicado al perder la condición de empobrecido.³³⁶

En los casos de daños consecuencia de prácticas anticompetitivas, los tribunales también han intervenido en la clarificación de esta defensa y en la fijación de criterios en casos previos a la transposición de la Directiva de Daños. El caso más relevante concierne a la litigación derivada de las tasas multilaterales de intercambio aplicadas por Visa y Mastercard. En concreto, en estos casos, las demandantes fueron varias cadenas de supermercados: Sainsbury’s Supermarket Ltd, Asda Stores Ltd, Argos Limited and others y WM Morrison Supermarkets Plc.³³⁷

Los hechos del caso, centrados en MasterCard, son los siguientes. La Comisión Europea sancionó el 19 de diciembre de 2007 a MasterCard³³⁸

³³⁶ Sobre el cambio de posición del empobrecido como argumento para justificar esta defensa en acciones restitutorias, Graham VIRGO (2015), *Principles of the Law of Restitution*, 3ª ed., Oxford University Press, pp. 703 y 704. La excepción en pretensiones restitutorias se limita a los casos de restitución de ciertos impuestos, Magnus STRAND y Erik MONSEN (2019), “Passing-On Unlawful Charges: Still No Small Matter”, *European Public Law*, Vol. 25, núm. 2, p. 252.

Algunos autores entienden que no deben olvidarse lo siguiente: (1) el Estado se estaría beneficiando porque retendría unas cantidades que no debería haber recaudado y (2) los presupuestos del enriquecimiento injustificado, al tratarse de una acción restitutiva, no debería dar importancia a qué haya hecho el empobrecido para recuperarse. En este sentido, Alison JONES (2000), *Restitution and European Community Law*, cit., p. 49; y Rebecca WILLIAMS (2010), *Unjust Enrichment and Public Law*, cit., p. 153.

³³⁷ Para ello, analizaremos la sentencia de *Competition Appeal Tribunal* de 14 de julio de 2016 ([2016] CAT 11), la de la *Court of Appeal* de 4 de julio de 2018 ([2018] EWCA Civ 1536) y la de la *Supreme Court* de 17 de junio de 2020 ([2020] UKSC 24).

³³⁸ Concretamente, las sancionadas en el procedimiento ante instancias europeas fueron MasterCard Inc., MasterCard International Inc. y MasterCard Europe SPRL.

al entender que el establecimiento de tasas multilaterales de intercambio aplicadas a las operaciones transfronterizas de pago con tarjeta bancaria en el Espacio económico europeo constituía una práctica restrictiva de la competencia.³³⁹ Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal General, primero, y ante el Tribunal de Justicia, después. Sendos tribunales desestimaron los recursos y confirmaron la decisión.³⁴⁰

Posteriormente, unas cadenas de supermercados interpusieron acciones contra MasterCard y Visa para que (1) se declarara que las tasas multilaterales de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta en el Reino Unido constituían restricciones del Derecho de la competencia de la Unión Europea (artículo 101 TFUE) y nacional (capítulo primero de la *Competition Act* 1998) y (2) les concedieran indemnizaciones por los daños y perjuicios que les causó el establecimiento de estas tasas. Estas pretensiones fueron híbridas, porque el pronunciamiento previo existente, la Decisión de la Comisión Europea, no incluía la tasa multilateral de intercambio aplicada en el Reino Unido.

El *Competition Appeal Tribunal* (CAT) resolvió, sobre la infracción, que se trataba de una restricción por su efecto.

En relación a la indemnización de daños, MasterCard arguyó que el perjuicio alegado por Sainsbury's debía reducirse (i) por los beneficios

³³⁹ Decisión de la Comisión C(2007) 6474 final, de 19 de diciembre de 2007, asuntos COMP/34.579, COMP/36.518, COMP/38.580.

³⁴⁰ STGUE de 24 de mayo de 2012, MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260; y STJUE de 11 de septiembre de 2014, MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea, C-382/12, ECLI:EU:C:2014:2201.

obtenidos, (ii) por no haber mitigado el daño cuando tuvo la oportunidad y (iii) por haber repercutido el daño a sus propios clientes al incrementar sus precios.

Respecto a la compensación del daño y los beneficios obtenidos y la ausencia de mitigación del daño³⁴¹ en la determinación de la infracción, el CAT recuerda que la computación requiere una relación causal entre perjuicio y beneficio³⁴². En el caso, desestimó este motivo de reducción porque (i) Sainsbury's habría obtenido los beneficios independientemente del nivel de la tasa³⁴³, (ii) las transacciones con sus clientes no eran consecuencia de la infracción de MasterCard³⁴⁴ y (iii) Sainsbury's no tenía modo de mitigar el efecto del perjuicio³⁴⁵.

Respecto a la defensa basada en la repercusión del sobrecoste, el CAT tampoco la acogió. El tribunal determinó cuáles eran los requisitos para entender que se había trasladado “aguas abajo” este sobrecoste.

³⁴¹ El concepto de mitigación del daño (*mitigation*) no es diferente al nuestro: “The extent of the damage resulting from a wrongful act, whether tort or breach of contract, can often be considerably lessened by well-advised action on the part of the person wronged. In such circumstances, the law requires him to take all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the defendant's wrong, and refuses to allow him damages in respect of any part of the loss which is due to his neglect to take such steps” en James EDELMAN (Ed.) (2019), *McGregor on Damages*, 20ª ed., Sweet & Maxwell, apartado 9-014.

³⁴² [2016] CAT 11, párrafo 475: “In order to be relevant as a benefit to be taken into account in the assessment of damages, that benefit must bear some relation to the damage suffered by the claimant as a result of the breach (...). Unless that relationship exists, the benefit is a collateral one”.

³⁴³ [2016] CAT 11, párrafo 478(1).

³⁴⁴ [2016] CAT 11, párrafo 478(3).

³⁴⁵ [2016] CAT 11, párrafo 478(2). El CAT llega a esta conclusión en comparación con el precedente alegado por MasterCard. En aquel, la víctima del incumplimiento contractual pudo adquirir unas máquinas para mitigar el perjuicio. En el presente caso, Sainsbury's carecía de una solución similar.

Primero, el incremento del precio del demandante³⁴⁶. Segundo, el nexo causal entre el sobrecoste y el incremento.³⁴⁷ Tercero, la identificación de un repercutido o una clase de estos.³⁴⁸ El CAT concluyó que MasterCard no había sido capaz de determinar ni la medida en que los precios de Sainsbury's habían aumentado (1) como consecuencia del perjuicio sufrido (2) ni un conjunto de clientes repercutidos (3).³⁴⁹

MasterCard recurrió la sentencia en apelación por, entre otros motivos, considerar inconsistente la falta de reducción del perjuicio por su repercusión y el pronunciamiento sobre los intereses, donde se calculó el porcentaje sobre la base de una repercusión parcial. *La Court of Appeal*, en su sentencia de 4 de julio de 2018³⁵⁰, primero, recordó que el criterio en lo que respecta a la computación de los beneficios obtenidos en la determinación de la indemnización es su posible imputación objetiva al daño.³⁵¹ Segundo, confirmó los criterios del *Competition Appeal Tribunal*

³⁴⁶ [2016] CAT 11, párrafo 848(4)(i): “First, (...) the pass-on defence is only concerned with identifiable increases in prices by a firm to its customers”.

³⁴⁷ [2016] CAT 11, párrafo 848(4)(ii): “Secondly, the increase in price must be causally Connected with overcharge, and demonstrably so”.

³⁴⁸ [2016] CAT 11, párrafo 848(5): “Given these factors, we consider that the pass-on “defence” ought only to succeed where, on the balance of probabilities, the defendant has shown that there exists another class of claimant, downstream of the claimant(s) in the action, to whom the overcharge has been passed on”.

³⁴⁹ [2016] CAT 11, párrafo 485.

³⁵⁰ [2018] EWCA Civ 1536.

³⁵¹ [2018] EWCA Civ 1536, párrafo 330. Para ello, se hace eco de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, *Fulton Shipping Inc v Globalia Business Travel SAU* [2017] UKSC 43, en la que una empresa naviera, tras un incumplimiento contractual, reclama una indemnización de daños y perjuicio y, a la vez, vende el barco. La parte contraria solicita la computación de los beneficios obtenidos en la alienación del navío en la determinación de la indemnización. El Tribunal Supremo considera que no debe computarse porque no se trata de un beneficio directo: “(...) There was nothing about the premature termination of the charterparty which made it necessary to sell the vessel, either at all or at any particular time (...). If the owners decided to sell the vessel, whether before or after the termination of the charterparty, they are making a commercial decision at their own risk about the disposal of an interest in the vessel

al afirmar: “It is plain that, in reaching its conclusion at [484], the CAT applied the legal principles for establishing pass-on”³⁵².

Las dos partes recurrieron ante la *Supreme Court* que resolvió por sentencia de 17 de junio de 2020.³⁵³ A los efectos que aquí interesan, la *Supreme Court* tuvo que pronunciarse sobre la estimación judicial y el nivel de precisión en la cuantificación exigido a los demandados al plantear la repercusión del sobrecoste como comportamiento que reduce el daño sufrido.³⁵⁴ La *Court of Appeals* entendió que la estimación judicial estaba prevista únicamente para la cuantificación del daño sufrido.³⁵⁵

En derecho inglés, tras la transposición de la Directiva 2014/104, se confirma que la naturaleza de la indemnización de daños y perjuicios por los daños causados por una infracción del derecho de la competencia es exclusivamente compensatoria³⁵⁶ y no existe prohibición alguna de tener en cuenta a efectos de cuantificación la posible repercusión de un elemento del daño.³⁵⁷ La carga de probar estas

which was no part of the subject matter of the charterparty and had nothing to do with the charterers” [2017] UKSC 43, párrafo 32.

³⁵² [2018] EWCA Civ 1536, párrafo 337.

³⁵³ [2020] UKSC 24.

³⁵⁴ [2020] UKSC 24, párrafo 175.

³⁵⁵ [2018] EWCA Civ 1536, párrafo 330

³⁵⁶ [2020] UKSC 24, párrafo 194. En el régimen anterior, aplicando también la ley de Inglaterra y Gales y la jurisprudencia de sus tribunales, se contemplaba la posibilidad de conceder indemnizaciones ejemplarizantes en derecho inglés si la infracción, cometida con dolo o negligencia grave, podía generar unos beneficios que excedieran las cuantías de las indemnizaciones y siempre que el procedimiento de aplicación pública no hubiera terminado con la sanción a la empresa infractora, como ocurrió en el caso 2 Travel Group PLC (in liquidation) contra Cardiff City Transport Services Ltd, [2012] CAT 19, apartados 478-598, en particular 478-498 y 558-598.

³⁵⁷ [2020] UKSC 24, párrafos 196 y 197.

circunstancias que reducen la indemnización corresponde a la parte demandada.³⁵⁸

Sentado lo anterior, la *Supreme Court* se centra en la precisión de la cuantificación de la repercusión. Empieza recordando que el principio compensatorio no está reñido con que las partes puedan optar por utilizar estimaciones del daño si el coste de conseguir una cuantificación precisa, en caso de ser posible, es desproporcionado.³⁵⁹ Continúa que, a su juicio, no hay motivos para exigir una cuantificación más precisa para la excepción que para la acción³⁶⁰ y que esta línea es la incluida en la Directiva de Daños y en las Directrices de cuantificación del sobrecoste repercutido³⁶¹.³⁶² Por ello, la posibilidad de estimar se aplica igual a quienes usen la repercusión como excepción y como fundamento de su acción, por lo que no puede exigirse a los primeros que presenten una cuantificación más precisa.³⁶³

De los requisitos para la admisión de la excepción, únicamente la necesidad de identificar una clase de posibles demandantes puede no ser compatible con el artículo 47F, párrafo 11 de la *Competition Act* 1998. Si bien es cierto que las partes pueden solicitar el acceso a fuentes de

³⁵⁸ [2020] UKSC 24, párrafo 211.

³⁵⁹ [2020] UKSC 24, párrafo 217.

³⁶⁰ [2020] UKSC 24, párrafo 219.

³⁶¹ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit.

³⁶² [2020] UKSC 24, párrafos 220-225 con cita de los artículos 12.5 y 17 de la Directiva de Daños y los apartados 30 a 35 de las Directrices de cuantificación del sobrecoste repercutido. La *Supreme Court* reconoció que no eran aplicables porque el proceso se inició antes de la entrada en vigor de la Directiva de Daños, esto es, del 26 de diciembre de 2014, y el art. 22 de la Directiva de Daños prohíbe la aplicación retroactiva, en [2020] UKSC 24, párrafo 190.

³⁶³ [2020] UKSC 24, párrafos 223-225.

prueba para elaborar sus respectivos escritos y que estos mecanismos son específicos para estas acciones, el tipo de información a solicitar puede considerarse especialmente sensible. En este caso, la denegación haría imposible la oposición de la excepción.

II. La excepción de repercusión del sobrecoste en Francia

En Francia, igual que en España, no existía una pretensión específica para los daños causados por infracciones del derecho de la competencia antes de la transposición de la Directiva de Daños. La pretensión general de daños del artículo 1.240 *Code Civil*³⁶⁴ era la única que tenían las víctimas a su disposición para ver sus perjuicios resarcidos.³⁶⁵ La jurisprudencia analizada a continuación y confrontada, posteriormente, con los preceptos que transponen la Directiva de Daños, por tanto, procede de acciones generales de daños.

Los casos más relevantes sobre el impacto de la repercusión del sobrecoste son dos contra la misma parte demandada: Ajinomoto Eurolysine. En el primero, las demandantes son cuatro sociedades del

³⁶⁴ Antes del 10 de febrero de 2016, estaba recogida en el 1.382 *Code Civil*: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.” (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006438819/1804-02-19). Los dos artículos tienen el mismo tenor literal. Su redacción es muy similar al 1.902 CC.

³⁶⁵ Una explicación más detallada puede encontrarse en Rafael AMARO (2017), “Recent Developments in the Application of Articles 101 and 102 TFEU by French Courts” en Adriana Almazan y Peter Whelan (Eds.), *The Consistent Application of EU Competition Law*, Springer, pp. 225-227.

grupo DOUX Aliments y, en el segundo, las sociedades Coopérative Le Gouessant y Sofral.

Las sentencias que se explicarán a continuación se dictaron en el marco del ejercicio de acciones *follow on* contra Société Ajinomoto Eurolysine (“Ajinomoto”, en lo sucesivo), empresa a la que la Comisión Europea había sancionado por decisión de 7 de junio de 2000³⁶⁶. La conducta realizada entre julio de 1990 y junio de 1995 había constituido una infracción del artículo 81.1 Tratado CE, actualmente artículo 101 TFUE, por haber llevado a cabo acuerdos sobre el precio, sobre las cantidades y de intercambio de información sobre los volúmenes de venta de lisina sintética. Al ser las sancionadas unas de las pocas empresas dedicadas a la producción de lisina, sus efectos fueron, según la decisión, el incremento del precio de venta respecto al que hubiera habido sin infracción y la reducción del volumen de ventas.³⁶⁷

El primer caso es relevante a efectos del reconocimiento de la posibilidad de oponer la excepción de repercusión del sobrecoste y de la determinación del impacto del traslado aguas abajo en la indemnización. También confirma, aunque la amplia redacción del 1.240 *Code Civil* no lo pone en duda, que también nace una pretensión de daños a favor de los compradores indirectos, como son los demandantes.³⁶⁸ Este procedimiento tuvo dos fases. La primera terminó con la sentencia del Tribunal Supremo de Francia (*Cour de cassation*) de

³⁶⁶ Decisión 2001/418/CE, publicada en DO L 152 de 07/06/2001, pp. 24-72.

³⁶⁷ Apartado 261 de la Decisión 2001/418/CE.

³⁶⁸ Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, Cambridge University Press, p. 176-177.

15 de junio de 2010³⁶⁹ y la segunda, con la sentencia de la Corte de apelación de París de 27 de febrero de 2014³⁷⁰. Las demandantes fueron SNC Doux Aliments Bretagne, SARL Doux Aliments Bretagne, SNC Doux Aliments Cornouaille y SNC Doux Aliments Vendee (“Compañías DOUX”, en lo sucesivo).

Las Compañías DOUX se dedicaban a la crianza de aves de corral para su venta como alimentos. La lisina sintética se utiliza en la elaboración de productos alimenticios para animales como aditivo para aquellos productos que carecen de lisina natural (y, por tanto, sustituyen a los que la tienen) o para suplementar aquellos que tienen en pocas cantidades.³⁷¹ A través de su distribuidora exclusiva, CEVA Santé Animale (“CEVA” en lo sucesivo) las Compañías DOUX adquirieron lisina de Ajinomoto durante los años 1991 y 1995 para la producción de los alimentos de sus animales.

Las Compañías DOUX ejercieron sus respectivas pretensiones de daños contra Ajinomoto y CEVA por el perjuicio sufrido como consecuencia del precio de venta superior al precio de mercado, esto es, por el sobrecoste.

³⁶⁹ Sentencia de la *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale* de 15 de junio de 2010, 09-15.816, no publicada. Accesible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022371861> (consultado el 3 de noviembre de 2020).

³⁷⁰ Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* (Tribunal de apelación de París) de 27 de febrero de 2014, caso 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne et al. v Société Ajinomoto Eurolysine).

³⁷¹ “*Faits et procédure*”, sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* 27 de febrero de 2014.

En primera instancia, el *Tribunal de commerce de Paris*, por sentencia de 29 de mayo de 2007, desestimó las pretensiones y declaró que CEVA no tenía legitimación pasiva. En segunda instancia, la *Cour d'Appel de Paris* estimó parcialmente el recurso de las demandantes, revocó parcialmente la sentencia de instancia y, sin entrar a valorar si las demandantes habían podido repercutir el sobrecoste³⁷², condenó a Ajinomoto a indemnizarlas por los daños acaecidos como consecuencia del cártel por sentencia de 10 de junio de 2009.

La demandada recurrió en casación y la *Cour de cassation*, por sentencia de 15 de junio de 2010, casó y anuló la sentencia de segunda instancia y devolvió la causa para que dictaran una nueva sentencia por dos razones.

Primera, el tribunal no tuvo en cuenta si las demandantes habían repercutido total o parcialmente el sobrecoste causado por el cártel de forma que la asignación de la indemnización las enriquecería injustificadamente: esto supondría una infracción del, entonces, artículo 1.382 del *Code Civil* francés, que contiene el principio de reparación de los daños³⁷³. Esta causa de revocación de la sentencia supone el reconocimiento de la posibilidad de los demandados a oponer la repercusión del sobrecoste como excepción para reducir la cuantía a

³⁷² Extracto de la sentencia de la *Cour de cassation* en la que resume parte del razonamiento de la sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* de 10 de junio de 2009: “Attendu que (...) l'arrêt (...) retient que la circonstance que les sociétés Doux auraient été en mesure de répercuter ce surcoût sur les hausses de prix du produit est sans incidence sur l'étendue de leur droit à réparation” (Cour de cassation, civil, Chambre commerciale, 15 de junio de 2010, 09-15.816 (no publicada)).

³⁷³ Por aquel entonces, el artículo 1.382 *Code Civil* era el vigente. Actualmente es el 1.240 *Code Civil*.

indemnizar. En otro caso, la demandante, que buscaba el resarcimiento por el daño sufrido, no solo sería repuesta en la situación en la que habría estado sin la infracción, sino que se enriquecería, tal y como indica el tribunal, sin causa.³⁷⁴

Segundo, el tribunal infringió el principio de contradicción recogido en el artículo 16 del *Code de Procédure Civile*³⁷⁵ al dictar sentencia sobre la base de la pérdida de oportunidad cuando la demanda se fundó en la existencia de un sobrecoste e impedir que las demandadas presentaran argumentos de descargo.³⁷⁶

La *Cour d'Appel de Paris* recibió los autos de nuevo y, por sentencia de 27 de febrero de 2014³⁷⁷ mantuvo la estimación parcial de la demanda en lo concerniente a la indemnización a pagar por Ajinomoto. Respecto a la repercusión del sobrecoste, rechazó la existencia de un traslado relevante a efectos de reducir la cuantía.

³⁷⁴ “Attendu qu’en se déterminant ainsi, sans rechercher si les sociétés Doux avaient, en tout ou en partie, répercuté sur leurs clients les surcoûts résultant de l’infraction commise par la société [Ajinomoto], de sorte que l’allocation de dommages-intérêts aurait pu entraîner leur enrichissement sans cause, la cour d’appel a privé sa décision de base légale”.

³⁷⁵ Artículo 16 *Code de Procédure Civile*: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.”

(https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006410109, consultado el 3 de noviembre de 2020).

³⁷⁶ “Attendu qu’en statuant ainsi, alors que les sociétés Doux invoquaient un excédent de facturation, la cour d’appel qui, sans inviter les parties à présenter leurs observations, a relevé d’office un moyen tiré de la perte d’une chance, a violé [le principe de la contradiction].”

³⁷⁷ Puede encontrarse aquí: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/CaP/27fevr2014/Doux.pdf (consultado el 3 de noviembre de 2020).

El primer motivo fue la prueba por parte de las Compañías Doux de dos circunstancias. Por un lado, la repercusión no es una práctica habitual cuando el operador no puede modificar el precio en respuesta a cualquier cambio en sus costes, pues la fijación de un precio depende de la concurrencia de múltiples factores. Por otro lado, las Compañías Doux operan en un mercado donde no depende de ellas la fijación del precio, sino que únicamente pueden buscar vender sus productos a un precio que les permita mantener un margen.³⁷⁸

El segundo motivo fue el porcentaje que la lisina representaba en el coste total de la alimentación de las aves. Como era, aproximadamente, de un 1%, el tribunal entendió que no era un elemento sustancial y, al depender de distintos factores³⁷⁹, el incremento de un coste tan marginal no da pie a la revisión del precio de los productos de Doux. Concluye el tribunal que esto ni permitía renegociar el precio de adquisición de los alimentos para los animales ni, y esta es la parte relevante a los efectos de la repercusión, justificar el incremento de sus propios precios.³⁸⁰

³⁷⁸ Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* de 27 de febrero de 2014, página 11: “(...)il ne s'agit en effet pas pour les sociétés Doux de déterminer le bon et juste prix mais le prix de marché leur permettant d'écouler leur produits en conservant une marge”

³⁷⁹ En la página 11 de la sentencia, el tribunal cita entre estos elementos a tener en cuenta para establecer el precio: el poder de negociación de sus clientes (grandes supermercados), las expectativas de los consumidores, la competencia con otros productos cárnicos, nacionales e internacionales, y la concurrencia con las grandes distribuidoras.

³⁸⁰ Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* de 27 de febrero de 2014, página 11: “(...) dans ces circonstances, les sociétés du group Doux ne pouvaient imposer a leur distributeur une augmentation de leurs prix, alors même qu'elles n'étaient pas en mesure de le justifier par une variation à la hausse d'un élément essentiel de celui-ci”.

En el segundo caso, las sociedades Coopérative Le Gouessant y Sofral ejercieron sus pretensiones de daños y perjuicios contra Ajinomoto por los daños causados por el cártel de la lisina. La relevancia de este caso se encuentra en la determinación de la carga de la prueba del daño y de la repercusión del sobrecoste.

La *Cour d'Appel de Paris*, por sentencia de 16 de febrero de 2011, desestimó las pretensiones. El principal argumento era que las demandantes tenían la carga de probar la ausencia de repercusión porque la subida de precios como respuesta a un incremento en sus costes es una práctica comercial habitual.

Las sociedades Coopérative Le Gouessant y Sofral recurrieron en casación alegando que esta decisión infringía las normas de responsabilidad extracontractual por dos razones. Primera, establecía una presunción *iuris tantum* de repercusión del sobrecoste sufrido. Segunda, llevaba a cabo una inversión de la carga de la prueba favorable a la demandada al hacer que la demandante deba probar que no ha existido repercusión alguna.

La *Cour de cassation* resolvió el recurso en la sentencia de 15 de mayo de 2012³⁸¹. Como la parte perjudicada debe probar el daño y la repercusión es una práctica habitual en el mercado, el Tribunal dictaminó que correspondía a las demandantes demostrar la ausencia de traslado aguas abajo y que la falta de hacerlo permitía deducir que las actoras no habían

³⁸¹ Sentencia de la *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale*, de 15 de mayo 2012, 11-18.495, no publicada. Puede accederse aquí: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025899026/> (consultada el 3 de noviembre de 2020).

podido fijar el perjuicio sufrido. Por tanto, la *Cour d'Appel* no invirtió la carga de la prueba y la *Cour de cassation* desestimó el recurso.

El uso de la repercusión del sobrecoste en Francia como excepción y como fundamento de la legitimación activa estaba, por tanto, reconocido con anterioridad a la aprobación de la Directiva de Daños. El argumento sobre el que el tribunal admitió la excepción es el principio de reparación del daño y la prohibición del enriquecimiento injustificado. La indemnización debe limitarse al daño efectivamente sufrido, sin poner al perjudicado en una situación mejor de la que hubiera estado ausente la infracción. En otro caso, se indemnizaría un perjuicio no sufrido y, en palabras del propio Tribunal Supremo, el dañado se enriquecería sin causa.

Este reconocimiento incluye también el reparto de la carga de la prueba de la repercusión. Con base en el principio de facilidad probatoria y las máximas de experiencia, la *Cour d'Appel* y la *Cour de cassation* concluyeron que la parte demandante debe demostrar que no repercutió el sobrecoste sobre sus clientes. El punto de partida para este reparto es el funcionamiento habitual de los mercados. Según los tribunales, la repercusión de los incrementos en los costes es una práctica común si, en abstracto, puede llevarse a cabo y corresponde a la demandante la prueba en contra. Asimismo, refuerzan esta distribución del *onus probandi* sobre la base de que la demandante debe demostrar la extensión del daño, incluyendo aquí la ausencia de repercusión.

Esta presunción de repercusión y distribución de la carga de la prueba parecen, a todas luces, contrarias a la jurisprudencia del TJUE que ha

cristalizado en la Directiva de Daños.³⁸² En los casos de devolución de impuestos recaudados en contravención del Derecho de la UE, el TJUE concluyó que la posibilidad de repercusión depende de diferentes factores y, por ello, la presunción de que se lleva a cabo no es adecuada.³⁸³ Respecto a la Directiva, la contradicción de esta decisión con el artículo 13³⁸⁴, que claramente establece que será el demandado quien pruebe la repercusión.³⁸⁵

La transposición de la Directiva 2014/104 ha revocado tal jurisprudencia.³⁸⁶ Con independencia de cómo puede entenderse que funciona la presunción de repercusión de los compradores indirectos cuando el demandante es un operador que puede haber repercutido el perjuicio, el artículo L481-4 *Code de Commerce* reconoce la posibilidad de oponer la excepción de repercusión a los compradores directos o

³⁸² También, Rafael AMARO (2017), “Recent Developments in the Application of Articles 101 and 102 TFEU by French Courts” cit., p. 239.

³⁸³ SSTJUE de 25 de febrero de 1988, *Les Fils de Jules Bianco y J. Girard Fils SA contra Directeur Général des douanes et droits indirects*, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 178/85, ECLI:EU:C:1988:97, apartados 17 y ss.; de 14 de enero de 1997, *Comateb*, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, apartados 25 y ss.; de 2 de octubre de 2003, *Weber’s Wine World*, C-147/01, apartados 96 and 101.

³⁸⁴ También, el Considerando 39 de la Directiva de Daños.

³⁸⁵ David ASHTON entiende que este razonamiento es acorde con la lógica de las presunciones de la Directiva de Daños sobre la repercusión del sobrecoste. Mientras que el artículo 13 permitiría que la demandada opusiera la excepción de la repercusión, el artículo 14 incluye una presunción de repercusión cuando (1) el demandado cometió una infracción, (2) la infracción provocó un sobrecoste y (3) el comprador indirecto adquirió bienes objeto de infracción o que los contuvieran. Dado que las demandantes en este caso no eran consumidores finales y podían, a su vez, repercutir el sobrecoste, David ASHTON considera que la presunción podría aplicárseles sin problema alguno. David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., pp. 53 y 74.

³⁸⁶ La norma de transposición de la Directiva de Daños fue la Ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017.

indirectos, pero será la parte demandada quien pruebe ese traslado, porque, a ojos de la ley, se considerará que no ha acaecido.³⁸⁷

III. La excepción de repercusión del sobrecoste en Alemania

En Alemania, la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), la ley alemana contra restricciones de la competencia, contenía en el artículo 33.3 GWB 2005 una pretensión de daños para quienes infrinjan los artículos 101 y 102 TFUE o sus equivalentes nacionales³⁸⁸. El mismo

³⁸⁷ Artículo L481-4: “L'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle” (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000034161980, último acceso : 19 de noviembre de 2020).

David ASHTON considera que la jurisprudencia ha sido revocada, la carga de la prueba recae sobre la demandada y que la normativa es compatible con la Directiva de Daños. David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., p. 74.

En contra, Marco BOTTA entiende que esta afirmación es una presunción y que es incompatible con la Directiva de Daños, que ve la repercusión como un comportamiento habitual del mercado, en Marco BOTTA (2017), “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, *European Review of Private Law*, Vol. 25, núm. 5, p. 898. No creemos que esta visión sea del todo acertada: el legislador francés únicamente ha desplazado la carga de la prueba al demandado para cumplir con la exigencia del régimen armonizado europeo sin haber establecido una presunción legal de ausencia de repercusión. En todo caso, los estándares de prueba exigidos al demandado determinarán si la ausencia de repercusión se presume *de facto*.

³⁸⁸ Antes de la inclusión de este artículo, el fundamento de la pretensión de daños era el art. 823 BGB, la cláusula general de responsabilidad por daños.

En la actualidad, es el artículo § 33a GWB: “Whoever intentionally or negligently commits an infringement pursuant to § 33(1) shall be liable for any damages arising from the infringement.” (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0218). Original: § 33a GWB: “Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.” (https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/_33a.html). En la normativa previa a la transposición de la Directiva de Daños, la pretensión estaba reconocida en el artículo § 33 GWB 2005

apartado contenía una afirmación según la cual no puede negarse la existencia del daño si el bien o servicio comprado a un precio supracompetitivo ha sido revendido³⁸⁹. La legitimación del comprador indirecto, no obstante, no estaba claramente reconocida y los tribunales limitaron el ejercicio de las pretensiones a los compradores directos.³⁹⁰ En la actualidad, la excepción y la presunción favorable a los compradores indirectos están recogidas en el artículo 33(c) GWB³⁹¹.

El caso más relevante para las dos vertientes de la repercusión del sobrecoste en Alemania es el conocido como asunto “ORWI”, que concluyó con sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH) de 28 de junio de 2011.³⁹² Esta sentencia se dictó en un procedimiento *follow-on* de la sanción de la Comisión Europea a las empresas integrantes del cártel del papel autocopiativo.³⁹³ La demandante era una entidad financiera a

(http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl105s1954.pdf). Último acceso a los enlaces: 24 de enero de 2021.

³⁸⁹ § 33.3 GWB: “Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung witerveräußert wurde.”. Traducción al inglés: “Where a good or service is purchased at an excessive price, the fact that this good or service was resold shall not exclude the occurrence of harm”.

³⁹⁰ Marco BOTTA (2017), “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, cit., p. 894; Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, cit., pp. 172-173.

³⁹¹ Puede encontrarse aquí la traducción oficial en inglés: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0240. Último acceso: 25 de enero de 2021.

³⁹² Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10. Califican este caso como *leading case*, Marco BOTTA (2017), “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, cit., p. 894; Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2019), “Cartelista con esfera reflectante: sobre la “passing-on defense””, *Boletín Mercantil Lefebvre – El Derecho*, número 71, febrero 2019 (versión electrónica); Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, cit., p. 174; Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 577.

³⁹³ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2001, asunto COMP/E-1/36.212 – Papel autocopiativo. La Decisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia y, posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en sendos casos, fue

quien ORWI Formulardruck GmbH & Co. KG (ORWI) cedió la acción durante su proceso de insolvencia.³⁹⁴ La parte demandada era una integrante del cártel cuya filial íntegramente participada suministraba papel a ORWI.³⁹⁵

En primera instancia, el *Landgericht* (LG) *Mannheim* desestimó la pretensión por falta de legitimación activa al ser la parte demandante una compradora indirecta.³⁹⁶ En apelación, el *Oberlandsgericht* (OLG) *Karlsruhe* reconoció la legitimación activa, pero no estimó la pretensión.³⁹⁷

En casación, el *Bundesgerichtshof* reconoció la legitimación de ORWI y, en general, de los compradores indirectos. El BGH construyó el argumento sobre tres pilares. Primero, recurrió a la jurisprudencia del TJUE en esta materia que reconocía el derecho a la compensación de los daños causado por infracciones del derecho de la competencia a todas las víctimas sin limitar el círculo de posibles reclamantes para facilitar la aplicación privada del derecho de la competencia.³⁹⁸ Segundo,

confirmada por las STPI de 26 de abril de 2007, Bolloré SA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, ECLI:EU:T:2007:115; y STJUE de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler AG y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P, C-338/07 P, ECLI:EU:C:2009:216.

³⁹⁴ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 2.

³⁹⁵ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 1.

³⁹⁶ Sentencia del LG Mannheim de 29.04.2005, 22 O 74/04 (Kar).

³⁹⁷ Sentencia del OLG Karlsruhe de 11.06.2010, 6 U 118/05.

³⁹⁸ En aquel entonces, las SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465; y de 13 de julio de 2006, Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04. Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 15 y 34 a 40.

utilizó el criterio del ámbito de protección de la norma para confirmar que la prohibición del, actual, artículo 101 TFUE no ve sus efectos limitados a los compradores directos, sino que también incluye los indirectos.³⁹⁹

Tercero, hizo uso de argumentos propios del análisis económico de derecho sobre la eficiencia del sistema de defensa de la competencia en caso de limitación de la legitimación a los compradores directos.⁴⁰⁰ Según el Tribunal, el sistema podría no ser eficiente con la reducción a uno de los grupos de posibles demandantes si estos no tienen incentivos para ejercitar las pretensiones si dependen de los infractores o si valoran la relación comercial que tienen con ellos, por ejemplo, y, en cambio, sí pueden repercutirlo a sus propios clientes.⁴⁰¹ Reconoce también que esta admisión puede presentar problemas como la posible responsabilidad múltiple, la difícil cuantificación y la pérdida de la ventaja de limitar a una categoría única de posibles demandantes⁴⁰², pero que la posibilidad de oponer la excepción por repercusión del sobrecoste y los requisitos exigidos en la prueba de la causalidad pueden contrarrestarlos.⁴⁰³

³⁹⁹ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 26.

⁴⁰⁰ Roger VAN DEN BERG (2013), “Violations of the Cartel Prohibition, Actions for Damages by Indirect Buyers and the Passing-On Defence”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 1, p. 149.

⁴⁰¹ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartados 29 a 33.

⁴⁰² Estos problemas recuerdan los que identifican la *US Supreme Court* y los Prof. LANDES y POSNER para entender que el daño causado por un ilícito concurrencial se mantiene en el nivel del comprador directo y es irrelevante si este ha podido trasladarlo a sus propios clientes. Ver, respectivamente, *Hanover Shoe contra United Machinery Corp* 392 US 481 (1968) y William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws – An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 46, núm. 3, pp. 602-635. Sobre ello, ver *infra*.

⁴⁰³ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartados 27-29.

Admitida su legitimación, el BGH recuerda que el comprador indirecto tendrá la carga de probar sus alegaciones, especialmente, la existencia de una relación causal adecuada.⁴⁰⁴ La ausencia de una presunción de repercusión requiere la prueba en cada caso concreto y el tribunal proporciona criterios para analizar el efecto del cártel como sería la elasticidad de la demanda, la duración de la infracción, la existencia de proveedores alternativos y la intensidad de la competencia en el mercado de los clientes de los infractores.⁴⁰⁵

Asimismo, el BGH confirmó que el demandado podía oponer la excepción de repercusión del sobrecoste y concretó cuál era el régimen. El tribunal configuró la excepción sobre el ajuste de beneficios (*Vorteilsausgleichung*), figura cuya finalidad es evitar el enriquecimiento injustificado de quien reclama al beneficiarse por repercutir total o parcialmente, primero, y ejercer la pretensión, después, por lo que deben descontarse aquellos beneficios cuya razón de ser coincida con la de la pretensión y estén causalmente conectados.⁴⁰⁶

Para oponer con éxito la excepción, el infractor demandado tiene la carga de probar tanto la existencia de un incremento del precio como la ausencia de reducción de la demanda.⁴⁰⁷ El incremento de precio, no obstante, no será relevante a efectos de la repercusión si es consecuencia

⁴⁰⁴ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 44.

⁴⁰⁵ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartados 45-47.

⁴⁰⁶ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartados 58-59 y 62.

Roger VAN DEN BERG (2013), “Violations of the Cartel Prohibition, Actions for Damages by Indirect Buyers and the Passing-On Defence”, cit., p. 150; Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 576.

⁴⁰⁷ Esta solución es similar a la jurisprudencia del TJUE en relación con la repercusión de tributos y parece que esté inspirada en ella tal y como ocurre en España. Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 586.

del valor añadido por el propio comprador directo.⁴⁰⁸ El BGH recuerda que la elasticidad, la evolución de los precios y las características del producto los criterios relevantes para evaluar la posible repercusión.⁴⁰⁹ En este aspecto, en algunos casos, podrá exigirse a la víctima demandante que aporte documentación sobre la repercusión en aplicación de criterios de mayor accesibilidad a la prueba.⁴¹⁰ La exigencia del cumplimiento de esta carga requiere un análisis casuístico.⁴¹¹

En casos más recientes, la jurisprudencia menor también se ha enfrentado a oposiciones de la excepción y en ninguna se ha admitido.⁴¹² En todos estos casos, la jurisprudencia ORWI era el parámetro a seguir. Un primer motivo de inadmisión, de naturaleza más económica, es la inexistencia de un mercado competitivo como mercado subsiguiente, aunque tampoco podía descartarse que la repercusión pudiera ocurrir.⁴¹³

Un segundo motivo, de naturaleza jurídica, es la ausencia de causalidad adecuada entre infracción e incremento de precios. Un argumento para entender que el vínculo entre infracción y repercusión no existe es la dependencia de muchos factores para la determinación del precio, más

⁴⁰⁸ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 69. Esto es acorde con la definición de *Vorteilsausgleichung*, pues estas mejoras que incrementan su valor serían fortuitas desde un punto de vista causal.

⁴⁰⁹ Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 69.

⁴¹⁰ Esto se conoce como “segunda carga de la prueba” o *sekundäre Darlegungslast*. Sentencia del BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, apartado 71.

⁴¹¹ Roger VAN DEN BERG (2013), “Violations of the Cartel Prohibition, Actions for Damages by Indirect Buyers and the Passing-On Defence”, cit., p. 150.

⁴¹² Para un estudio pormenorizado de esta jurisprudencia reciente, ver Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., pp. 578-581.

⁴¹³ Franziska Weber critica esta interpretación restrictiva porque un mercado subsiguiente poco competitivo no excluye que el comprador directo pueda repercutir el sobrecoste. Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 579.

allá del simple sobrecoste, junto con la extensión temporal del contrato entre infractor y comprador directo.⁴¹⁴ Otro argumento es la desconexión causal entre el mercado afectado por la infracción y el mercado que soporta el sobrecoste repercutido.⁴¹⁵ En concreto, es un problema de desconexión entre las actividades (venta de camiones y prestación de servicios de transporte) y de reducción conceptual a operaciones que impliquen adquisición para posterior venta o procesamiento, incorporación a un producto nuevo y venta.⁴¹⁶

El tercer motivo, también de naturaleza jurídica y que atiende a las consecuencias prácticas de la admisión de la excepción, es que atentaría contra la finalidad compensatoria de la pretensión. Los tribunales optan por una interpretación pro-perjudicado, ante la posible impunidad de los cartelistas y la infracompensación y reducción de incentivos de los perjudicados para ejercitar sus pretensiones indemnizatorias. En estos casos, la dificultad de repercutir, confirmada en parte por el número reducido de pretensiones ejercitadas por los compradores indirectos, permite concluir que no ha pasado o ha sido de forma fragmentada, por lo que no puede admitirse.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Sentencia del LG Berlin de 06.08.2013, 16 O 193/11 (Kart), apartado 60; sentencia del LG Dortmund de 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), apartado 132, y sentencia del LG Hannover de 18.12.2017, 18 O 8/17, apartado 99; Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., p. 580.

⁴¹⁵ Sentencia del LG Dortmund de 27.06.2018, 8 O 13/17; Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass-on in cartel cases...”, cit., pp. 580-581.

⁴¹⁶ Sentencia del LG Stuttgart de 30.04.2018, 45 O 1/17, apartados 63 y ss.; LG Dortmund de 27.06.2018, 8 O 13/17, apartados 159-161 (<https://openjur.de/u/2156053.html>). Esta interpretación, en la sentencia del LG Dortmund, se apoya también en los artículos 12, 14 y 15 de la Directiva de Daños y en el artículo 33(c) GWB con su redacción actual.

⁴¹⁷ Sentencia del LG Stuttgart de 30.04.2018, 45 O 1/17, apartado 61; sentencia del OLG Stuttgart de 04.04.2019, 2 U 101/18, apartado 192-194.

Finalmente, también existen consideraciones de justicia material relacionadas con la *sekundäre Darlegungslast*.⁴¹⁸ Si la demandada no ha presentado la documentación que podría beneficiar a la parte demandante, no se puede exigir a la demandante hacerlo, esto es, exigir la aportación de pruebas por su parte que favorezcan a la infractora.

Como ocurre con el caso español, es discutible que los requisitos impuestos por el BGH y aplicados por los tribunales menores sean compatibles con el artículo 33(c) GWB en lo que respecta a exigir la ausencia del lucro cesante del demandante. Aunque sean partidas vinculadas, no es acorde con el tenor literal de la GWB ni de la Directiva 2014/104, además de tornar inefectiva la excepción. En efecto, la exigencia de demostrar la ausencia de ventas perdidas puede hacer excesivamente difícil o prácticamente imposible la admisión de la excepción.

Asimismo, el criterio de causalidad adecuada utilizado por la jurisprudencia menor a la luz del BGH que limita las situaciones en las que la repercusión es relevante parece no ser acorde con los predicados económicos. Ahora bien, al tratarse de una institución jurídica, puede separarse de la teoría económica y recurrir a la causalidad para limitar la posible impunidad de los infractores.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Sentencia del OLG Stuttgart de 04.04.2019, 2 U 101/18, apartado 195.

⁴¹⁹ Sobre la causalidad como elemento para moldear las pretensiones indemnizatorias por daños causados por ilícitos concurrenciales, ver Katri HAVU (2019), “Causation and Damage: What the Directive Does Not Solve and Remarks on Relevant EU Law”, en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, pp. 194-195.

IV. La repercusión del daño en la jurisprudencia del TJUE: el antecedente de la Directiva de Daños

A nivel de la Unión Europea, el origen del uso de la excepción por repercusión del sobrecoste puede encontrarse en diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a la responsabilidad de las instituciones de la Unión Europea y a la restitución de tributos indebidamente recaudados. Los primeros hacen referencia a las acciones de daños reconocidas en el artículo 340.2 TFUE configuradas íntegramente por el Derecho de la Unión Europea y bajo la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las segundas son reclamaciones de devolución de ingresos indebidos (pretensiones restitutorias) realizadas al amparo de la normativa nacional de los Estados miembros ante sus tribunales y de las que conoció el Tribunal de Justicia mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

1. Pretensiones indemnizatorias

Los primeros casos donde se arguyó que el perjuicio había sido trasladado a un mercado inferior y, por tanto, se utilizó la excepción de repercusión del sobrecoste son los casos del *quellmehl*⁴²⁰ (Ireks-Arkady e

⁴²⁰ Esto es una “harina de trigo o de maíz cuyo almidón ha sufrido un tratamiento hidrotérmico mediante pregelatinización de almidón, aumentando así su capacidad de hinchado en al menos un 50%”, según el Reglamento (CEE) n° 1802/78 de la Comisión, de 28 de julio de 1978, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1570/78 en lo referente a la definición del «quellmehl», DOCE núm 205, de 29 de julio de 1978, página 61.

Interquell) y del *gritẏ*⁴²¹ (P. Dumortier frères y DGV).⁴²² Los hechos son los siguientes:

En aplicación del Reglamento 120/67/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1967, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los cereales⁴²³, los productores de *quellmehl* y *gritẏ* habían recibido una ayuda de la Comunidad económica europea en forma de restituciones por la producción. Sin embargo, los Reglamentos 1125/75 y 665/75, respectivamente, reformaron el Reglamento 120/67 y abolieron los reembolsos para estos productores, pero no para los productores de almidón, producto que se encontraba en el mismo mercado. El Tribunal de Justicia declaró que esta situación infringió el principio de igualdad de trato⁴²⁴ y los subsidios por la producción de

⁴²¹ “Transformación del maíz o del trigo blanco que se utiliza principalmente en la panificación”, Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady GmbH contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, 238/78, ECLI:EU:C:1979:203, apartado 1.

⁴²² SSTJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady GmbH contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, 238/78, ECLI:EU:C:1979:226; de 6 de octubre de 1982, Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG y Diamalt AG contra Comunidad Económica Europea, asuntos acumulados 261/78 y 262/78, ECLI:EU:C:1982:329; de 4 de octubre de 1979 y de 19 de mayo de 1982, P. Dumortier Frères SA y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 64/76, 113/76, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, ECLI:EU:C:1979:223 y ECLI:EU:C:1982:184; de 4 de octubre de 1979, Deutsche Getreideverwertung und Rheinische Kraftfutterwerke GmbH y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 241/78, 242/78, 245/78 a 250/78, ECLI:EU:C:1979:227. Un análisis de estas sentencias y las que le siguieron puede encontrarse en Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, Edward Elgar, pp. 63 y ss.

⁴²³ DOCE 1967, 117, p. 2269.

⁴²⁴ Para el *quellmehl*, STJUE de 19 de octubre de 1977, Albert Ruckdeschel & Co. y Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contra Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Diamalt AG contra Hauptzollamt Itzehoe, asuntos acumulados 117/76 y 16/77, ECLI:EU:C:1977:160; para el *gritẏ*, STJUE de 19 de octubre de 1977, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson y Société coopérative Providence agricole de la Champagne contra Office national interprofessionnel des céréales, asuntos acumulados 124/76 y 20/77, ECLI:EU:C:1977:161.

quellmehl y *gritz* fueron reintroducidos por el Reglamento (CEE) n° 1125/78 del Consejo, de 22 de mayo de 1978, que enmendaba el Reglamento 2727/75 del Consejo, de 29 de octubre de 1975, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los cereales.⁴²⁵

Los productores de *quellmehl* y *gritz* demandaron al Consejo y al Comisión de las Comunidades Europeas por los daños y perjuicios causados por la exclusión del sistema de reembolsos que infringió el principio de igualdad de trato. En concreto, reclamaron una compensación por la cantidad que les habrían reembolsado si su producción se hubiera beneficiado del sistema, tal y como le ocurrió a los productores de almidón.

Entre las excepciones y argumentos de descargo del Consejo y la Comisión se encuentran los siguientes. Por un lado, según el Consejo, no se produjo daño alguno porque las demandantes no tuvieron que incrementar sus precios de venta para compensar la pérdida de los reembolsos. Por otro lado, la Comisión argumentó que otro indicio de la ausencia de perjuicio fue que no tuvieron problemas para mantener el volumen de ventas en el mismo nivel que en el periodo con reembolsos.

El Tribunal de Justicia concluyó que la incompatibilidad de las exclusiones de los reembolsos con el principio de igualdad era una dejación de funciones grave y manifiesta en el ejercicio de los poderes

⁴²⁵ DOCE L 214, 4.8.1978, p. 23.

discrecionales del Consejo en material de política agraria común⁴²⁶ y que las, entonces, Comunidades eran responsables por la supresión de los subsidios.⁴²⁷ En lo que respecta a la indemnización, el Tribunal aceptó utilizar la cantidad que habría sido devuelta como referencia para evaluar el daño⁴²⁸ y reconoció que la excepción planteada por el Consejo y la Comisión según la que las empresas habían repercutido el perjuicio no podía ser ignorada, pues un incremento en los precios podía compensar la falta de restituciones.⁴²⁹ Ahora bien, como no aportaron pruebas que permitieran alcanzar ninguna conclusión sobre la cantidad que podía haber sido repercutida o que efectivamente había sido repercutida,⁴³⁰ el tribunal cuantificó el daño partiendo de los reembolsos que habrían recibido durante el periodo de exclusión.

En dos casos relacionados de daños causados por la exclusión de los reembolsos a los productores de *gritx*, los elementos de la excepción de repercusión del sobrecoste fueron clarificados. En *Pauls Agriculture*⁴³¹ y *Birra Wührer*⁴³², el Consejo y la Comisión argumentaron que el demandante había repercutido el perjuicio y que tenía la carga de probar que lo había absorbido.⁴³³

⁴²⁶ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 10.

⁴²⁷ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 12.

⁴²⁸ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 13.

⁴²⁹ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 14.

⁴³⁰ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 16.

⁴³¹ STJUE de 18 de mayo de 1983, *Pauls Agriculture Limited* contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, 256/81, ECLI:EU:C:1983:138.

⁴³² STJUE de 13 de noviembre de 1984, *Birra Wührer SpA* y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, ECLI:EU:C:1984:341.

⁴³³ STJUE de 18 de mayo de 1983, *Pauls Agriculture*, 256/81, apartado 8; sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Birra Wührer*, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, apartado 26.

El Abogado General Verloren van Themaat, en sus conclusiones en el caso Birra Wührer⁴³⁴, presentó tres argumentos a favor de que correspondiera a las Instituciones Comunitarias (ahora, de la Unión) cargar con la prueba de la repercusión del perjuicio.⁴³⁵ Primero, si la lógica detrás de los reembolsos era hacer la producción económicamente más rentable, puede asumirse que las pérdidas causadas por su eliminación no van a incorporarse en el precio y, por tanto, no puede presumirse que vayan a ser repercutidas. Segundo, los beneficios no dependen del precio de venta, sino de la misma producción, por lo que la pérdida se corresponde con la falta de subsidios, salvo prueba en contrario (aportada por la otra parte). Tercero, tener que demostrar tanto el daño como la ausencia de repercusión tornaría la pretensión imposible o excesivamente difícil. Por eso, consideró el Abogado General, la carga de la prueba de la existencia y extensión de la repercusión corresponde a la demandada.

El Tribunal reconoció que las pruebas aportadas por las demandantes contra el argumento de la repercusión demostraban que era imposible trasladar el perjuicio⁴³⁶ y que los cambios en los precios se debían a factores económicos en lugar de razones comerciales relacionadas con la ausencia de los reembolsos comunitarios⁴³⁷. Igualmente, consideró

⁴³⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Verloren van Themaat presentadas el 10 de julio de 1984, Birra Wührer SpA y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, ECLI:EU:C:1984:253.

⁴³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Verloren van Themaat presentadas el 10 de julio de 1984, Birra Wührer, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, apartado 4.

⁴³⁶ Esta era el caso en la STJUE de 18 de mayo de 1983, Pauls Agriculture, 256/81, apartado 9.

⁴³⁷ Este era el caso en la STJUE de 13 de noviembre de 1984, Birra Wührer, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, apartado 27.

que no podía acoger la excepción de repercusión porque “las instituciones demandadas no habían aportado ninguna prueba que pusiera en duda los datos o las conclusiones extraídas por las demandantes”⁴³⁸.

En el asunto Danfoss⁴³⁹, el tribunal clarificó un último elemento relacionado con la repercusión de impuestos y pretensiones indemnizatorias. En concreto, los remedios que tiene el repercutido cuando el traslado “aguas abajo” de un tributo le ha irrogado un menoscabo patrimonial y si la repercusión por el obligado tributario rompe el nexo causal si el repercutido ejerce su pretensión contra la administración tributaria.⁴⁴⁰

El TJUE señala que una interpretación según la cual únicamente existe relación de causalidad entre administración tributaria y obligado tributario no puede hacer que sea, en la práctica, imposible o excesivamente difícil obtener a indemnización en caso de que el tributo cause un daño.⁴⁴¹ Por ello, el principio de efectividad exige al Estado que el repercutido tenga una pretensión contra la empresa que le ha trasladado el impuesto si se entiende que la decisión de este último de repercutir rompe la relación causal entre tributo y perjuicio.⁴⁴²

⁴³⁸ SSTJUE de 18 de mayo de 1983, *Pauls Agriculture*, 256/81, apartado 10; y de 13 de noviembre de 1984, *Birra Wührer*, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, apartado 28.

⁴³⁹ STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss*, C-94/10.

⁴⁴⁰ STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss*, C-94/10, apartados 30 y 31.

⁴⁴¹ STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss*, C-94/10, apartado 36.

⁴⁴² STJUE de 20 de octubre de 2011, *Danfoss*, C-94/10, apartado 37. Esto es, el daño no sería imputable objetivamente a la administración tributaria por la prohibición de regreso.

Ahora bien, esta prohibición de regreso no se aplicará si obtener la indemnización del obligado tributario es imposible o excesivamente difícil. En estos casos, el principio de efectividad obliga a permitir al repercutido que reclame contra la administración tributaria y que esta pueda indemnizar sin poder alegar la ausencia de relación causal.⁴⁴³ Sí podrá, en su caso, oponer la repercusión del sobrecoste u otros argumentos de descargo.

En este ámbito, por tanto, el Tribunal clarificó tres elementos de la excepción de repercusión del sobrecoste. Primero, la posibilidad de tener en cuenta la traslación del perjuicio a los clientes de la demandante en la cuantificación de la indemnización por sí, gracias a esta circunstancia, ya ha compensado parcial o totalmente el daño sufrido. Segundo, la demandada tiene la carga de probar si ha existido esta repercusión.⁴⁴⁴ Tercero, el traslado supone la ruptura del nexo causal entre repercutido y administración tributaria salvo que sea imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización de la empresa que repercute.⁴⁴⁵

⁴⁴³ STJUE de 20 de octubre de 2011, Danfoss, C-94/10, apartados 38 y 39.

⁴⁴⁴ Magnus STRAND argumenta que el Tribunal de Justicia “se negó a adoptar una presunción de repercusión” en Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 104.

⁴⁴⁵ Esta tercera circunstancia no se incluyó en la Directiva de Daños, como hemos visto al estudiar la transposición en diferentes Estados miembros, pues los compradores indirectos tienen *ex lege* una pretensión indemnizatoria contra el infractor. Las presunciones a su favor, sin duda, tienen la finalidad de superar los obstáculos causales a los que puede enfrentarse.

2. Restitución de impuestos indebidamente recaudados

El argumento de la repercusión también ha sido utilizado en pretensiones restitutorias en el marco de las cuales los tribunales de los Estados miembros han planteado cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. A grandes rasgos, estos pleitos están vinculados con impuestos indirectos, tasas de aduanas y aranceles equivalentes de diferentes Estados que infringían el Derecho de la Unión Europea por su configuración y eran nulos. Por ello, las empresas ejercían acciones de devolución de impuestos indebidos.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ SSTJUE de 27 de febrero de 1980, Hans Just I/S contra Ministerio danés de asuntos fiscales, 68/79, ECLI:EU:C:1980:57; de 27 de marzo de 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato contra Denkvit italiana Srl, 61/79, ECLI:EU:C:1980:100; de 27 de mayo de 1981, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Essevi SpA y entreprise Carlo Salengo; asuntos acumulados 142/80 y 143/80, ECLI:EU:C:1981:121; de 9 de noviembre de 1983, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA San Giorgio, 199/82, ECLI:EU:C:1983:318; de 25 de febrero de 1988, Bianco y Girard, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 178/85; de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a 218/95; de 9 de febrero de 1999, Dilexport Srl contra Amministrazione delle Finanze dello Stato, C-343/96, ECLI:EU:C:1999:59; de 21 de septiembre de 2000, Michailidis, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98; de 2 de octubre de 2003, Weber's Wine World, C-147/01; de 10 de abril de 2008, Marks & Spencer plc contra Commissioners of Customs & Excise, C-309/06, ECLI:EU:C:2008:211; de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178; de 18 de junio de 2009, Staatssecretaris van Financiën contra Stadeco BV, C-566/07, ECLI:EU:C:2009:380; de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid A/S, C-398/09; de 20 de octubre de 2011, Danfoss, C-94/10; de 20 de diciembre de 2017, Caterpillar Financial Services sp. z o.o. contra Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996; de 1 de marzo de 2018, SC Petrotel-Lukoil SA y Maria Magdalena Georgescu contra Ministerul Economiei y otros, C-76/17, ECLI:EU:C:2018:139.

En este aspecto, también puede encontrarse un análisis en en Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., pp. 133 y ss.

El principio sobre el que se configuran estas sentencias es el derecho de las empresas a obtener la devolución de las cantidades pagadas por un tributo contrario al Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, como la reclamante no puede enriquecerse sin causa, la demandada (o reclamada) puede oponer las excepciones que estime pertinentes, entre las que se encuentra la repercusión del tributo.⁴⁴⁷ Ahora bien, la admisión de esta excepción significaría que un Estado miembro se enriquecería injustificadamente al no estar restituyendo unos fondos obtenidos mediante la infracción de una norma. Por este motivo, sus requisitos deben interpretarse restrictivamente⁴⁴⁸ y siempre respetando los principios de efectividad y equivalencia del Derecho de la UE⁴⁴⁹.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la excepción de repercusión del tributo tendría las siguientes características.

Primero, la efectividad del Derecho de la Unión Europea requiere que sea el demandado quien tenga la carga de la prueba de la existencia y alcance de la repercusión.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Así confirman algunas sentencias la compatibilidad de la excepción por repercusión del tributo con el Derecho de la Unión Europea: SSTJUE de 27 de febrero de 1980, *Hans Just*, 68/79, apartados 14 y 15; de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana Srl*, 61/79, apartado 26; de 27 de mayo de 1981, *Essevi SpA y entreprise Carlo Salengo*, asuntos acumulados 142/80 y 143/80, apartado 35; de 14 de enero de 1997, *Comateb*, asuntos acumulados C-192/95 a 218/95, apartados 20-24; de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, apartados 93 y 94; y de 6 de septiembre de 2011, *Lady & Kid*, C-398/09, apartados 18-22.

⁴⁴⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Lady & Kid*, C-398/09, apartados 18-22.

⁴⁴⁹ STJUE de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, apartado 103.

⁴⁵⁰ SSTJUE de 9 de noviembre de 1983, *SpA San Giorgio*, 199/82; de 25 de febrero de 1988, *Bianco y Girard*, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 178/85, apartados 11-13, de 9 de febrero de 1999, *Dilexport Srl*, C-343/96, apartados 47, 48 y 54; y de 21 de septiembre de 2000, *Michailidis*, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, apartado 42

Segundo, la repercusión de un impuesto depende de diferentes variables y, por eso, no puede presumirse la traslación por el mero hecho de que así esté diseñado el tributo.⁴⁵¹

Tercero, aunque la Administración Tributaria espere que el contribuyente repercuta el tributo por su diseño, la falta de traslación no justifica desestimar la devolución de los impuestos indebidamente abonados.⁴⁵²

Cuarto, un incremento del precio es un requisito necesario, pero no suficiente, para argumentar que se ha repercutido el tributo y la devolución enriquecería injustificadamente a la demandante. La demandada debe probar (i) la realidad de la repercusión y (ii) la falta de afectación al número de ventas.⁴⁵³ Según el TJUE, si el reclamante ha

⁴⁵¹ SSTJUE de 25 de febrero de 1988, Bianco Girard, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 178/85, apartados 17 y ss.; de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a 218/95, apartados 25 y ss.; y de 2 de octubre de 2003, Weber's Wine World, C-147/01, apartados 96 and 101.

⁴⁵² STJUE de 1 de marzo de 2018, SC Petrotel-Lukoil SA, C-76/17, apartado 37 y fallo. El motivo de esta decisión es que la configuración del principio de interdicción del enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo, tal y como lo ha expresado el TJUE, exige que sea el propio contribuyente quien haya soportado la exacción para tener un derecho a la devolución. En otras circunstancias, la repercusión implica, de forma automática, que el cliente del contribuyente ha soportado efectivamente el impuesto y, por tanto, es quien tiene derecho a la restitución y que el contribuyente ya no habría sufrido ningún empobrecimiento. Por ello, la devolución significaría un doble pago a su favor y su enriquecimiento sin causa. El hecho de que esta construcción se fundamente en Derecho de la Unión Europea hace que no pueda denegarse por una norma nacional. Es discutible, no obstante, que, en caso de haber ejercido una pretensión resarcitoria en lugar de indemnizatoria, el tribunal hubiera respondido que repercutir era parte de su deber de mitigar el daño y, en ese caso, sí habría sido relevante para la determinación del perjuicio efectivamente sufrido.

⁴⁵³ Magnus STRAND califica estos requisitos como “repercusión en sentido estricto” el primero y “enriquecimiento injustificado” el segundo, en Magnus STRAND (2012), “Case C-398/09, *Lady & Kid A/S and others v. Skatteministeriet...*”, cit., pp. 393-394 y

visto sus ventas afectadas por el tributo, entonces la devolución compensaría también las ventas perdidas en lugar de enriquecer sin causa a la demandante.⁴⁵⁴

Quinto, una presunción *iuris tantum* de que la devolución de los impuestos indebidamente abonados enriquecerá sin causa a la demandante por haberlos (supuestamente) repercutido infringe el principio de efectividad y, por tanto, es contraria al Derecho de la UE.⁴⁵⁵

Sexto, en caso de repercusión total o parcial, hay dos formas para determinar quién tiene derecho a instar la devolución. Si el repercutido tiene una pretensión contra el obligado tributario, este último podrá accionar también contra las autoridades tributarias nacionales. En caso contrario, el repercutido tendrá una pretensión contra las autoridades nacionales en relación con el perjuicio sufrido y la cantidad indebidamente abonada y, únicamente si la traslación ha sido parcial, tendrá quien repercute el tributo, a su vez, una pretensión contra las autoridades.⁴⁵⁶

Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., pp. 202-210.

⁴⁵⁴ SSTJUE de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, apartados 20-24 (repercusión parcial) y 29 y ss.; de 21 de septiembre de 2000, Michailidis, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, apartado 34; de 10 de abril de 2008, Marks & Spencer, C-309/06, apartados 41-43 y 53; de 18 de junio de 2009, Stadeco BV, C-566/07, apartado 48; y de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid, C-398/09, apartados 18-22.

⁴⁵⁵ SSTJUE de 9 de noviembre de 1983, SpA San Giorgio, 199/82; y de 2 de octubre de 2003, Weber's Wine World, C-147/01, apartados 101, 113 y 117.

⁴⁵⁶ STJUE de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, apartado 24.

Séptimo, el comprador repercutido tendrá también legitimación activa y, por tanto, una pretensión restitutoria contra el Estado miembro en algunas circunstancias, como cuando es imposible o excesivamente difícil obtener el reembolso o la indemnización de daños de la empresa que le ha trasladado el tributo.⁴⁵⁷

3. Conclusiones de la repercusión del sobrecoste en la jurisprudencia del TJUE

Por tanto, el Tribunal de Justicia ha elaborado jurisprudencialmente un régimen de la excepción por repercusión del tributo y del daño y de los efectos sobre la legitimación activa de los repercutidos, ha clarificado sus características principales y ha declarado su compatibilidad con el derecho de la Unión Europea en pretensiones indemnizatorias y restitutorias.

Respecto a su contenido, únicamente lo ha delimitado en el ámbito de pretensiones restitutorias con un doble requisito: existencia de un traslado mediante el incremento de precios y ausencia de ventas perdidas. En otro caso, la deducción podría conllevar el enriquecimiento injustificado del demandado reclamado y el empobrecimiento de quien ha soportado el incremento indebido, pues la devolución (o indemnización) podría compensar el lucro cesante. Ahora bien, no todos los Estados miembros han diseñado este

⁴⁵⁷ STJUE de 20 de octubre de 2011, Danfoss, C-94/10, apartado 29 (en relación con la pretensión restitutoria).

argumento de la misma forma en sus ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁵⁸

V. La repercusión del sobrecoste en EE.UU.: una visión alternativa

Mientras en Europa el principio compensatorio y la prohibición del enriquecimiento sin causa justificaban que los tribunales tuvieran en cuenta la existencia de una repercusión tanto como el fundamento de una pretensión como de una excepción, la situación en los Estados Unidos distaba de ser similar. En esta jurisdicción, el sistema de defensa de la competencia se asienta sobre la doble aplicación, pública y privada, con esta última más desarrollada que en Europa.

El precepto normativo fundamental es el artículo 4 de la *Clayton Act*⁴⁵⁹. Este concede una pretensión de daños a todas las víctimas (“any person who shall be injured...”) de un cártel por una cantidad equivalente al triple del perjuicio sufrido (*treble damages*). En efecto, a diferencia de la situación en Europa, la finalidad de estas pretensiones es tanto indemnizar a la víctima, como disuadir a los infractores para que no

⁴⁵⁸ Por un lado, el Tribunal Supremo de España (STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre) y el *Bundesgerichtshof* de Alemania (sentencia BGH de 28.06.2011, KZR 75/10) elaboraron la excepción partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el marco de la litigación privada derivada del cártel del azúcar. Por otro lado, la *Cour de Cassation* de Francia, en el marco del cártel de la lisina, declaró que la demandante tiene la carga de probar la ausencia de repercusión del sobrecoste que ella misma ha sufrido (*Cour de Cassation, chambre commerciale*, 15 de mayo de 2012, Ajimoto Eurolysine contra Coooperative Le Gouessant y Sofral).

⁴⁵⁹ Codificado en el artículo 15 del Título 15º del US Code.

vuelvan a llevar a cabo conductas contrarias a la normativa *antitrust*.⁴⁶⁰ Este elemento disuasorio es fundamental para la toma de posición en esta jurisdicción respecto a la repercusión de los sobrecostes y su incidencia en las pretensiones de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia.

La cuestión de la repercusión del sobrecoste en pretensiones de daños derivados de la infracción de las normas de competencia en los Estados Unidos surgió a nivel federal con dos sentencias. En lo referente a la excepción por traslado del sobrecoste, el caso relevante es *Hanover Shoe contra United Machinery Corp*⁴⁶¹, mientras que la sentencia relevante sobre la falta de legitimación activa de los compradores indirectos es *Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros*. A pesar del debate de los analistas económicos del derecho, la situación parecía inalterable, hasta que en 2019, el *US Supreme Court* conoció de un caso que, aparentemente, podría indicar un cambio de rumbo. En esta sección se hará un recorrido de cómo se ha tratado la repercusión a nivel federal y cuál es la situación actual en comparación con Europa.

1. Hanover Shoe contra United Machinery Corp

El inicio es la sentencia del *US Supreme Court* en el caso *Hanover Shoe contra United Machinery Corp* (de ahora en adelante, “*Hanover Shoe*”). La resolución se dictó en el marco de una pretensión de daños de un

⁴⁶⁰ Una persona racional llevará a cabo una conducta sancionable a sabiendas si los beneficios que obtiene exceden la sanción a pagar por lo que las multas punitivas pueden alcanzar resultados óptimos de disuasión, en Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 476-477.

⁴⁶¹ 392 US 481 (1968).

comprador directo contra su proveedor. La demandante fue Hanover Shoe Inc. (“Hanover”, a partir de ahora), un fabricante de zapatos. United Shoe Machinery Corp. (“United”, a partir de ahora), la demandada, era una productora y distribuidora de maquinaria necesaria para la fabricación de zapatos. Los hechos del caso fueron los siguientes.

En 1954, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había declarado ilícita la práctica de United consistente en alquilar, en lugar de vender, la maquinaria para fabricar zapatos a sus clientes. Esta conducta era constitutiva de una infracción del artículo 2 de la *Sherman Act* al ser considerada como un acto de monopolio. En 1955, Hanover ejerció su pretensión de daños bajo el amparo del artículo 4 de la *Clayton Act*. Según Hanover, (1) la comisión de la infracción quedó constatada en la sentencia del Tribunal Supremo de 1954 que tenía efectos vinculantes; y (2) la empresa estaba dispuesta a adquirir la maquinaria si hubiera sido posible y, por este motivo, consideró que pagó un sobreprecio consistente en la diferencia entre el precio de venta de las máquinas y la cantidad abonada en concepto de rentas. United, por su parte, argumentó que Hanover no sufrió ningún perjuicio porque incrementó el precio de sus productos y trasladó el perjuicio a sus clientes y la empresa compensó el daño sufrido. La *District Court* del *Middle District of Pennsylvania* en 1965 y la *Court of Appeals for the Third District*, en 1967, estimaron las pretensiones e indemnizaron a Hanover, si bien los dos tribunales concedieron indemnizaciones de diferente cuantía.

Tanto United como Hanover recurrieron la sentencia de la *Court of Appeals* ante el *Supreme Court* de Estados Unidos, que mantuvo la

responsabilidad de United y rechazó el uso de la excepción de repercusión del sobrecoste.

De acuerdo con el *Supreme Court*, el concepto “cualquiera” del artículo 4 de la *Clayton Act* abarca las personas que pagaron un sobrecoste. La absorción o traslado total o parcialmente a otro eslabón de la cadena, con independencia de haber recuperado una cantidad superior al daño padecido, no es motivo para perder la pretensión que permite obtener una indemnización equivalente al triple del perjuicio sufrido. El tribunal llega a esta conclusión y rechaza la excepción basada en la repercusión del sobrecoste en base a los siguientes argumentos.

Primero, a pesar del precio que fijaran en la venta de los productos, el comprador o, en el caso, arrendataria de la maquinaria (y demandante) abonó un precio supra-competitivo. Por ello, en todo caso, sus beneficios fueron inferiores de lo que habrían sido si la arrendadora no hubiera infringido las normas de competencia.⁴⁶²

Segundo, la tarea de aportar pruebas suficientes y convincentes sobre el efecto del sobrecoste en el precio de venta era insuperable⁴⁶³ por los diferentes y numerosos factores que las empresas habían de tener en cuenta para fijar sus propios precios.⁴⁶⁴ Esto alargaría y complicaría los procedimientos.⁴⁶⁵

⁴⁶² 392 US 481 (1968) en 489.

⁴⁶³ “unsurmountable” en el original.

⁴⁶⁴ 392 US 481 (1968) en 493.

⁴⁶⁵ 392 US 481 (1968) en 493.

Tercero, si la repercusión se repite a lo largo de la cadena de producción hasta el consumidor final, todos ellos tendrán una pretensión de daños en la medida en que la traslación no haya sido total. Ahora bien, la consecuencia de esta dispersión sería la disminución de la cantidad de la indemnización a la que cada posible demandante tendría derecho y, por ende, la reducción de incentivos para ejercer la pretensión.⁴⁶⁶ En este caso, las empresas infractoras se quedarían con los frutos de las conductas anticompetitivas y la efectividad y el efecto disuasorio de la aplicación privada del derecho de la competencia, en concreto de las pretensiones de daños con *treble damages*, se vería afectada negativamente.⁴⁶⁷

El Tribunal Supremo, en ese momento, puso sobre una balanza el poder de disuasión de las indemnizaciones, la eficiencia de los procedimientos judiciales y la compensación de las víctimas y optó por dar preeminencia a los dos primeros. Por consiguiente, prohibió el uso de la excepción por repercusión del sobrecoste.

2. Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros

El caso espejo de Hanover Shoe y refuerzo de la idea de que la disuasión está por encima de la compensación en este ámbito y en esta jurisdicción es Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros⁴⁶⁸ (a partir de ahora, “Illinois Brick”).

⁴⁶⁶ 392 US 481 (1968) en 494.

⁴⁶⁷ 392 US 481 (1968) en 494.

⁴⁶⁸ 431 US 720 (1977).

En este caso, el Estado de Illinois y otras entidades gubernamentales ejercieron la acción de daños contra varios productores de hormigón.

Las administraciones demandantes argumentaron que las empresas demandadas llevaron a cabo una infracción consistente en la fijación de precios de los bloques de hormigón que causó el incremento del precio y la generación de un sobrecoste abonado por sus clientes. Fundamentaron su pretensión en que ellas habían adquirido el objeto del acuerdo en la forma de estructuras de mampostería construidas con ellas y que los distintos operadores que se hallaban entre demandadas y demandantes habían repercutido el sobrecoste hasta las segundas.⁴⁶⁹ Las demandadas sostuvieron que no tenían pretensión alguna porque las demandantes eran compradoras indirectas y no mediaba entre ellas relación contractual alguna, no había *privity*, y, además, no había suficiente proximidad causal.

La *District Court* aceptó la excepción de las demandadas. La *Court of Appeals* revocó la sentencia de instancia y concluyó que las demandantes tenían derecho a la indemnización si demuestran que el sobrecoste fue efectivamente repercutido hasta su posición.

Los productores de hormigón recurrieron ante el *Supreme Court*, que revocó la sentencia de segunda instancia y decidió que ni el Estado de Illinois ni las otras entidades gubernamentales tenían pretensión alguna contra las infractoras y, por ende, legitimación activa, porque eran

⁴⁶⁹ El acuerdo de fijación de precios en el nivel de los productores de hormigón creó un sobrecoste que pagaron las empresas de albañilería, quienes construyeron y vendieron estructuras de mampostería con un precio afectado por el pacto ilícito a los contratistas generales, contraparte contractual de las demandantes.

compradores indirectos situados en un nivel de la cadena de producción excesivamente remoto en relación con las demandadas. Por tanto, el *Supreme Court* de los Estados Unidos no autorizó fundar una pretensión en la repercusión de un perjuicio con base en dos argumentos.

Por un lado, el *Supreme Court* rechazó legitimar activamente a aquellos situados a dos o más eslabones de la infractora para evitar la responsabilidad múltiple de las infractoras y para mantener la consistencia con su precedente, *Hanover Shoe*⁴⁷⁰. La prohibición del uso de la excepción, pero la admisión de la legitimación activa de compradores directos e indirectos de las infractoras podría provocar, a nivel federal, la existencia de decisiones incoherentes entre sí al estimar plenamente las pretensiones de actores situados en diferentes eslabones de la cadena de producción. Hacer esto sin tener en cuenta que la demandada puede haber sido ya condenada a pagar una indemnización por una parte de ese perjuicio conllevaría una responsabilidad adicional –responsabilidad múltiple– a los daños punitivos del artículo 4 *Clayton Act*.⁴⁷¹

Por otro lado, conceder legitimación activa podría suponer la revocación o limitación del precedente. El tribunal entendió que preservar la eficiencia del sistema es contrario a esta concesión.⁴⁷² Primera, los compradores indirectos se enfrentarían a la misma complejidad que las demandadas en la búsqueda de pruebas para reconstruir la traslación aguas abajo del perjuicio. Asimismo, el sistema

⁴⁷⁰ 392 US 481 (1968).

⁴⁷¹ 431 US 720 (1977) en 731.

⁴⁷² 431 US 720 (1977) en 732-735, 737 y 745.

de aplicación privada del derecho de la competencia es mejor si la legitimación activa es exclusiva de los compradores directos que si la comparten con los indirectos a pesar de que los primeros hayan podido repercutir el daño a los segundos. Finalmente, la incerteza respecto a la cantidad repercutida y al daño efectivamente sufrido en cada nivel de la cadena de producción y el número de personas entre las que repartir la indemnización puede reducir los incentivos para ejercer las pretensiones y, por consiguiente, el efecto disuasorio de las pretensiones por indemnizaciones triplicadas (*treble damages*) sobre actuales y futuros posibles infractores.

El Juez Brennan presentó un voto particular discordante⁴⁷³ en el que consideró que los compradores indirectos debían tener legitimación activa.⁴⁷⁴ Sus argumentos, expuestos en un orden similar a los de la opinión mayoritaria, fueron los siguientes.

Primero, la consistencia con *Hanover Shoe* no requiere retirar la legitimación activa de los compradores indirectos. El interés de la prohibición del uso de la excepción por repercusión del daño es evitar que los infractores vean su responsabilidad reducida o limitada, pero el incremento de sujetos con una pretensión de daños puede impedir que los infractores hagan suyos los beneficios obtenidos con la infracción y puede mejorar la eficiencia del sistema de defensa de la competencia.⁴⁷⁵ Por tanto, preservaría los objetivos de las pretensiones de daños: disuadir de la comisión de nuevas infracciones de las normas de

⁴⁷³ Los jueces Marshall y Blackmun se unieron.

⁴⁷⁴ 431 US 720 (1977) en 749 ss.

⁴⁷⁵ 431 US 720 (1977) en 753 (Voto particular).

competencia y compensar a las víctimas, incluyendo los clientes de los distribuidores y aquellos situados más allá en la cadena de producción y ventas.⁴⁷⁶

Segundo, la responsabilidad múltiple es un problema hipotético: es poco probable que un infractor sea parte demandada en procedimientos simultáneos iniciados por compradores directos e indirectos, pero en diferentes tribunales, y en nuevos procedimientos una vez haya recaído sentencia firme en los anteriores sin que las pretensiones hayan prescrito.⁴⁷⁷ Ahora bien, en caso de ocurrir, las pretensiones ejercidas serían de empresas pertenecientes a la misma área geográfica afectada por la infracción, pues compradores directos e indirectos suelen formar parte de la misma cadena de producción, elemento que facilitaría el conocimiento de la existencia de litigios en curso o finalizados para tenerlos en cuenta en el momento de cuantificar el daño y la indemnización correspondiente.⁴⁷⁸ Igualmente, la responsabilidad múltiple no debería de ser un problema desde el punto de vista del efecto disuasorio de las normas de defensa de la competencia, en sus vertientes pública y privada.⁴⁷⁹

Tercero, la complejidad de identificar la repercusión del perjuicio a lo largo de la cadena es un argumento que no es exclusivo del cálculo de la traslación. En cualquier pretensión por daños derivados de infracciones de normas de competencia, las demandantes tienen la carga de elaborar un escenario contrafactual de la situación en el mercado si

⁴⁷⁶ 431 US 720 (1977) en 749 (Voto particular).

⁴⁷⁷ 431 US 720 (1977) en 762-764 (Voto particular).

⁴⁷⁸ 431 US 720 (1977) en 760-761 (Voto particular).

⁴⁷⁹ 431 US 720 (1977) en 760 (Voto particular).

no se hubiera llevado a cabo la infracción.⁴⁸⁰ Tener que realizar una difícil estimación no debe obstar a que las demandantes tengan una pretensión de daños contra las infractoras.

Finalmente, la existencia de un vínculo contractual entre las partes (*privity*) no debería ser una razón para limitar el número de personas afectadas que tengan una pretensión de daños contra las causantes del perjuicio. Aunque no hay duda que la contraparte contractual de una infractora tiene muchas probabilidades de verse perjudicada por la infracción de normas, puede que no sea la única persona. Para asegurar el respeto de las finalidades disuasoria y compensatoria, cualquiera capaz de reconstruir el vínculo causal entre la infracción y el daño sufrido debería tener una pretensión.⁴⁸¹

3. El debate doctrinal desde el análisis económico del derecho

La sentencia de Illinois Brick y el voto particular empezaron un debate sobre esta cuestión que todavía sigue abierto.

La primera fase la protagonizaron los académicos LANDES y POSNER⁴⁸², por un lado, y HARRIS y SULLIVAN⁴⁸³, por el otro. Su debate analiza las

⁴⁸⁰ 431 US 720 (1977) en 759 (Voto particular).

⁴⁸¹ 431 US 720 (1977) en 750 (Voto particular).

⁴⁸² William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...", cit., pp. 602-635 y William M. LANDES y Richard A. POSNER (1980), "The Economics of Passing on: A Reply to Harris and Sullivan", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128, núm. 5, pp. 1274-1279.

⁴⁸³ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), "Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*,

dos decisiones desde el punto de vista del análisis económico del derecho.

LANDES y POSNER están de acuerdo con que los objetivos de la aplicación privada del derecho de la competencia y, en concreto, de las pretensiones de daños derivados de las prácticas anticompetitivas son la compensación de las víctimas y la disuasión de futuras infracciones. Ahora bien, en caso de conflicto entre los dos, el segundo debería prevalecer.⁴⁸⁴

3.1. Efectos sobre la política de precios en función de quién tiene una pretensión

LANDES y POSNER consideran que el comprador indirecto, a pesar de no tener legitimación activa, se vería compensado al encontrarse con unos precios más reducidos, pues los compradores directos no los incrementarían para compensar el “compartir” las posibles indemnizaciones, en caso de infracción, con otros afectados por la práctica anticoncurrencial.⁴⁸⁵ Asimismo, el coste de ejercer una pretensión, ya sea de forma individual o colectiva, podría disuadir a los

Vol. 128, núm. 2, pp. 269-360. Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1980), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Response to Landes and Posner”, cit., pp. 1280-1290.

⁴⁸⁴ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., p. 605.

⁴⁸⁵ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., p. 606.

compradores indirectos, ya que sería desproporcionado en relación con la indemnización que solicitarían.⁴⁸⁶

HARRIS y SULLIVAN discrepan en este aspecto. Ellos entienden que los compradores directos no tienen motivo alguno para modificar sus precios de venta si no son los únicos que tenían pretensiones de daños. Esta decisión la tomarían en función de qué les permitiera hacer el mercado.⁴⁸⁷

3.2. La posición del comprador directo como fundamento para tener una pretensión

LANDES y POSNER afirmaron, basándose en tres argumentos, que el Tribunal Supremo acertó en la limitación de la legitimación activa a los compradores directos por ser ellos quienes se encuentran en una mejor posición y tienen más incentivos para ejercer sus pretensiones. Primero, al ser los clientes de los infractores, los compradores directos se hallan en una posición privilegiada para identificar los comportamientos anticoncurrenciales. En caso de detección de la infracción, sus costes de investigación y acopio de información serían inferiores a los de los compradores indirectos, quienes, además de tener que encontrar la información sobre la repercusión, asumirían probablemente los costes de la acción colectiva.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., p. 607.

⁴⁸⁷ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge...”, cit., p. 299.

⁴⁸⁸ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., pp. 609-611.

Segundo, los compradores directos son operadores racionales que actúan según los incentivos económicos. Si una indemnización de *treble damages* compensa la pérdida de un socio comercial, la búsqueda de uno nuevo y los costes de negociación de un nuevo contrato, no dudarían en ejercer su pretensión indemnizatoria.

Tercero, los Fiscales Generales de los Estados tienen la posibilidad de ejercer acciones *parens patriae*, que son acciones representativas en las que ellos ejercen la pretensión en nombre de los afectados por la infracción. Ahora bien, no las usarían contra los infractores de las normas de competencia por miedo a represalias y a perder apoyos en las siguientes elecciones.

HARRIS y SULLIVAN también tenían opiniones contrarias y entendían que estos argumentos no eran correctos. Por un lado, no consideraban que los compradores directos fueran tan racionales: el valor de una relación comercial con una empresa que infringe el derecho de la competencia, a pesar de tener que pagar el sobrecoste causado por tales conductas, que lo pueden repercutir, puede ser superior a la indemnización. Es posible que el esfuerzo de crear un nuevo vínculo comercial, especialmente si el anterior era con alguien que detentaba poder en el mercado, no compense la indemnización de hasta el triple del perjuicio sufrido.⁴⁸⁹ Por otro lado, los Fiscales Generales de los Estados, aunque sean posiciones políticas, son órganos especializados y

⁴⁸⁹ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge...”, cit., pp. 346, 347, 349 y ss.

la lucha contra la impunidad no siempre es un acto que tenga consecuencias políticas negativas.⁴⁹⁰

3.3. Las consecuencias de la extensión de la legitimación activa en el sistema de defensa de la competencia

LANDES y POSNER consideran que el incremento de personas con capacidad de aplicar las normas de defensa de la competencia reduciría los efectos disuasorios y la eficiencia del sistema por dos motivos.⁴⁹¹ Por un lado, el sistema devendría en ineficiente por los elevados costes económicos y temporales de (i) obtener información, (ii) preparar la acción y el proceso y (iii) obtener una resolución judicial firme. Además, como regla general, las demandantes tendrían menos fondos que las demandadas para llevar a cabo esta empresa. El resultado, por tanto, sería que no ejercerían las pretensiones y las infractoras no sólo no serían castigadas por sus actos, sino que se quedarían los beneficios de sus conductas ilícitas y las víctimas no recibirían compensación alguna.⁴⁹²

Por otro lado, cada operador es racional y no estaría dispuesto a pagar más que el coste de sus propias actuaciones. La admisión de la excepción de repercusión del sobrecoste reduciría los incentivos de los

⁴⁹⁰ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), "Passing on the Monopoly Overcharge...", cit., pp. 352 y ss.

⁴⁹¹ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...", cit., p. 609.

⁴⁹² William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...", cit., pp. 615-619.

compradores directos, porque probablemente habrán llevado a cabo la repercusión y el daño efectivo por el que podrán demandar será inferior también. En el caso de los compradores indirectos, el coste del ejercicio de la pretensión sería, globalmente, superior al perjuicio efectivamente sufrido. Por eso, consideran que la relación entre el número de personas con capacidad de ejercer una pretensión indemnizatoria contra los infractores y la impunidad es proporcional: cuantas más personas puedan aplicar (en litigación privada) el derecho de la competencia, mayor será la impunidad de las infractoras.⁴⁹³

HARRIS y SULLIVAN propusieron contraargumentos para la supuesta ineficiencia del sistema de *treble damages* en caso de que los compradores directos y los indirectos tuvieran una pretensión indemnizatoria. Respecto al exceso de documentación e informes como consecuencia de tener que reconstruir la cadena de repercusión del sobrecoste y la carga que supondrá para los tribunales, consideran que los órganos jurisdiccionales serían capaces de seleccionar qué información es relevante y cuál puede ser descartada, de la misma forma que lo hacen con aquellos destinados a cuantificar el perjuicio sufrido para triplicarlo.⁴⁹⁴

En lo que respecta a la ineficiencia general del sistema, entienden que sería una consecuencia de la limitación de los sujetos con pretensiones, más que del incremento. Si la regla general es la repercusión “aguas abajo”, un sistema que niegue la posibilidad de demandar por daños a

⁴⁹³ William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., pp. 621-625.

⁴⁹⁴ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge...”, cit., pp. 240 y ss.

los afectados sería injusto e ineficiente por dos motivos. Primero, reduce los incentivos para demandar si los compradores directos atribuyen un valor superior a la relación comercial que a la indemnización y aquellos que sufren las consecuencias de la infracción no tienen legitimación para interponer acción alguna. Segundo, afecta a los incentivos de los compradores directos para absorber el sobrecoste ilícito en lugar de trasladarlo a sus propios clientes: independientemente de su conducta, el comprador directo podrá reclamar la totalidad del sobrecoste y recibirá una indemnización excepcional e indebida, en el sentido de que la base de cálculo incluye unas partidas que no han sufrido realmente, si decidiera que ejercitar la pretensión contra el infractor (su proveedor) por daños *treble* es más conveniente que actuar como lo ha hecho hasta ese momento.

El debate y la división creada por la jurisprudencia Hanover Shoe-Illinois Brick se extendió entre la federación y los Estados y los Estados entre sí. La cuestión quedó zanjada con la sentencia del *US Supreme Court* en el caso California contra ARC America Corp⁴⁹⁵. En ella, el tribunal clarificó que el ámbito de aplicación de la limitación de los usos de la repercusión del sobrecoste en las pretensiones de daños derivados de infracciones de la normativa *antitrust* derivada de su propia jurisprudencia se aplica únicamente a nivel federal. A nivel estatal, no obstante, los Estados pueden regular la cuestión de la forma que estimen más conveniente sin que prevalezca la jurisprudencia del *US*

⁴⁹⁵ 490 US 93 (1989).

*Supreme Court*⁴⁹⁶, sin perjuicio de que esta última regulación sólo podrá alegarse cuando la normativa aplicable sea puramente estatal.⁴⁹⁷

4. Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission

El debate resurgió en la elaboración del *Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission* (“Commission” para la AMC) en 2007.⁴⁹⁸ Su capítulo 3⁴⁹⁹ está dedicado a los remedios civiles y criminales frente a una infracción del derecho de la competencia. Entre los asuntos tratados, se encontraban la legitimación activa de los compradores indirectos y la posibilidad de los demandados de oponer la excepción de repercusión.

La Commission reconoció que el sobrecoste derivado de una infracción de las normas de defensa de la competencia podía repercutirse a lo largo

⁴⁹⁶ Para que las leyes estatales no prevalecieran sería necesario que (a) el Congreso así lo hubiera dispuesto, (b) las leyes federales hubieran regulado esa materia o (c) la normativa estatal fuera contraria a la federal por lo que el cumplimiento de las dos sería imposible, así como que se superara la presunción contraria a la prevalencia de la normativa estatal, si la regulación de la materia ha sido históricamente de este tipo. En el caso de la normativa de defensa de la competencia, ni se da ninguna de las circunstancias (a), (b) o (c) ni se refuta la presunción, ver: 490 US 93 (1989) en 100 y 101.

⁴⁹⁷ 490 US 93 (1989) en 103: “We construed § 4 as not authorizing indirect purchasers to recover under federal law because it would be contrary to the purposes of Congress. But nothing in *Illinois Brick* suggests that it would be contrary to congressional purposes for States to allow indirect purchasers to recover under their own antitrust laws”.

⁴⁹⁸ Puede encontrarse íntegramente aquí: https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1228317/m2/1/high_res_d/amc_final_report.pdf.

⁴⁹⁹ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), *Report and Recommendations*, pp. 241 y ss.

de la cadena de producción y afectar a los actores situados más allá de los clientes de las infractoras.⁵⁰⁰ A pesar del desacuerdo inicial, adoptó un enfoque práctico para alcanzar un consenso e hizo la siguiente recomendación: podrían permitir la concentración de las pretensiones de compradores directos e indirectos en un único foro federal, aunque eso implicara revocar por ley Hanover Shoe e Illinois Brick, para que la litigación fuera eficiente. Así, evitarían duplicidades en los procedimientos, la concesión de indemnizaciones superiores al daño padecido y la consiguiente sobre- e infra-compensación causada por la apreciación que los tribunales puedan hacer de la repercusión.⁵⁰¹

No obstante, esta recomendación nunca se implementó: la jurisprudencia Hanover Shoe-Illinois Brick no fue revocada y siguió habiendo regulaciones diferentes en los Estados.⁵⁰²

⁵⁰⁰ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), *Report and Recommendations*, cit. p. 265.

⁵⁰¹ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), *Report and Recommendations*, cit., recomendación 247.

⁵⁰² La normativa de los Estados se divide en en dos subgrupos en lo relativo a evitar la responsabilidad múltiple: por un lado, los que permiten la alegación de la defensa por repercusión del sobrecoste: District of Columbia, en el artículo 28-4509b del District of Columbia Code; Hawaii, en el artículo 480-13(c)(2) del Hawaii Revised Statutes; Maryland, en el artículo 11-209(b)(2)(II) del Maryland Commercial Law Code; y Nuevo México, en el artículo 57-1-3(c) del New Mexico Statutes -los Estados citados en esta lista son los que se encuentran en el Apéndice A de American Bar Association, 1990, previa comprobación de que siguen manteniendo la posibilidad de alegar esta defensa-. Por otro lado, los que prevén que los tribunales adoptarán las medidas necesarias para evitar la responsabilidad múltiple.

5. Apple Inc v Pepper et al: ¿un cambio de doctrina?

La sentencia en el caso Apple Inc contra Pepper et al⁵⁰³ (“Apple v Pepper”) ha sido vista como un primer paso para la revocación de la regla de Illinois Brick.⁵⁰⁴

De acuerdo con los hechos del caso, en el App Store de Apple hay dos tipos de aplicaciones: las desarrolladas por personas de la compañía y aquellas de desarrolladores independientes. Apple carga a estos últimos una tasa anual de 99 dólares, un 30% de comisión por cada aplicación vendida y, a pesar de su libertad para fijar el precio de la aplicación, esta debe tener un precio que acabe en 0.99.

Las demandantes, Pepper y otros usuarios de iPhone, ejercitaron una pretensión contra Apple por monopolizar el mercado de la venta de aplicaciones para iPhones y por cargar precios ilícitos (en esencia, la comisión del 30%) mediante el uso de su poder monopolístico⁵⁰⁵. Apple argumentó que la demanda debería de ser inadmitida a trámite porque las demandantes son compradoras indirectas, pues los precios los fijan los desarrolladores de aplicaciones y las demandadas son sus clientes, no de Apple, y, por tanto, carecen de legitimación activa en los tribunales federales.

⁵⁰³ 139 USSC 1514 (2019).

⁵⁰⁴ 139 USSC 1514 (2019) (Voto particular). El juez Gorsuch emitió el voto particular y se le unieron el presidente del Tribunal Supremo, el juez Robert, y los jueces Thomas y Alito. Una visión menos radical considera que esta sentencia muestra la fragilidad de *Illinois Brick*, en ANÓNIMO (2019), “Apple Inc. v. Pepper”, *Harvard Law Review*, Vol. 133, núm. 1, p. 391

⁵⁰⁵ Considerada una infracción del art. 2 Sherman Act.

La *District Court* inadmitió a trámite la demanda al aceptar los argumentos de Apple. La *Court of Appeal for the Ninth Circuit* revocó la sentencia de instancia y reconoció la legitimación de los usuarios (y, por tanto, que tienen una pretensión contra Apple) al considerarlos compradores directos.

Apple recurrió ante el *Supreme Court*, que confirmó la sentencia de apelación. El Tribunal entendió que los usuarios de iPhone compran las aplicaciones de Apple, propietario de App Store, con independencia de quién fije el precio de venta. Por tanto, tienen la consideración de compradores directos y su legitimación ni infringe ni revoca *Illinois Brick*.⁵⁰⁶

En esencia, tres son los argumentos que utiliza el Tribunal para llegar a esta conclusión. Primero, la regla de *Illinois Brick* es clara al establecer la *privity* como un instrumento para medir la distancia entre una persona con una pretensión de daños y la empresa infractora.⁵⁰⁷ Segundo, el uso del criterio de fijación de precio para identificar quién es la contraparte no tiene ninguna base económica y podría allanar el camino para que las empresas situadas en ciertos niveles de la cadena de producción y comercialización y con cierto poder de mercado no respondieran de los

⁵⁰⁶ Sobre la sentencia, ver Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, cit., pp. 14-28; ANÓNIMO (2019), “Apple Inc. v. Pepper”, cit., pp. 382-391; Geoffrey A MANNE and Kristian STOUT (2019), “The evolution of antitrust doctrine after *Ohio v. Amex* and the *Apple v. Pepper* decision that should have been”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, núm. 2, pp. 425-459; and Bruce H. KOBAYASHI and Joshua D. WRIGHT (2018-2019), “What’s next in *Apple Inc. v. Pepper*: the Indirect-Purchaser Rule and the Economics of Pass-through”, *Cato Supreme Court Review*, 2018, pp. 249-270.

⁵⁰⁷ 139 USSC 1514 (2019) en 1519.

daños que pueden causar.⁵⁰⁸ Tercero, si Apple estuviera infringiendo la *Sherman Act* con su conducta, tanto los desarrolladores como los clientes tendrían una pretensión contra la empresa pues los primeros podrían reclamar el lucro cesante por las aplicaciones no vendidas, los segundos lo harían por el daño emergente, esto es, el sobrecoste consecuencia de las políticas de Apple.⁵⁰⁹ Por estos motivos, la concesión de legitimación no supone la revocación del precedente y mantiene la prohibición, a nivel federal, de dotar de consecuencias legales a la repercusión de un daño en los mercados subsiguientes.

En este asunto, la conducta que presuntamente infringe las normas *antitrust* es la monopolización del mercado. Cabe recordar que los objetivos de algunos cárteles es la creación de una situación similar a la detentación de una posición dominante en un mercado para poder actuar sin presión competitiva. Asimismo, en función del tipo de conducta de la empresa monopolística, la consecuencia sobre sus clientes puede ser el pagar un precio supracompetitivo que puedan, a su vez, repercutir aguas abajo.

Antes de entrar al comentario propiamente dicho, debe tenerse en cuenta que la cuestión que debía resolver el *Supreme Court* concernía únicamente la legitimación activa de los usuarios de Apple para demandar por los daños sufridos como consecuencia de su política para la venta de las aplicaciones por desarrolladores independientes en la plataforma virtual App Store: es, todavía, una cuestión previa a entrar al fondo del asunto. Por ello, ninguno de los tres tribunales que conocen

⁵⁰⁸ 139 USSC 1514 (2019) en 1520 y ss.

⁵⁰⁹ 139 USSC 1514 (2019) en 1525 y ss.

el caso estudia, todavía, si la conducta de la demandada constituye, efectivamente, un monopolio o no.⁵¹⁰

La cuestión del caso es si se trata de un paso hacia la revocación de la regla de Illinois Brick y una aproximación a la posición europea o si, por el contrario, es una resolución acorde con los precedentes y lejos de situarse como una sentencia rupturista. Se trata de lo segundo: una sentencia que, aunque conceda legitimación activa a los usuarios de Apple, en ningún caso deroga precedente alguno.

En primer lugar, por la situación de los respectivos demandantes. Es innegable que Illinois y las otras administraciones entraban en la categoría de compradores indirectos por la cantidad de intermediarios que hubo entre ellos y los productores de hormigón. En el caso de Apple, los usuarios de iPhone adquieren las aplicaciones en la plataforma y, aunque los vendedores puedan ser los desarrolladores, fijan el precio para respetar los requisitos de Apple. El perjuicio es el sobreprecio: la diferencia entre el precio de la aplicación siguiendo los criterios de Apple y el precio de venta que habrían fijado si tuvieran plena libertad.

En segundo lugar, por la compatibilidad con las demandas de los propios desarrolladores de aplicaciones. En Illinois Brick, uno de los motivos para denegar la existencia de pretensión nacida para los

⁵¹⁰ Algunos autores consideran que, si se considera que Apple ha infringido las normas de defensa de la competencia, la indemnización que se concederá a los demandantes será, igualmente, nula. Ver, por ejemplo, Bruce H. KOBAYASHI y Joshua D. WRIGHT (2018-2019), "What's next in Apple Inc. v. Pepper: The Indirect-Purchaser Rule and the Economics of Pass-through," cit., p. 267

compradores indirectos en caso de repercusión era evitar la posible responsabilidad múltiple si confluían las pretensiones de sujetos situados en diferentes puntos de la cadena de producción, especialmente acentuada si cada uno reclamaba una indemnización del triple del valor del daño sufrido. En *Apple v Pepper* no se da esta situación.⁵¹¹ En este caso, por las características de la plataforma y el funcionamiento del App Store, tenemos dos potenciales demandantes: los desarrolladores de aplicaciones y los usuarios. Los primeros, en caso de ejercicio de su pretensión, reclamarán las cantidades que han dejado de obtener por las ventas perdidas como consecuencia de tener que pagar un 30% a Apple y por estar obligados a que el precio de venta termine en “0.99”. Los usuarios, en cambio, reclamarían por el sobreprecio pagado como consecuencia de la política propia de la compañía que pone a su disposición (y a la de los desarrolladores) el uso de la plataforma de venta. Por tanto, los primeros reclamarían el lucro cesante, mientras que los segundos se limitarían al daño emergente. Así, aunque el patrimonio que debiera responder por las pretensiones indemnizatorias ejercidas fuera el mismo, en ningún caso nos hallaríamos ante responsabilidad múltiple.

En tercer lugar, por la proximidad entre demandantes y demandada.⁵¹² La distancia contractual y la existencia de terceras personas entre unas y otras fueron esenciales para argumentar que no era eficiente conceder

⁵¹¹ 139 USSC 1514 (2019) en 1521 y 1525 y ss. También, Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, cit., p 17.

⁵¹² El *US Supreme Court* se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre que únicamente el comprador directo tiene legitimación activa para ejercer pretensiones de daños causados por las infracciones de las normas de defensa de la competencia. Entre otras, *Illinois Brick et al. contra Illinois et al.*, 431 US (1977) 720, 745-746 y *Kansas contra UtiliCorp Inc*, 497 US 199 (1990), 207.

legitimación activa a personas situadas a dos o más eslabones de distancia de la demandada por la complejidad de la reconstrucción de la cadena causal y la determinación del perjuicio sufrido.

No existe en este caso tal separación que dificulte la reconstrucción de la cadena. Apple defiende que la pretensión del usuario de iPhone es contra el desarrollador de la aplicación por fijar el precio y no contra la plataforma donde lleva a cabo la compra por ser esta un tercero en la relación obligatoria.⁵¹³ Para el adquirente de la aplicación, su contraparte contractual es la plataforma y le es indiferente la estructura del mercado de producción de aplicaciones, quién ha determinado el precio de venta y cuáles sean las condiciones existentes entre productor y vendedor.⁵¹⁴ Por ello, el usuario está ejercitando su pretensión contra la vendedora y está actuando como un comprador directo.

La posible compleja reconstrucción de la cadena causal y la difícil determinación del perjuicio tampoco son motivos para, en este caso, denegar la consideración de compradores directos a los usuarios. Por un lado, y en línea con la consideración de los usuarios como compradores directos, la reconstrucción de la relación de causalidad puede basarse en la existencia del contrato de compraventa de la

⁵¹³ 139 USSC 1514 (2019) en 1522. En concreto, Apple defiende que el usuario de iPhone adquiere las aplicaciones de los desarrolladores, quienes fijan el precio de venta, y que únicamente recibe la comisión del 30% de cada venta. Por este motivo, los primeros no tienen pretensión alguna de daños por su conducta. Tendrían pretensión si Apple adquiriera las aplicaciones y las vendiera con un precio un 30% superior. El Tribunal considera que esto no es así y, en caso de serlo, abriría la puerta a que las empresas infractoras alteraran sus políticas para poder evitar la responsabilidad derivada de sus infracciones de las normas de competencia, 139 USSC 1514 (2019) en 1525.

⁵¹⁴ 139 USSC 1514 (2019) en 1523 (voto particular). Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, cit., p. 17.

aplicación. En este sentido, el voto particular considera que equiparar “comprador directo” con “contraparte contractual”⁵¹⁵ es un error porque no siempre será la contraparte quien sufra el perjuicio y estaría excluyendo a los verdaderos afectados.⁵¹⁶ Asimismo, el test de la causalidad necesita que el daño sea previsible, situación que no se pone en duda pues si las condiciones del mercado lo permiten, la regla es la repercusión de los cambios en los costes.⁵¹⁷

Por otro lado, la dificultad de cuantificar el perjuicio es un problema inherente a toda pretensión de daños derivados de ilícitos concurrenciales donde el escenario contrafactual no es observable.⁵¹⁸ En efecto, si este fuera un criterio relevante para que prospere una pretensión, entonces los infractores acabarían impunes porque ninguna propuesta de indemnización presentaría una cuantificación no estimativa.

⁵¹⁵ HOVENKAMP considera que con esta decisión el tribunal “created an apparently categorical rule that whoever pays the money directly to the defendant should be counted as the direct purchaser” en Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, cit., p. 18.

⁵¹⁶ 139 USSC 1514 (2019) en 1529 y ss. (voto particular).

⁵¹⁷ Según HOVENKAMP, en el voto particular se recurre a un concepto de causalidad adecuada que limita los posibles perjudicados a una única entidad, cuando, como en este caso, pueden ser más. Ver, Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, cit., p. 26.

⁵¹⁸ El Tribunal Supremo, concretamente, afirma al respecto: “It is true that it may be hard to determine what the retailer would have charged in a competitive market. Expert testimony will often be necessary. But that is hardly unusual in antitrust cases”, 139 USSC 1514 (2019) en 1524. También Justice Brennan en su voto particular en Illinois Brick: “But [the requirement of additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories to quantify the damages to be adjudicated] may be said of almost all antitrust cases. Hanover Shoe itself highlights this unavoidable complication, in that it requires the plaintiff to prove a probable course of events which would have occurred but for the violation.”, en 431 US 720 (voto particular J. Brennan), 759.

Por estos motivos, no se considera que la sentencia del caso *Apple v Pepper* sea un punto de inflexión en la concepción sobre la repercusión del perjuicio y sus efectos en las pretensiones de daños. La doctrina jurisprudencial construida entre *Hanover Shoe* e *Illinois Brick* sigue siendo vigente a nivel federal y ni los infractores pueden alegar que los demandantes han repercutido el daño, ni los compradores indirectos tienen legitimación activa. Por tanto, en el momento de elegir qué valores son más relevantes, la eficiencia y la disuasión siguen teniendo un peso superior a la compensación de los daños.

6. Conclusión sobre el *passing-on* en Estados Unidos

Contrariamente a la situación en Europa, a nivel federal, el recurso a la excepción por repercusión del sobrecoste está prohibido y los compradores indirectos no tienen pretensión alguna contra las infractoras. A nivel estatal, en cambio, algunos Estados las admiten.

Los sistemas de derecho de la competencia pueden construirse sobre tres pilares: la justicia restaurativa, alcanzar niveles óptimos de disuasión de llevar a cabo conductas infractoras y la eficiencia del sistema de aplicación.⁵¹⁹ Dada la dificultad de mantener los tres, siempre hay uno que debe ceder ante el resto. En Estados Unidos, la configuración del sistema nos lleva a concluir que, claramente, es la compensación de las víctimas, a pesar de que sea un objetivo digno de proteger y esta regla pueda parecer contraria a la *Clayton Act*⁵²⁰. La inadmisión, a nivel federal,

⁵¹⁹ 431 US 720 (1977) en 746-747.

⁵²⁰ De hecho, RICHMAN y MURRAY consideran que esta regla está osificada y tornada en absoluta, Barak D. RICHMAN y Christopher R. MURRAY (2007), “Rebuilding Illionis

de los usos ofensivos y defensivos de la repercusión del sobrecoste es una consecuencia, por tanto, ineludible.

Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule”, *Southern California Law Review*, Vol 81, p. 90.

Capítulo quinto. El fundamento de la figura legal de la repercusión del sobrecoste

La relevancia legal de la repercusión del sobrecoste encuentra su fundamento en cuatro posibles instituciones. Primero, el deber de mitigar el perjuicio sufrido que tiene toda víctima. Segundo, las reglas de coordinación de beneficios recibidos por la persona dañada en el contexto de un daño sufrido, como son la *compensatio lucri cum damno* y la subrogación de quien ha resarcido total o parcialmente a la víctima.⁵²¹

⁵²¹ A modo ilustrativo, los Abogados Generales Capotorti y Mancini afirman que la excepción de repercusión del sobrecoste está relacionada tanto con el deber de mitigación del daño como con la *compensatio lucri cum damno*, respectivamente, en Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 11, conclusiones del Abogado General Sr. Federico Mancini presentadas el 23 de marzo de 1983, Pauls Agriculture, 256/81, ECLI:EU:C:1983:91, apartado 5.

La jurisprudencia menor en la litigación *follow on* del cártel de los camiones también contemplan que la mitigación del daño y la *compensatio lucri* sean límites subjetivos y objetivos en el momento de determinar la existencia del perjuicio. Ver, por todas otras, SJM 3 Valencia de 7 de mayo de 2019, FD 8.

En los documentos de la Comisión Europea también se encuentra esta relación entre deber de mitigar y repercusión de sobrecoste: COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios...*, cit., p. 8; RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the passing-on of overcharges*, pp. 260-261.

A nivel doctrinal, la relación de la *passing-on defence* y el deber de mitigar el daño y la *compensatio* la estudian también, sin compartirla, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009a), “Passing on defense y *compensatio lucri cum damno*”, *Derecho Mercantil España*, 13 de junio de 2009, <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2009/06/passing-on-y-compensatio-lucrum-cum-damno.html> consultado el 20 de octubre de 2020; y Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (edición digital consultada en octubre de 2020).

Tercero, la interdicción del enriquecimiento sin causa⁵²². Cuarto, el derecho al pleno resarcimiento y la extensión efectiva del daño.⁵²³

Este capítulo tiene la finalidad de estudiar estas figuras y comprobar sobre cuál de ellas se asienta, en realidad, la repercusión del sobrecoste.

I. La mitigación del daño

1. Definición, origen y fundamento

La mitigación del daño es un deber de la parte perjudicada derivado del principio general de que las personas deben actuar de buena fe, recogido

⁵²² Dos fuentes recogen este problema como causa para dar relevancia jurídica a la repercusión. Por un lado, el Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia puede leerse: “(...) podría dar lugar a un enriquecimiento injusto de los compradores que repercutieron el coste excesivo y a una compensación múltiple indebida por el coste excesivo ilegal impuesto por el demandado”, en COMISIÓN EUROPEA (2008a), *Libro Blanco Acciones de daños y perjuicios...*, cit., p. 8.

Por otro lado, la jurisprudencia. El Tribunal Supremo utiliza este argumento como límite a la compensación que pueden recibir los afectados por un ilícito concurrencial en la sentencia del cártel del azúcar: “Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño” (STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5). La *Cour de cassation* francesa recurrió a este razonamiento también en *DOUX Aliments c. Ajinomoto* (sentencia de la *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale*, de 15 de junio de 2010, 09-15.816). También, el *Bundesgerichtshof* en la sentencia BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, ORWI.
⁵²³ El *Competition Appeal Tribunal*, la *Court of Appeals* y la *UK Supreme Court* en las tres sentencias del caso Sainsbury’s y otros contra Mastercard Ltd. y otros. También el *Bundesgerichtshof* en las sentencias BGH de 19.05.2020, KZR 8/18, Schienenkartell IV, apartados 45 y ss. y BGH de 23.09.2020, KZR 4/19, Schienenkartell V, apartados 53 y ss.

También, Considerando 39 Directiva 2014/104: “Cuando una parte perjudicada haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, a sus propios compradores, la pérdida repercutida ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida”.

en el artículo 7.1 CC. Este consiste en ser diligente y limitar la extensión del daño en la medida en que sea razonable.⁵²⁴ Se parte de que la demandada causó el daño sin la contribución inicial de la víctima y demandante, quien no debe, a su vez, empeorarlo.⁵²⁵

El origen de esta carga⁵²⁶ se halla en la determinación del perjuicio sufrido en el ejercicio de pretensiones de daños derivados de incumplimientos contractuales. Allí, la parte perjudicada busca ser indemnizada o repuesta en la situación en la que estaría ausente el incumplimiento y la buena fe le exige que, dentro de sus posibilidades,

⁵²⁴ Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, núm. 2, pp. 960 y 964; Stéphane REIFEGERSTE (2002), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, párrafo 326; Luis DIEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Civitas, p. 783; Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 17”, en Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 4ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, p. 415; Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, en Ingeborg Schwenzler (Ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4ª ed., Oxford University Press, p. 1104; Isabel ZURITA MARTÍN (2016), “Duty of Mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales”, *InDret* 4.2016, p. 18; Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia...*, cit., p. 183.

⁵²⁵ Ana SOLER PRESAS y Pedro DEL OLMO (Eds.) (2019), *Practicum Daños 2019*, Thomson Reuters-Aranzadi, p. 305.

⁵²⁶ La doctrina indica que la necesidad de reducir el daño y evitar su propagación puede entenderse como un deber o como una carga, pero nunca como una obligación de la parte perjudicada por no serle exigible. En España, Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1993; Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)”, cit., p. 960; Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 17”, cit., p. 416; Ana SOLER PRESAS y Pedro DEL OLMO (Eds.) (2019), *Practicum Daños 2019*, cit., p. 305.

En relación con el deber de mitigar el daño en la CISG, Ana SOLER PRESAS (1998), “Artículo 77”, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, p. 622; e Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1105.

Para evitar posibles confusiones respecto a si el deber de mitigar constituye también una obligación, en los Principios UNIDROIT optaron por titular el artículo 7.4.8 como “mitigación del daño”, en Ewan MCKENDRICK (2015), “Article 7.4.8”, en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the unidroit principles of international commercial contracts (PICC)*, Oxford University Press, p. 1008.

limite la extensión del perjuicio derivado del incumplimiento contractual. La compensación, por tanto, no puede alcanzar la pérdida evitable.⁵²⁷

Esta exigencia puede trasladarse a los daños causados entre personas no vinculadas contractualmente.⁵²⁸ Para asegurar una correcta distribución de riesgos e incentivos entre las partes, el deber de mitigar impone una carga al perjudicado para que no sea resarcido de un daño que ha sido extendido, o causado, por su propia omisión, en lugar de por el incumplimiento o la conducta dañina.⁵²⁹ La buena fe obliga a la demandante perjudicada a reducir el daño y le impone el deber de adoptar aquellas medidas razonables. De otra forma, el fracaso de esta persona podría verse como una interrupción del nexo de causalidad y esta inacción podría llegar a sustituir al incumplimiento como causa del daño.⁵³⁰

⁵²⁷ Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1104.

⁵²⁸ STS, 1ª, 123/2015, de 4 de marzo, (MP: Rafael Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2015:669), FD 11.6.

⁵²⁹ Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)”, cit., p. 961; Luis DIEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: las relaciones obligatorias*, cit., p. 783 y Isabel ZURITA MARTÍN (2016), “Duty of Mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales”, cit., p. 17.

⁵³⁰ Stéphan REIFEGERSTE (2002), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, cit., párrafos 245-254; Luis DIEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: las relaciones obligatorias*, cit., p. 783; Ana SOLER PRESAS (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, *InDret* 2.2009 p. 14; y Fernando PEÑA LÓPEZ (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia...*, cit., p. 184.

2. El reconocimiento legal del deber de mitigar el daño

En España, la carga de mitigar el daño no tiene una regulación general, sino que se encuentra en dos normas especiales: la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)⁵³¹ y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (LCS)⁵³².

La CISG reconoce el deber de mitigar el daño en su artículo 77. La parte incumplidora debe compensar las pérdidas consecuencia del incumplimiento que fueran previsibles o que podrían haberse previsto en la conclusión del contrato.⁵³³ Ahora bien, la parte perjudicada tiene el deber de tomar

“las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento”⁵³⁴.

⁵³¹ Adoptada en Viena el 11 de abril de 1980. España se adhirió el 24 de julio de 1990 y entró en vigor el 1 de agosto de 1991. Puede accederse al texto completo aquí: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (consulta el 23 de noviembre de 2020).

⁵³² BOE nº 250 de 17.10.1980

⁵³³ Artículo 74 CISG.

⁵³⁴ Artículo 77 CISG. La razonabilidad de las medidas de minimización del daño adoptadas o de adopción esperada se valora en función de las circunstancias de la persona perjudicada, ver Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1107.

Si no, la demandada podrá solicitar la reducción de la indemnización en la medida negligentemente no mitigada.⁵³⁵

En España, la legislación también reconoce la existencia del deber de mitigar. Según el artículo 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, “el asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios disponibles a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro”⁵³⁶.

En otro caso, la compañía aseguradora podrá reducir la cuantía de la indemnización atendiendo a la culpa del asegurado en la extensión del perjuicio por su fracaso en la reducción.⁵³⁷

Se trata de un deber del asegurado que reportará un beneficio para su persona y la aseguradora, porque tiene por finalidad la limitación de las consecuencias y el alcance del perjuicio.⁵³⁸ El límite de la operatividad de este deber es la vida de la persona afectada: mitigar el daño, de acuerdo con el contenido del artículo 17 LCS, no puede implicar poner en riesgo una vida.

La evaluación del comportamiento tendente a la mitigación requiere estudiar su razonabilidad y diligencia. Al ser estos criterios eminentemente casuísticos, la doctrina ha construido algunos

⁵³⁵ Artículo 77 CISG. La parte demandada debe alegar la ausencia de mitigación y no es revisable de oficio por el tribunal, ver Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1110.

⁵³⁶ Artículo 17 I LCS

⁵³⁷ Artículo 17 I LCS.

⁵³⁸ Abel B. VEIGA COPO (2017), *Tratado del Contrato de Seguro*, 5ª ed., Vol. I, Civitas, p. 1751.

parámetros para la valoración de su adecuación. Por un lado, la hipotética conducta del asegurado en aquella situación si no hubiera estado contratado el seguro. Por otro lado, la proporcionalidad de las medidas respecto al evento dañoso.⁵³⁹

Finalmente, la mitigación del daño requiere un comportamiento positivo, un hacer.⁵⁴⁰ Una omisión deliberada y consciente que puede agravar el riesgo podría ser calificada como contraria a la buena fe. Al estar lejos de tener un carácter mitigante, también reduciría la indemnización en el sentido de no cubrir aquellos daños minorables, pero no minorados en su momento.

3. El deber de mitigar el daño en la jurisprudencia del TJUE y en instrumentos de *soft law*

La jurisdicción de la Unión Europea también reconoce la existencia de este deber⁵⁴¹ y, de hecho, lo considera como un “principio general común a todos los ordenamientos de los Estados miembro”⁵⁴². El TJUE ha afirmado que la parte perjudicada debe adoptar las medidas

⁵³⁹ Abel B. VEIGA COPO (2017), *Tratado del Contrato de Seguro*, cit., p. 1762.

⁵⁴⁰ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 17”, cit., p. 418.

⁵⁴¹ Paul CRAIG (2018), *EU Administrative Law*, 3ª edición, Oxford University Press, p. 749.

⁵⁴² En el ámbito de la jurisprudencia del TJUE, se ha pronunciado así en: SSTJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd* y otros, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, apartado 84; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue*, C-524-04, ECLI:EU:C:2007:161, apartado 124; de 24 de marzo de 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, apartado 60; de 25 de noviembre de 2010, *Günter Fuß contra Stadt Halle*, C-429/09, ECLI:EU:C:2010:717, apartado 76; de 4 de octubre de 2018, *Nikolay Kantarev contra Balgaska Narodna Banka*, C-517/16, ECLI:EU:C:2018:807, apartado 141.

razonables y mostrar una “diligencia razonable”⁵⁴³ para evitar que su indemnización se vea reducida por ese motivo.

El Tribunal General y el Tribunal de Justicia han tenido en cuenta la conducta de la demandante en las pretensiones indemnizatorias ejercitadas en esa instancia por los daños causados por las Instituciones de la Unión Europea para reducir la indemnización solicitada o, directamente, para desestimar la pretensión.⁵⁴⁴ Un ejemplo de reconocimiento, pero sin aplicación, de este deber puede encontrarse en los casos del *gritz* y el *quellmebl*⁵⁴⁵. El comportamiento tendente a reducir el efecto del perjuicio era, en concreto, la repercusión. Aunque no lo consideró probado por falta de prueba, afirmó:

“En efecto, debe admitirse que, en el supuesto de que la supresión de las restituciones haya sido, o hubiera podido ser, realmente repercutida sobre los precios, el perjuicio no podría valorarse en función de las restituciones no abonadas. En ese caso, el aumento de los precios sustituiría a la concesión de las restituciones para mantener indemne al productor”⁵⁴⁶

⁵⁴³ En el ámbito de la jurisprudencia del TJUE, se ha pronunciado así en: SSTJUE de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros contra Consejo y Comisión, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, ECLI:EU:C:1992:217, apartado 33; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, apartado 85; de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, apartado 61; de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, apartado 75; de 4 de octubre de 2018, Nikolay Kantarev, C-517/16, apartado 140.

⁵⁴⁴ Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 83 y ss; Paul CRAIG (2018), *EU Administrative Law*, cit., p. 750.

⁵⁴⁵ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78.

⁵⁴⁶ STJUE de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 14.

El Tribunal entendió que no repercutir, si hubiera sido posible hacerlo, sería una extensión del daño que ha de tenerse en cuenta al calcular la indemnización.⁵⁴⁷

Una prueba de que es un deber ampliamente aceptado en distintos ordenamientos jurídicos es su inclusión en instrumentos de *soft law* de armonización del Derecho privado. A pesar de que utilicen diferentes nombres y formulaciones, los Principios UNIDROIT, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL, *Principles of European Contract Law*) reconocen que la parte que ha causado el daño no responderá por las pérdidas

“sufridas por la parte perjudicada en la medida en que el daño podría haber sido reducida si esta última hubiera tomado las medidas razonables”⁵⁴⁸.

4. El contenido del deber de mitigar el daño

A la luz de su marco regulatorio, el deber de mitigar el perjuicio obliga a la parte perjudicada a actuar para limitar, si es posible, los efectos de

⁵⁴⁷ TOTH considera que esta afirmación, a pesar de ser correcta en abstracto, en concreto es desacertada porque significaría que la sociedad, y no las causantes, soportarían las consecuencias del perjuicio. Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, en Tom Heukels y Alison McDonnell (Eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, p. 189.

⁵⁴⁸ Esta cita corresponde a una traducción personal del artículo 7.4.8(1) Principios UNIDROIT. Según el artículo 9:505(1) DCFR: “the non-performing party is not liable for the loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps”. De acuerdo con el artículo III-3:705(1) PECL, “the debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps”.

la conducta dañina. Los elementos a evaluar para determinar el cumplimiento de este deber son tres.

Primero, el conocimiento de la existencia de un perjuicio y la posibilidad de la parte afectada de limitar la extensión del daño activamente.⁵⁴⁹

Cuando se ha causado un daño y la víctima lo conoce, se espera que la parte perjudicada actúe para acotar los efectos del perjuicio y se exige que así lo haga. El deber de mitigar es la “carga que pesa sobre quien pretenda el resarcimiento de un daño precluyendo el mismo en la medida en que las pérdidas sufridas pudieran haber sido minoradas”⁵⁵⁰. Una omisión consciente puede considerarse una infracción del deber de actuar de forma acorde con el principio de buena fe.

Segundo, la actuación de la parte perjudicada según los estándares de una persona diligente.⁵⁵¹

Este requisito consiste en comparar la actuación de la parte perjudicada con la conducta que habría llevado a cabo la persona media que se encontrara en la misma posición que la víctima. El estándar típico sería el del buen padre de familia⁵⁵², como estándar ordinario del Código

⁵⁴⁹ Ana SOLER PRESAS y Pedro DEL OLMO (Eds.) (2019), *Practicum Daños 2019*, cit., p. 305.

⁵⁵⁰ Ana SOLER PRESAS (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, cit., p. 10.

⁵⁵¹ A modo ilustrativo, Conclusiones del Abogado General Capotorti de 24 de junio de 1976, Ireks-Arkady, 238/78, p. 1511.

⁵⁵² Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, cit., p. 195.

Civil⁵⁵³, o el ordenado empresario, de Derecho mercantil⁵⁵⁴. También podrían serlo “la “diligencia ordinaria de un productor”⁵⁵⁵, el “comerciante cauteloso”⁵⁵⁶, el “hombre prudente y diligente”⁵⁵⁷ o la persona razonable⁵⁵⁸. A pesar de esta aparente variedad de parámetros, en realidad, todos hacen referencia a un estándar objetivo que parte del análisis de las circunstancias concretas y de la persona a quien se atribuye este deber.⁵⁵⁹

⁵⁵³ A modo de ejemplo, es el estándar contemplado en los artículos 1094 CC y 1104 CC.

⁵⁵⁴ Art. 225 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

⁵⁵⁵ Conclusiones del Abogado General Capotorti de 24 de junio de 1976, Ireks-Arkady, 238/78, p. 1511.

⁵⁵⁶ Ana SOLER PRESAS (1998), “Artículo 77”, cit., p. 625.

⁵⁵⁷ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 17”, cit., p. 419; José Antonio BADILLO ARIAS (2017), “Artículo 17”, en José Antonio Badillo Arias (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3ª ed., p. 439.

⁵⁵⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Gerhard Reischl presentadas el 24 de junio de 1976, Sergy contra Comisión de las Comunidades Europeas, 58/75, ECLI:EU:C:1976:99, p. 1162: “an injured party, especially where it is a question of continuing damage, must endeavour by appropriate and reasonable action on his part to mitigate the damage as much as possible”. Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, cit., p. 196. Como hemos visto antes, la razonabilidad también es el estándar incluido en los Principios UNIDROIT, el *Draft Common Frame of Reference* y los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL).

De los diferentes estándares propuestos, Juan Antonio García Amado considera que la “persona razonable” es el estándar de conducta genérico (en contraposición con los específicos como el cumplimiento de la *lex artis*) más amplio y que tiene mayor virtualidad, en Juan Antonio GARCÍA AMADO (2018), “Estándares de conducta y responsabilidad jurídica (lex artis, buen padre de familia, persona razonable...)”, *Almacén de Derecho* de 26 de noviembre de 2018, <https://almacendederecho.org/estandares-de-conducta-y-responsabilidad-juridica-lex-artis-buen-padre-de-familia-persona-razonable> (acceso: 2 de febrero de 2021).

⁵⁵⁹ Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, cit., p. 196. Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1107; Ana Soler Presas y Pedro del Olmo (Eds.) (2019), *Practicum Daños 2019*, cit., p. 306.

Tercero, la razonabilidad y proporcionalidad⁵⁶⁰ de las medidas adoptadas o cuya adopción era esperable para limitar el perjuicio.

El análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad se hace contraponiendo las medidas con la conducta perjudicial. El límite que la parte damnificada no tiene que exceder es ponerse en una posición de riesgo⁵⁶¹ o que suponga un coste desproporcionado para la parte perjudicada⁵⁶². La conducta minimizadora del daño no es razonable ni proporcionada si pone a la parte perjudicada en una posición peor que aquella en la que el daño la ha situado.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia 123/2015, de 4 de marzo⁵⁶³, ha tenido la oportunidad de concretar este

⁵⁶⁰ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), “Artículo 17”, cit., p. 419. En lugar de razonables se habla de medidas oportunas, además de proporcionadas.

⁵⁶¹ Luis Díez-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V: la responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, p. 344; e Isabel ZURITA MARTÍN (2016), “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, cit., p. 20.

⁵⁶² Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, cit., pp. 1107.

⁵⁶³ STS, 1ª, 123/2015, de 4 de marzo. En este proceso se ejerció una pretensión de daños por incumplimiento de las obligaciones de permitir a la demandante acceder a la red de transporte y distribución de electricidad.

Los hechos son los que siguen: Entre los años 2000 y 2003, Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SA (“Hidrocantábrico”) desarrollaba su actividad de explotación de redes de distribución eléctrica y suministro de electricidad en la cornisa cantábrica. En su expansión por la Comunidad Valenciana, Hidrocantábrico solicitó a Iberdrola SA (“Iberdrola”) acceso a su red de distribución en esa comunidad autónoma (operada por Iberdrola Distribución SA), pero la segunda rechazó las solicitudes. Hidrocantábrico promovió diversos procedimientos de conflicto de acceso a redes ante la Comisión Nacional de Energía, que reconoció el derecho de acceso de la promotora de los procedimientos. Iberdrola recurrió en alzada las resoluciones y, tras la desestimación, recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que también desestimaron los recursos. En el ínterin y hasta marzo de 2003, cuando obtuvo acceso a la red, Hidrocantábrico contrató a otra filial del grupo, primero, y a terceras empresas, después, para suministrar energía eléctrica a sus instalaciones de distribución para el posterior suministro a sus clientes.

deber y extraer las líneas más importantes para analizar si la conducta debida para mitigar el daño es suficiente o excesiva.⁵⁶⁴ Primero, se requiere la agravación dolosa o negligente de las consecuencias del daño por parte del perjudicado para liberar total o parcialmente al causante, pues

“el daño pasa a considerarse consecuencia de su propia negligencia y no de la actuación ilícita de un tercero”⁵⁶⁵.

Segundo, como este deber resulta de las exigencias de la buena fe de las partes, no puede extenderse más allá de criterios de razonabilidad, por lo que

“tampoco puede dar lugar a la exigencia al perjudicado de comportamientos heroicos o de aceptación de la actuación ilícita del tercero como si de una fatalidad se tratara”⁵⁶⁶.

Hidrocantábrico interpuso una demanda contra Iberdrola e Iberdrola Distribución SA el 14 de junio de 2010. La demandante concretó los daños en el sobrecoste causado por la adquisición de la electricidad que generaban grupos electrógenos en lugar de la electricidad procedente del acceso a la red eléctrica, que ascendía a 17.242.954 euros y a 20.674.301 euros, si se actualizaba conforme a la variación del IPC. El Juzgado de Primera Instancia 22 de Valencia, por sentencia de 7 de junio de 2011 (SJPI Valencia 144/2011, de 7 de junio) estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a las demandadas a pagar 16.612.699,5 euros y rechazó la actualización. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia en su sentencia 644/2012, de 2 de noviembre. De nuevo, sendas partes recurrieron en casación y el Tribunal Supremo, en la sentencia ahora referida, declaró no haber lugar a los recursos de las demandadas y casó la sentencia de instancia en lo relativo a la actualización de la indemnización conforme al IPC.

⁵⁶⁴ STS 123/2015, de 4 de marzo, FD 11. Isabel ZURITA MARTÍN (2016), “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, cit., p. 22.

⁵⁶⁵ STS 123/2015, de 4 de marzo, FD 11.

⁵⁶⁶ STS 123/2015, de 4 de marzo, FD 11.

Tercero, y en línea con el punto anterior, la obligación de actuar de buena fe no significa que el perjudicado debe sacrificar injustificadamente sus intereses legítimos. Cuarto y último, la carga de la prueba del incumplimiento del deber de mitigar recae sobre la demandada.

El deber de mitigar el daño busca la minimización del coste de una conducta perjudicial para el bienestar social. La reducción proporcional de la indemnización como consecuencia de la falta de mitigación tiene por fin incentivar el comportamiento eficiente de la víctima. Así, se optimizarán los desplazamientos patrimoniales porque la indemnización será equivalente al daño social causado, pues la sobreindemnización, cuando podía haberse reducido el daño, no es una transmisión eficiente. El recurso a criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la conducta de la parte perjudicada tiende a asegurar la maximización del bienestar social: las mitigaciones socialmente deseadas son aquellas que ocurren cuando el coste de mitigar es inferior a la mitigación en sí misma, esto es, a aquello que se mitiga.⁵⁶⁷ De otra forma, sería desproporcionado y no razonable exigir a las víctimas mitigar cuando el coste es de hacerlo es superior a la extensión del daño.

La ausencia de un comportamiento mitigador puede reflejarse de dos formas. Por un lado, puede entenderse como una contribución de la víctima a la causación del daño: su inacción ha contribuido al daño y, en esa medida, el causante del perjuicio podrá ver su responsabilidad limitada. Por otro lado, como una forma de atribución de los riesgos de

⁵⁶⁷ Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 248-249.

los comportamientos de cada parte: una persona tiene el derecho a ser plenamente compensada por el daño sufrido, salvo por aquella parte que la propia víctima podría haber mitigado si hubiera actuado de forma razonable.

5. La repercusión del sobrecoste y el deber de mitigar los daños sufridos

La cuestión es si la repercusión de un sobrecoste causado por un cártel es una actuación que el deber de actuar de buena fe exige a las partes afectadas y que, en caso de no cumplir, sería una contribución al propio perjuicio por parte de la víctima. Dicho de otra forma, si la mitigación de los daños incluye, en estos casos, el deber de trasladar cualquier incremento de los costes a aquellos situados en los eslabones subsiguientes de la cadena de producción y sería reprochable en caso de omisión y absorción.

A nivel de la Unión Europea, el Libro Verde para la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia⁵⁶⁸ y el *Commission Staff Working Paper* anexo al Libro Verde⁵⁶⁹ presentaban esta posibilidad:⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios...*, cit.

⁵⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper...*, cit.

⁵⁷⁰ FRANCISCO MARCOS y Magnus STRAND parecen estar de acuerdo con esta visión sobre la excepción de repercusión del sobrecoste. Ver, respectivamente, FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ (2018a), “Spain”, en Barry Rodger, Miguel Sousa Ferro and Francisco Marcos (Editores), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition Across the Member States*, Oxford University Press, p. 338, y FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ (2018b), “The Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working paper IE Law School*, AJ8-241-1, 13-02-2018, p. 15 (“Indeed, including this

“La defensa «passing-on» o de daños repercutidos se refiere al tratamiento jurídico del hecho de que una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes. (...)”⁵⁷¹

“When awarding damages, the court may also have to take into account effect that result from the behaviour of the claimant. That is particularly the case when the claimant is under an obligation to mitigate any losses (...)”⁵⁷².

Cabe resaltar que no se niega que las empresas afectadas por un ilícito concurrencial tengan el deber de mitigar el daño sufrido. De hecho, como toda víctima de un perjuicio, deben evitar su extensión en la medida de lo posible y lo razonable. Únicamente se cuestiona que la repercusión del sobrecoste sea una forma idónea de mitigación. En este sentido, TOTH considera, en línea con las Conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti, que la imposición de la repercusión como una obligación so pena de reducir la indemnización puede hacer que, en última instancia, sean los consumidores y los compradores directos

defence is a natural extension of the logic behind damages compensation, according to which actions by aggrieved parties reacting to mitigate the harm are taken into account when calculating the harm suffered by the mitigating party”); y Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 356.

⁵⁷¹ COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios...*, cit., p. 8.

⁵⁷² COMISIÓN EUROPEA (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper...*, cit., apartado 129.

quienes soporten las consecuencias del daño en lugar de los propios infractores.⁵⁷³

Por ello, se analizarán los tres elementos para evaluar si la repercusión es una forma de cumplimiento con el deber de reducir el alcance del perjuicio.

En primer lugar, respecto a la existencia de una obligación de conocer la existencia de un cártel en el mercado “aguas arriba”.

Como regla general, los cárteles son secretos para quienes no forman parte del acuerdo. Su conocimiento para los no infractores dependería de si se ha producido alguna filtración, si se ha iniciado una investigación o si el comprador directo ha realizado un estudio de mercado después de apreciar, por ejemplo, las variaciones en los precios.

Como la primera y la segunda no dependen del comprador directo y la tercera puede suponer un elevado coste en términos económicos, se considera que no se puede exigir que las empresas identifiquen un cártel. Por eso, en este contexto de ignorancia, no se puede asumir que las acciones u omisiones del comprador directo tengan por objetivo extender, y no limitar, el daño sufrido en lugar de mitigarlo.⁵⁷⁴

⁵⁷³ Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, cit., pp. 189-190. Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, p. 1512.

⁵⁷⁴ Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO y Carmen HERRERO SUÁREZ (2011), “La “passing-on defence”, ¿un falso dilema?”, en Luis Antonio Velasco San Pedro, Carmen Alonso Ledesma, Marina Echebarría Sáenz, Carmen Herrero Suárez, Javier Gutiérrez Gilsanz (Dirs.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, p. 602.

Segundo, en lo que concierne a la razonabilidad y la proporcionalidad de exigir que una empresa incremente el precio de sus productos ante cualquier variación en sus costes.

Influyen diversos factores en la determinación del precio de venta al público de un producto o servicio. Entre otros, el tipo de coste afectado por el incremento, los precios de los competidores y el nivel de competencia, el propio poder de mercado de la empresa, el poder negociador de sus clientes, la elasticidad de la demanda y la existencia de productos sustitutivos.

Estas circunstancias y la propia política de precios y de respuesta a un cambio en los costes de la propia empresa permiten aseverar el carácter desproporcionado de exigir que el comprador directo incremente sus precios cuando haya cualquier modificación en sus costes y que verá su indemnización reducida si decide actuar de otra forma, como sería, absorber el sobrecoste y mantener los precios en el nivel que tenían con anterioridad. Por tanto, es una medida inexigible⁵⁷⁵, a pesar de la libertad del empresario de llevarla a cabo.

Asimismo, es indudable que, en función de las características del mercado, especialmente si la demanda es elástica, el incremento de los precios causará una reducción en las ventas. Este es también un factor

⁵⁷⁵ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009b), “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret* 3.2009, p. 10.

relevante para decidir sobre la razonabilidad de la exigencia de un incremento en los precios en estas circunstancias.

Tercero, sobre si este incremento del precio para reducir los efectos del sobrecoste sería acorde con el comportamiento esperado del diligente empresario.

Los administradores tienen el deber de ser diligentes en las decisiones que tomen para la empresa. La reacción ante un cambio en sus costes es una decisión que entra en su ámbito de actuación y que, por tanto, es una decisión que debe adoptarse (y valorarse) según el estándar del ordenado (o diligente) empresario. Por tanto, se trata de un caso *ad hoc* donde no son aceptables las decisiones generales, pues cada administrador debe conocer cuál es el estado de su empresa y la situación del mercado en el que opera para decidir si es mejor incrementar el precio para compensar la pérdida o mantenerlos y absorber el sobrecoste.⁵⁷⁶

Finalmente, la mitigación del daño es una conducta exigible a la víctima para evitar la extensión del daño. La repercusión, por su parte, tiene el efecto contrario: reducir el perjuicio en el comprador directo, pero incrementar la cantidad de afectados por el sobrecoste a lo largo de la

⁵⁷⁶ Como esta decisión, por tanto, debe hacerse según las circunstancias específicas de cada empresa, hacemos nuestras las palabras de Abogado General Capotorti argumentando por qué las empresas no tenían una obligación de incrementar su precios en las Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, p. 1511: “Por esta razón, sería injusto considerar como un principio de diligencia el hecho de que un productor quede obligado a aumentar sus precios de venta cuando una ayuda económica pública deje de serle abonada; en muchos casos, una decisión de este tipo podría constituir un grave error comercial”.

cadena de producción y comercialización.⁵⁷⁷ Por tanto, desde un punto de vista finalista y a la vista de la disparidad de efectos, no parece razonable considerar la repercusión sobre el mercado subsiguiente como una conducta de minimización de los efectos del daño.

6. Conclusión sobre la relación entre la repercusión y el deber de mitigar el daño

El deber de mitigar el daño corresponde a la víctima y consiste en limitar la extensión del perjuicio sufrido en tanto que sea razonable, proporcionado y no ponga a la persona perjudicada en una posición peor que en la que habría estado ausente la conducta mitigadora.

En el caso de las víctimas de un cártel, no es razonable exigir a una empresa que conozca que en un eslabón anterior en su cadena de producción se está cometiendo una infracción de esa naturaleza. Dados los diferentes elementos a tener en cuenta en el establecimiento de los precios, parece desproporcionado exigir un incremento de los precios del comprador directo por el mero hecho de que haya cambiado uno de sus costes. Si el comportamiento de salvamento supone para la empresa un coste superior a la mitigación en sí misma, sería una conducta ineficiente y no esperada porque incrementaría el perjuicio globalmente

⁵⁷⁷ Según TOTH, haciendo referencia a la supuesta obligación de repercutir en el caso Ireks-Arkady (asunto 238/78) que implicaría que los clientes serían quienes asumirían las consecuencias de las infracciones del Derecho de la UE por parte de las instituciones, “This flies in the face of all accepted principles of the law on liability”, en Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, cit., p. 189.

sufrido. Como empeoraría la situación de la empresa, sería considerada negligente.

Por tanto, a pesar de tener el mismo deber de mitigar los daños que cualquier otra parte perjudicada y que el traslado “aguas abajo” sería una forma de mitigación en un sentido no técnico, las empresas que han sufrido un sobrecoste causado por un cártel no están obligadas a repercutir el perjuicio para cumplir con esta carga y evitar una reducción de la indemnización causada por su inacción. En otro caso, de hecho, se estaría ante una obligación de dispersar el perjuicio, que únicamente redundaría a favor de los infractores.

II. Las reglas de coordinación de beneficios y daños y la repercusión del sobrecoste

Determinadas acciones pueden tener consecuencias beneficiosas y perjudiciales para una misma persona, por lo que su patrimonio puede reforzarse a pesar de haber sufrido un daño. Como estos beneficios no alteran *a priori* el derecho a la indemnización y el nacimiento de la pretensión de daños, es necesario establecer mecanismos de coordinación para desincentivar conductas antisociales y para evitar la sobrecompensación de algunos demandantes. Las cuestiones a tratar en este epígrafe son cuáles son estas reglas, cuáles pueden estar vinculadas de alguna forma a la repercusión del sobrecoste y, en su caso, si el traslado aguas abajo es una representación de alguna de ellas.

1. Las reglas de coordinación y la incompatibilidad de la acumulación y la repercusión del sobrecoste

Las reglas de coordinación son tres.⁵⁷⁸

Primera, la regla de la acumulación. La víctima recibirá, además de la indemnización por los daños, otras cantidades tendentes a compensar ese mismo perjuicio. En virtud de esta regla, estas cantidades no deben tenerse en cuenta ni computarse en el momento de determinar el *quantum* indemnizatorio, aunque esto pueda compensar en exceso a la víctima. Esta es la regla utilizada en la tradición legal anglo-americana⁵⁷⁹ y en el derecho español de daños⁵⁸⁰.

Segunda, la regla de la deducción. La víctima recibirá distintas cantidades con la finalidad de compensar el perjuicio y la suma de todas ellas terminará por enriquecerla en lugar de únicamente resarcirla. Para evitar este quiebro del principio de pleno resarcimiento, los tribunales toman en consideración las cantidades obtenidas para compensar el

⁵⁷⁸ En Estados Unidos, estas son las “Collateral Source Rules”. Seguiremos la clasificación hecha por Fernando GÓMEZ POMAR en Fernando GÓMEZ POMAR (2000), “Tort liability and Other Means of Redress: ‘Collateral Source Rule’ and Related Topics”, cit., pp 4 y ss. Otros autores han estudiado las soluciones adoptadas por los tribunales españoles e italianos y han presentado clasificaciones similares a la aquí utilizada. Entre otros, Anna GINÈS i FABRELLAS (2013), “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *InDret* 3.2013, pp. 6-9; Mariano MEDINA CRESPO (2015), *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño producido*, Bosch, pp. 105-108; Paolo GALLO (2018), “La *compensatio lucri cum damno*”, *Responsabilidad civil y seguro*, Año XX, núm. 7, p. 13 (traducido por Sabrina M. Berger: original en italiano).

⁵⁷⁹ Fernando GÓMEZ POMAR (2000), “Tort liability and Other Means of Redress: ‘Collateral Source Rule’ and Related Topics”, cit., p. 5, and Richard A. POSNER (2007), *Economic Analysis of Law*, Aspen, pp. 199-200.

⁵⁸⁰ Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 294.

daño y, en su caso, las computan y reducen la posible indemnización en esa medida. Esta regla también se conoce como *compensatio lucri cum damno*.

Tercera, la regla de la subrogación o cesión. La víctima recibe de una tercera persona una cantidad para compensar el daño padecido. En la medida en que la tercera persona resarce el perjuicio, esta recibe una pretensión por la parte correspondiente ya sea por subrogación en la posición de la víctima por la cantidad abonada o por entender que se ha producido una cesión de una parte de la pretensión contra la infractora en el momento de aceptar el montante.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho y asumiendo que las partes son actores racionales, la acumulación es la decisión adecuada si se priorizan los efectos disuasorios. El causante del daño tiene la carga de compensar el perjuicio con independencia de la intervención de terceras personas, cuya actuación no es obligatoria en todo caso. Por eso, no puede entenderse que este posible doble pago suponga una sobrecompensación que enriquezca injustificadamente a la persona perjudicada.⁵⁸¹ Además, sin este descuento, es más probable que la cuantía de la indemnización a pagar disuada al causante del daño de repetir tal conducta al aproximarse al beneficio que puede obtener por realizarla.⁵⁸²

⁵⁸¹ Richard A. POSNER (2007), *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 199-200. Este razonamiento es, de hecho, uno de los razonamientos que sustentan la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Hanover Shoe*.

⁵⁸² A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (2000), "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII (Marzo 2000), p. 50 y 52.

En derecho español, existen en la ley manifestaciones de esta regla al contemplar la acumulación de remedios indemnizatorios y ayudas públicas para los casos de falta de pago del causante del daño a pesar de la condena o si la cuantía es inferior a la legalmente establecida.⁵⁸³ Estos ejemplos se encuentran, por un lado, en el artículo 5 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁵⁸⁴; y, por otro lado, en el artículo 10 de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999⁵⁸⁵. En los dos casos, se hace referencia a normativa protectora de las víctimas para que, en ningún caso, queden sin ser resarcidas y, a la vez, disuadir a los condenados de repetir su conducta.

Las pretensiones de daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia están regidas por el principio de pleno resarcimiento y limitados por la explícita prohibición de la sobrecompensación y la responsabilidad múltiple⁵⁸⁶. Asimismo, la

⁵⁸³ Ver al respecto, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 296-298.

⁵⁸⁴ BOE, nº 269 de 12.12.1995.

⁵⁸⁵ BOPV nº 151 de 10.08.2016 y BOE nº 219 de 10.09.2016. Como se verá, este tipo de leyes pueden aplicar también la regla de la subrogación o la cesión, en lugar de la acumulación, como puede observarse en el artículo 8 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo (BOE nº 242 de 09.10.1999). Al respecto, ver Marc-Roger LLOVERAS FERRER (2002), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, *InDret* 3.2002.

⁵⁸⁶ Artículos 72.3 LDC y 3.3 Directiva 2014/104.

legitimación activa de los compradores indirectos es una realidad y está construida sobre la base de que les han repercutido el sobrecoste.

La regla de la acumulación, en estos casos, no sería de aplicación por diversos motivos. Primero, los demandantes, aunque hayan tenido la posibilidad de repercutir el perjuicio, no reciben diferentes cantidades en concepto de indemnización: los beneficios que obtienen de la venta de su producto o la prestación del servicio no tienen finalidades compensatorias.

Segundo, en el supuesto de entender que se trata de ingresos indemnizatorios, la aplicación de esta regla no sería acorde con el espíritu y la finalidad de las pretensiones de daños en su configuración actual. Por un lado, la posibilidad de demandar por la totalidad del sobrecoste sufrido por los operadores situados en diferentes estadios de la cadena sin dotar de relevancia a la repercusión no solo les sobrecompensaría, sino que también empobrecería a la demandada. Así, las pretensiones, que pretenden ser resarcitorias, terminarían siendo punitivas si todas las víctimas decidieran ejercerlas.

Por otro lado, si se limitara la legitimación a los clientes de los infractores, la situación resultante podría ser la contraria. Aquellas víctimas que tuvieran una pretensión y decidieran ejercerla serían únicamente las que no valoren más su relación comercial con la infractora que el coste de la litigación y la formación de otra con un nuevo proveedor, por lo que considerarían que el coste de oportunidad

y del cambio sería inferior al beneficio obtenido por la indemnización.⁵⁸⁷ Por tanto, los infractores se beneficiarían de la infracción cometida y no se verían disuadidos por las posibles pretensiones de daños y las víctimas, tanto compradores directos como indirectos, no serían debidamente compensadas: las primeras por abstenerse de ejercitar pretensión alguna y las segundas por pagar un producto o servicio a un precio supra-competitivo porque sus proveedores han repercutido el sobrecoste. En este último caso, únicamente tendrían a su disposición, en su caso, pretensiones por enriquecimiento injustificado⁵⁸⁸ contra quienes han recibido una indemnización por un daño que no han sufrido en su totalidad porque una parte las han repercutido sobre ellas.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ En este sentido, Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge...”, cit., pp. 269-360. En contra por considerar que las empresas actúan de forma racional William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue...”, cit., pp. 602-635.

⁵⁸⁸ En el escenario expuesto de legitimación exclusiva de los compradores directos, sería dudoso calificar este enriquecimiento como injustificado, pues el traspaso patrimonial encontraría su fundamento en una resolución judicial donde se cuantifica el daño sufrido en esa cantidad. A pesar de esto, es cierto que el comprador indirecto que soporta la repercusión se empobrece por culpa de la infracción y no tiene remedio alguno. La única posibilidad podría ser, en su caso, una pretensión de restitución de beneficios (*disgorgement of profits*), contemplada, por ejemplo, en el art. 32 LCD. Sobre la restitución de beneficios en España, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2015), “Disgorgement of Profits Under Spanish Law”, en Ewoud Hondius y André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, pp. 199-206.

⁵⁸⁹ Según Magnus STRAND, este tipo de pretensiones estarían fuera del ámbito de la Directiva de Daños y la normativa de transposición, por lo que se regirían por la legislación nacional y estarían limitados a aquellos ámbitos donde hubiera una nulidad contractual total o parcial. El Derecho Europeo exige que exista un remedio para solucionar los desequilibrios causados por una infracción de su normativa, pero no que los afectados tengan a su disposición todos los remedios posibles. El autor considera que las acciones de daños pueden cumplir bien esta función en la mayoría de casos. Magnus STRAND (2016), “Beyond the Competition Damages Directive: What Room for Competition Law Restitution?”, en Maria Bergström, Marios C. Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 279-294.

En este apartado, entonces, se centrará el estudio sobre las dos reglas restantes, la deducción y la subrogación/cesión, para determinar cuál sería, en su caso, el fundamento de la excepción por repercusión del sobrecoste y de la legitimación activa de los compradores indirectos.

2. Compensación de lucros y daños

2.1. Concepto

Según la regla de la deducción, el tribunal tendrá en cuenta los lucros compensatorios obtenidos por la perjudicada al determinar la cuantía de la indemnización de daños. La razón subyacente en esta regla es salvaguardar el resarcimiento de la víctima y, a la vez, evitar la compensación excesiva y el enriquecimiento injusto.⁵⁹⁰

El origen de esta regla se halla en la teoría de la diferencia (*Differenztheorie*) en una concepción de daños abstractos⁵⁹¹ donde la cuantificación de la indemnización requiere la comparación del patrimonio de la persona perjudicada antes y después de la producción del daño. Así, la compensación siempre haría que la persona volviese a

En los casos donde cupiera la pretensión de enriquecimiento injustificado, habría que realizar el análisis de los requisitos de la pretensión por enriquecimiento sin causa del comprador indirecto contra el comprador directo, que ha recibido la indemnización de la infractora como consecuencia del ejercicio de su pretensión indemnizatoria.

⁵⁹⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1989. Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos de la responsabilidad civil patrimonial V: Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 342; Cees VAN DAM (2013), *European Tort Law*, cit., pp. 373-374; Elena VICENTE DOMINGO (2014a), “El daño”, cit., p. 405.

⁵⁹¹ Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos de la responsabilidad civil patrimonial V: Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 341-342.

la posición en la que estaría si no se hubiera llevado a cabo la conducta perjudicial. En este contexto, cualquier tipo de ventaja obtenida sería relevante a efectos de determinar el menoscabo efectivo, con la posible consecuencia de no tener pretensión alguna si la ventaja llega a superar al equivalente pecuniario del daño. El problema, no obstante, es que esta concepción desdibuja las singularidades del daño⁵⁹² al comparar patrimonios globales sin delimitar qué ventajas se perciben gracias al daño y cuáles, no.

La transición a un concepto de daño concreto modificó la regla de la *compensatio lucri cum damno* y el propósito de esta institución devino limitar la cuantía de la indemnización en caso de que la perjudicada haya recibido beneficios relevantes a estos efectos.

Los lucros que surgen en el marco de una situación perjudicial pueden ser de tres tipos.⁵⁹³ Por un lado, aquellos consecuencia de la conducta

⁵⁹² Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1989.

⁵⁹³ Una clasificación similar puede encontrarse en Luis DIEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos de la responsabilidad civil patrimonial V*, cit., pp. 342-343. Los siguientes autores presentan otras formas de clasificar los beneficios: Encarna ROCA TRIAS distingue entre beneficios complementarios y beneficios independientes en función de la causa, en Encarna ROCA TRIAS (2004), “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, núm. 3, p. 901; María MEDINA ALCOZ y Mariano MEDINA CRESPO hacen una distinción entre beneficios directos, indirectos y colaterales en función de su relación con el ilícito, en María MEDINA ALCOZ y Mariano MEDINA CRESPO (2005), “La compensatio lucri cum damno en la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 3, pp. 18 y 19; Encarna ROCA TRIAS y Mónica NAVARRO MICHEL, entre beneficios derivados de mismo o de distinto título, en Encarna ROCA TRIAS y Mónica NAVARRO MICHEL (2016), *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, p. 244; Mariano YZQUIERDO TOLSADA los clasifica según el origen del lucro, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2015), *Responsabilidad civil extracontractual: parte general: delimitación y especies, elementos, efectos o consecuencias*, Dykinson, p. 594.

dañina y que comparten causa y origen con el daño⁵⁹⁴ y que tienen la finalidad de compensarla, que se conocen como ganancias directas. Por otro lado, las ganancias indirectas, colaterales u ocasionales. Estas se obtienen en el contexto del daño, o en su ocasión, pero que no son resultado de este.⁵⁹⁵ Finalmente, están los lucros fortuitos, que son aquellos que no tienen relación con el daño.

Es relevante tener en cuenta que la *compensatio lucri cum damno* no es una compensación de créditos vencidos y exigibles entre personas que son, recíprocamente, acreedoras y deudoras.⁵⁹⁶ La *compensatio lucri cum damno*, en una concepción estricta, es una regla próxima a la contabilidad que busca evitar el pago de indemnizaciones que compensan daños ya resarcidos. Por esta razón, las ganancias relevantes a estos efectos son las primeras: aquellas que están relacionadas causalmente⁵⁹⁷ con la conducta dañina y tienen un origen común.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ La necesidad de compartir causa para ser compensados puede encontrarse en *Hussey v Eels* [1989] EWCA Civ J1130-1 y *Fulton Shipping Inc v Globalia Business Travel SAU* [2017] UKSC 43.

En la doctrina española, Luis DÍEZ-PICAZO (1999), *Derecho de Daños*, Civitas, p. 320; Elena VICENTE DOMINGO (2014a), “El daño”, cit., p. 405.

⁵⁹⁵ Un ejemplo de beneficios colaterales sería el caso del heredero cuyo causante falleció como consecuencia de un accidente de circulación. En este caso, podría percibir tanto una indemnización de la aseguradora como la herencia del fallecido: los dos serían ingresos nacidos en el contexto de un daño, pero no tendrían que compensarse entre sí por no ser sus resultados.

⁵⁹⁶ La regulación de la compensación como subrogado del cumplimiento se encuentra en los artículos 1.195 y ss. CC.

⁵⁹⁷ Para establecer esta relación causal deben aplicarse criterios de imputación objetiva y, por esto, se excluyen los indirectos y los fortuitos. Ver, Luis DÍEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos de la responsabilidad civil patrimonial V...*, cit., pp. 342-343.

⁵⁹⁸ Elena VICENTE DOMINGO (2006), “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en Eugenio Llamas Pombo (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Wolters Kluwer, p. 932.

El resto son compatibles y, por tanto, irrelevantes a efectos de cuantificar la indemnización de la víctima y no se ponderarán por dos motivos. Primero, tienen su origen en un título diferente al perjuicio o son ajenos al daño. Este sería el caso, por ejemplo, de la percepción de un seguro y la recepción de la herencia por una misma persona como consecuencia del fallecimiento de quien le designó asegurado y heredero, respectivamente. La ausencia de compensación, además del origen distinto, se justifica en las diferentes finalidades de los ingresos.⁵⁹⁹ Segundo, su obtención no es una fruto de un comportamiento exigible al perjudicado, como ocurre con las medidas tendentes a mitigar un perjuicio.⁶⁰⁰ Quienes abogan por una concepción amplia de la *compensatio*, consideran que los únicos beneficios no computables son los fortuitos.⁶⁰¹

2.2. Compensación de lucros y pérdidas en España

En España, el fundamento del reconocimiento de la compensación de los lucros e indemnizaciones obtenidas por el acaecimiento de un

⁵⁹⁹ No se puede entender que la persona que ha contratado un seguro de vida se está enriqueciendo de forma indebida y empobreciendo a la aseguradora, pues el causante-tomador del seguro ha estado compensando *ex ante* el desembolso que la aseguradora llevaría a cabo al fallecer con el pago de la prima: William M. LANDES y Richard A. POSNER (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, pp. 252-253.

⁶⁰⁰ Ana SOLER PRESAS (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, cit., pp. 10 y 11; y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009b), “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia, cit., p. 10.

⁶⁰¹ Mario MEDINA CRESPO (2015), *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido: aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el derecho de daños*, cit., p. 54-55; y María MEDINA ALCOZ (2019), “Inversión financiera que ocasiona perjuicios por asesoramiento defectuoso y computación de los rendimientos percibidos en aplicación de la regla de la “compensatio lucri cum damno”. Comentario a STS de 6 de marzo de 2019”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 111, (versión electrónica).

accidente o la producción de un daño doloso es el artículo 1.106 CC, que limita los conceptos indemnizatorios al “valor de la pérdida” y “la ganancia que haya dejado de obtener”. Ello permite deducir la necesidad de computar las ganancias obtenidas por el perjudicado que reduzcan el daño efectivamente sufrido para que la indemnización a percibir se limite al perjuicio realmente sufrido.⁶⁰²

Por tanto, para que se pueda aplicar la *compensatio lucri cum damno* son necesarios dos requisitos cumulativos. Primero, la existencia de un daño cierto, real y efectivo. Segundo, la víctima, junto a ese perjuicio, ha percibido una ventaja cierta, objetiva y real, de la misma naturaleza que el daño, que tenga su mismo origen y esté causalmente conectada.⁶⁰³

En el derecho español de daños, la regla general en caso de obtención de beneficios de diferentes fuentes en el marco de un perjuicio es la acumulación. Por tanto, en caso de ejercicio de una pretensión indemnizatoria, el tribunal no tomará en consideración la existencia de los ingresos recibidos por la demandante en el momento de cuantificar el daño efectivamente sufrido.

⁶⁰² SSTS, 1ª, 613/2017, de 16 de noviembre (MP: Francisco Javier Orduña Romero, ECLI:ES:TS:2017:4063), FD 2; 81/2018, de 14 de febrero (MP: Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:2018:414), FD 2; 579/2020, de 4 de noviembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2020:3605), FD 2. Todas estas sentencias están dictadas en el marco del ejercicio de acciones de daños y perjuicios por el incumplimiento de diferentes entidades bancarias de sus obligaciones de asesoramiento e información. Ver, también, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 294.

⁶⁰³ Elena VICENTE DOMINGO (2006), “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, cit., p. 933.

Esta regla tiene cuatro excepciones. Primera, los supuestos legales de *compensatio lucri cum damno*. Segunda, una sentencia de la Sala Primera dictada en el ejercicio de una pretensión indemnizatoria por daños causados por un vehículo de motor que impactó contra un edificio y causó su ruina. Tercera, cuando nos encontramos ante beneficios y pérdidas con origen en el mismo título, esto es, beneficios directos. Cuarta, la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta.

La primera excepción son las situaciones donde la ley determina que las cantidades recibidas para compensar el perjuicio sufrido deben deducirse de las indemnizaciones a pagar por los causantes del daño. Un primer caso es el recogido en el artículo 15.2 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁶⁰⁴ donde se indica que las ayudas que esta ley prevé para las víctimas son

“compatibles con la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración, si bien aquéllas se imputarán a la indemnización que pudiera reconocerse por este concepto, detrayéndose de la misma”.

El segundo caso se encuentra en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental⁶⁰⁵. En concreto, en el artículo 5.2 que dispone que las víctimas que han visto su patrimonio afectado por un daño medioambiental

⁶⁰⁴ BOE nº 229 de 23.09.2011.

⁶⁰⁵ BOE nº 255 de 24.10.2007.

“no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley”.

En caso de haberlo reclamado y haber sido concedido, el responsable del daño podrá reclamar la restitución.

La segunda excepción es la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1981⁶⁰⁶. En este caso, las demandantes residían en el mismo inmueble, incluido como fuera de ordenación del Polígono del Plan General del Ayuntamiento de Éibar, en el que tenían un negocio de pastelería. El 26 de noviembre de 1974, un camión conducido por el demandado y asegurado por la demandada se empotró contra otro aparcado junto al domicilio de las demandantes, lo arrastró y el vehículo impactó contra el edificio, que fue declarado en ruina por la imposibilidad de reparación⁶⁰⁷ y fue demolido; y el terreno, vendido a un tercero. Las afectadas por la ruina del edificio ejercieron una pretensión de responsabilidad extracontractual contra el conductor y su aseguradora.

En primera instancia, el Juez de Primera Instancia de Vergara estimó parcialmente la demanda por sentencia de 27 de marzo de 1978. Las

⁶⁰⁶ STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1981 (MP: Carlos de la Vega Benayas; ECLI:ES:TS:1981:247).

⁶⁰⁷ Según el artículo 48.2 la Ley de Suelo de 12 de mayo de 1956, aplicable temporalmente a los hechos, los inmuebles calificados como “fuera de ordenación” no pueden someterse a reparaciones que incrementen el valor de expropiación, sino únicamente reparaciones exigidas por la higiene y la conservación del inmueble. La reparación del inmueble tras el accidente excedía el concepto de pequeñas reparaciones.

demandadas recurrieron en apelación y la Audiencia Territorial de Pamplona estimó en parte el recurso y redujo la indemnización en su sentencia de 9 de mayo de 1979. Entre sus argumentos, la Audiencia consideró que la cuantificación estaba hecha con el accidente como causa principal, cuando la calificación de “fuera de ordenación” fue la verdadera causa de la demolición y no el accidente, que fue circunstancial.

Las demandantes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso. Por un lado, admitió que la declaración de “fuera de ordenación” no permitía, en este caso, reparar el inmueble tras el accidente. Por otro lado, justificó que la indemnización concedida por la Audiencia era correcta, especialmente teniendo en cuenta que

“la demolición del inmueble afectado por el accidente, lejos de irrogar perjuicios a las demandantes, les ha supuesto muy sustanciosos beneficios significados por la compensación de la venta del inmueble solar a un tercer constructor (...), lo cual le lleva a la conclusión de valorar el real perjuicio sufrido en los términos que la sentencia indica”⁶⁰⁸.

Ello lo construye sobre la finalidad resarcitoria y que

“el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventana [sic], ésta

⁶⁰⁸ STS, 1^a, de 15 de diciembre de 1981, considerando 8.

habrá de tenerse en cuenta al cuantificar el resarcimiento (“*compensatio lucri cum damno*”), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja”⁶⁰⁹.

Concluye el Tribunal Supremo afirmando que es una aplicación del principio de interdicción del enriquecimiento injusto.⁶¹⁰

La Sala Primera no ha seguido esta línea jurisprudencial en pretensiones de responsabilidad extracontractual. Por su parte, la doctrina también la ha rechazado⁶¹¹ y no considera que se trate de un verdadero caso de *compensatio lucri cum damno*.⁶¹²

La tercera excepción son los casos de ganancias directas.

Al contrario de lo que ocurre en pretensiones de responsabilidad extracontractual, donde la regla es no computar ventajas que no sean directas, en el marco de pretensiones contractuales, la Sala Primera ha analizado la posibilidad de tener en cuenta los beneficios vinculados al

⁶⁰⁹ STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1981, considerando 9.

⁶¹⁰ STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1981, considerando 9.

⁶¹¹ Fernando PANTALEÓN la califica de desafortunada en Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1990.

⁶¹² Jesús ALFARO no comparte que, en este caso, exista una verdadera relación entre el daño (pérdida causada por el accidente) y el beneficio (la cantidad recibida tras la venta del inmueble solar) en Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), “*Compensatio lucri cum damno*”, *Derecho Mercantil*, 6 de marzo de 2015 (<https://derechomercantilesana.blogspot.com/2015/03/compensatio-lucri-cum-damno.html>), accedido el 11 de enero de 2020. Ana Soler considera que esta fue una lamentable ocasión, en Ana SOLER PRESAS (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, cit., p. 12; Mariano YZQUIERDO califica esta resolución como “de todo punto inaceptable” en Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2015), *Responsabilidad Civil extracontractual: parte general...*, cit., pp. 594-595.

perjuicio en pretensiones contractuales, pero no siempre ha aceptado la computación.

Por un lado, el caso resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo 957/1998, de 17 de octubre⁶¹³, de la venta de los propietarios-arrendadores de un inmueble que los arrendatarios habían desocupado al desistir unilateralmente del contrato cuando únicamente había transcurrido el primero de los 10 años del contrato.

Los propietarios-arrendadores interpusieron demanda contra los arrendatarios con el fin de que se declarara resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio por incumplimiento de la parte arrendataria y que condenaran a los demandados a abonar una indemnización de daños y perjuicios por diferentes conceptos. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia estimatoria el 2 de octubre de 1991. Los demandados recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso, revocó parcialmente la sentencia de instancia y redujo la indemnización por sentencia de 10 de septiembre de 1997. Las dos partes recurrieron en casación.

A los efectos que ahora interesan, los demandados alegaron que la Audiencia Provincial había infringido la doctrina de la *compensatio lucri cum damno*. Entendieron que no había tenido en cuenta los beneficios obtenidos por los demandantes por la venta del inmueble una vez que

⁶¹³ STS, 1ª, 957/1998, de 17 de octubre (MP: Alfonso Villagómez Rodil, ECLI:ES:TS:1998:5959).

los inquilinos hubieron desalojado el local para el cálculo de la indemnización.

El Tribunal Supremo rechazó este motivo con base en la irrelevancia de la ventaja, o de la venta en general⁶¹⁴, en el caso enjuiciado, pues ellos no propiciaron su obtención, sino que fue con ocasión de la conducta de los demandados⁶¹⁵. El Tribunal remarca que los propietarios-arrendadores no se enriquecieron injustificadamente, sino que eso hubiera ocurrido si, por ejemplo,

“el local hubiera sido arrendado de nuevo, en la vigencia de la locación de los diez años pactados, produciendo rentas que compensarían en cierto sentido las dejadas de percibir”⁶¹⁶.

En ese caso, sí se trataría de un caso de beneficios que compensarían la pérdida que deberían ser deducidos de la indemnización.

Por otro lado, la reciente litigación por pretensiones contractuales derivadas de un defectuoso asesoramiento al comercializar productos financieros complejos sigue una línea diferente a la presentada.⁶¹⁷ En

⁶¹⁴ STS, 1ª, 957/1998, de 17 de octubre, FD 3: “Es indiferente que los arrendadores hubieran realizado una buena venta, como también si no lo fuera”.

⁶¹⁵ En concreto, el Tribunal Supremo entiende que “La posible ventaja (...) les vino dada por la conducta desleal a la relación de la mercantil que recurre (...)” en STS, 1ª, 957/1998, de 17 de octubre, FD 3.

⁶¹⁶ STS, 1ª, 957/1998, de 17 de octubre, FD 3. Con anterioridad el TS ya había confirmado que, en los supuestos de arrendar de nuevo el inmueble por el periodo pendiente, las rentas percibidas durante este tiempo se computarían para reducir la indemnización: STS, 1ª, 593/1993, de 15 de junio (MP: Francisco Morales Morales, ECLI:ES:TS:1993:4107), FD 4; STS, 1ª, 26/1996, de 25 de enero (MP: Alfonso Villagómez Rodil, ECLI:ES:TS:1996:373), FD 2.

⁶¹⁷ Por todas, SSTs, 1ª, 613/2017, de 16 de noviembre; 81/2018, de 14 de febrero; y 579/2020, de 4 de noviembre.

estos casos, el Tribunal Supremo ha aplicado la *compensatio lucri cum damno* para determinar la indemnización debida a la parte perjudicada.

A pesar de las especificidades de cada caso, en esencia, los antecedentes fácticos son los siguientes: una persona adquiere en una entidad financiera productos financieros complejos por una cantidad determinada. En un momento posterior⁶¹⁸, recuperan una suma inferior a la invertida. Entonces, ejercen las pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento de la entidad de crédito de sus obligaciones de asesoramiento e información y cuantifican el daño en la diferencia entre la cantidad invertida y la recuperada. Las demandadas, por su parte, alegaron que la cuantía a liquidar era superior al perjuicio sufrido, pues las demandantes obtuvieron rendimientos durante la vigencia de los productos.

El Tribunal recuerda dos aspectos que ya trató en anteriores sentencias. Primero, la *compensatio lucri cum damno* significa que en la cuantificación de los daños sujetos a indemnización debe

“computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional”⁶¹⁹.

⁶¹⁸ En algunos casos, fue consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) que obligaba al canje de las obligaciones por acciones y posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos. Por ejemplo, SSTS 81/2018, de 14 de febrero y 579/2020, de 4 de noviembre.

⁶¹⁹ STS, 1ª, 301/2008, de 8 de mayo (MP: Roman García Varela, ECLI:ES:TS:2008:1564), FD 2.

Segundo, el daño está determinado por

“el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes”⁶²⁰.

Por tanto, cuando de la misma relación obligacional surgen perjuicios y ventajas (los primeros, por el incumplimiento y las segundas, por los rendimientos), deben tenerse en cuenta para evitar que la parte perjudicada acabe en una posición patrimonial mejor que aquella en la que estaría con el cumplimiento. En estos casos, si los beneficios se obtienen del hecho que genera el daño o son una consecuencia adecuada, deben computarse en aplicación de la *compensatio lucri cum damno* para que el resarcimiento no exceda el daño efectivamente padecido. A la postre, por tanto, el menoscabo patrimonial que padece es la pérdida de la inversión compensada con la ganancia obtenida por los rendimientos por compartir causa negocial.⁶²¹

La cuarta excepción es la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, una vez más, en casos de indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Al contrario que la Sala Primera en pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual, en la Sala Cuarta no rige un principio de acumulación de instrumentos indemnizatorios, sino una

⁶²⁰ STS, 1ª, 754/2014, de 31 de diciembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2014:5531), FD 12.

⁶²¹ SSTs, 1ª 613/2017, de 16 de noviembre, FD 2.3; 81/2018, de 14 de febrero, FD 2.5 y 579/2020, de 4 de noviembre, FD 2.2.

compatibilidad relativa.⁶²² Los perjuicios susceptibles de ser indemnizados en estos casos son: el daño corporal, el daño moral, el daño emergente y el lucro cesante.⁶²³

Los instrumentos que tiene la víctima a su disposición son los siguientes: la indemnización *per se* por responsabilidad civil del empresario⁶²⁴, las prestaciones públicas de indemnización⁶²⁵, las mejoras voluntarias a las prestaciones de la Seguridad Social⁶²⁶ y el recargo de prestaciones⁶²⁷. Las funciones de cada uno, no obstante, no son idénticas. Mientras que las tres primeras tienen una finalidad puramente compensatoria del menoscabo sufrido por la víctima, el cuarto tiene una doble función: compensar y prevenir, motivo por el cual recae sobre el empresario, lo recibe el trabajador y en ningún caso puede asegurarlo.⁶²⁸

En estos casos, la Sala Cuarta ha optado por la compensación de las cantidades percibidas por los diferentes instrumentos si resarcen conceptos homogéneos del daño padecido para “excluir de la reparación aquellos daños que ya han sido suficiente e íntegramente

⁶²² Anna GINÈS i FABRELLAS (2013), “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, cit., pp. 10 y ss.

⁶²³ STS, 4ª, 664/2017, de 12 de septiembre (MP: Antonio Vicente Sempere Navarro, ECLI:ES:TS:2017:3315), FD 2.

⁶²⁴ Su fundamento es el artículo 1.101 CC y el 42.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269 de 10.11.1995).

⁶²⁵ Su fundamento legal se encuentra en los artículos 100 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154 de 29.06.1994).

⁶²⁶ Su fundamento legal está en los artículos 39 y 191 y ss. del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶²⁷ Su fundamento legal está en el artículo 123 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶²⁸ Anna GINÈS i FABRELLAS (2013), “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, cit., p. 13.

resarcidos”⁶²⁹. Tras la técnica de descuento, subyace evitar la reparación excesiva que comporte el enriquecimiento injusto del empleado afectado con ocasión del perjuicio sufrido.⁶³⁰

Puede observarse, por tanto, que la *compensatio lucri cum damno* no es una institución desconocida por el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, su aplicación está restringida a aquellos casos determinados por la ley o en los que el menoscabo y la ventaja tienen un mismo origen causal o las dos fuentes indemnizatorias son conceptos homogéneos.

2.3. Compensación de lucros y pérdidas en la jurisdicción europea y en instrumentos de *soft law*

En la jurisprudencia del TJUE, *compensatio lucri cum damno* ha sido un argumento utilizado por diferentes Abogados Generales.⁶³¹ De todos estos casos, destaco las conclusiones del AG Capotorti en el caso Ireks-Arkady⁶³².

⁶²⁹ STS, 4ª, de 17 de febrero de 2015 (MP: María Lourdes Arastey Sahun, ECLI:ES:TS:2015:991), FD 2.

⁶³⁰ STS, 3ª, de 17 de febrero de 2015, FD 2.

⁶³¹ Por ejemplo, los Abogados Generales Capotorti y Mancini, respectivamente, en Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 11; y conclusiones del Abogado General Sr. Federico Mancini presentadas el 23 de marzo de 1983, Pauls Agriculture, 256/81, apartado 5.

⁶³² Este caso trató sobre una pretensión de daños ejercida por unos productores de quellmehl y gritz contra las Instituciones de la Unión Europea cuando decidieron dejar de conceder subsidios por la producción de estos alimentos e infringieron el principio de igualdad de trato al mantener los subsidios para productos equivalentes. Tras la declaración de la infracción del referido principio, las Instituciones de la UE volvieron a incluir los subsidios. Las demandantes cuantificaron el perjuicio sufrido en la cantidad de subsidios que no recibieron durante ese tiempo. El Consejo y la Comisión argumentaron que, como mantuvieron los precios sin los subsidios, no había sufrido perjuicio alguno porque la pérdida ya estaba compensada.

El Abogado General concluyó que los beneficios obtenidos por el nivel de precios eran consecuencia de una decisión de la empresa independiente de la existencia de los subsidios y, por eso, no cumplía con el requisito de la *compensatio lucri cum damno*:

“(…) la compensación del daño con la ganancia presupone que ambos son consecuencia inmediata, automática, del hecho ilegal, mientras que en el caso de autos la supresión de la ayuda no ha dado lugar directamente a beneficio alguno para la mayor parte de las víctimas de daño.”⁶³³

Algunos instrumentos de *soft law* reconocen la existencia de la *compensatio lucri* en algunas situaciones.⁶³⁴

Según el artículo VI.-6:103(1) DCFR,

“Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account”

⁶³³ Conclusiones del Abogado General Sr. Francesco Capotorti presentadas el 12 de septiembre de 1979, Ireks-Arkady, 238/78, apartado 11 (p. 1510). En el párrafo anterior expresa esta misma idea así: “No obstante, en el caso de autos, en ningún momento puede considerarse que la ventaja presuntamente vinculada al aumento de los precios *tenga su causa* en la supresión de las restricciones: en la realidad, es el fruto de una decisión autónoma de los productores.”

⁶³⁴ Estos serían los Principios UNIDROIT, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios Europeos de Derecho de Daños (*Principles of European Tort Law*, PETL).

y los elementos a tener en cuenta para determinar si es justo y razonable son: el tipo de daño, la persona que los causó y la finalidad de esos beneficios.⁶³⁵

La regla, por tanto, es la ausencia de compensación, pues los daños únicamente se tienen en cuenta cuando sea justo y razonable porque

“the acts of third parties benefiting the injured person are no concern for the liable person”⁶³⁶.

Además, para que esto ocurra, debe existir una relación causal entre el daño y el beneficio.⁶³⁷

Según el comentario al DCFR, hay dos elementos a tener en cuenta siempre antes de decidir si puede o no llevarse a cabo la compensación.⁶³⁸ Primero, la conducta del infractor causante del daño: en caso de daños dolosos, los beneficios que obtiene la víctima no pueden ser valorados a efectos de mitigar su responsabilidad. Segundo, la finalidad de los beneficios: únicamente son relevantes las ganancias

⁶³⁵ Artículo VI.-6:103(2) DCFR.

⁶³⁶ Christian VON BAR, Erick CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (2010), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Articles and Comments*, Interim Edition, https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf, p. 1459.

⁶³⁷ Christian VON BAR, Erick CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (2010), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law...*, cit., p. 1459.

⁶³⁸ Christian VON BAR, Erick CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (2010), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law...*, cit., p. 1461.

obtenidas para compensar el perjuicio y que estén causalmente vinculadas con el daño.

Los PETL, con un contenido similar al DCFR, recogen la *compensatio lucri cum damno* en el artículo 10:103⁶³⁹ para evitar que las víctimas se enriquezcan con la indemnización en lugar de únicamente resarcirse.⁶⁴⁰ Ahora bien, no es automática, sino que es necesario que se cumplan dos requisitos para que opere la deducción. Primero, una relación causal más estrecha que la simple ocasionalidad: han de ser beneficios directos. Segundo, la compatibilidad con la finalidad del beneficio⁶⁴¹. En otro caso, el lucro no se considerará relevante a efectos de determinar la indemnización.

El artículo 7.4.2(1) de los Principios UNIDROIT establece el principio del pleno resarcimiento y describe el daño por incumplimiento como “both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm”. Por tanto, la indemnización no puede

⁶³⁹ “When determining the amount of damages, benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit”.

⁶⁴⁰ Miquel MARTÍN CASALS (2005), “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil””, *InDret* 2.2005, p. 20.

⁶⁴¹ Miquel MARTÍN CASALS (2005), “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil””, cit., p. 20: “Un ulterior requisito es que la deducción que comporta tener en cuenta ese beneficio sea compatible con la finalidad del mismo. Con carácter general puede afirmarse que la finalidad de todo beneficio será proporcionar ayuda económica a la víctima, no liberar de responsabilidad al causante del daño, por lo que si bien la deducción debe evitar el enriquecimiento de la víctima también debe evitar el beneficio del causante del daño. Con carácter particular, deberá decidirse en cada caso concreto si la deducción es compatible o no con la finalidad del beneficio correspondiente, ya que los *Principios* no presumen que la *compensatio* tenga que producirse por regla general”.

enriquecer a la víctima⁶⁴² pero, aunque parezca prohibir la concesión de indemnizaciones similares a enriquecimientos inesperados (*windfall awards*), el artículo no hace referencia alguna a cómo debe computarse este beneficio ni si debe mediar causalidad entre enriquecimiento y daño.

2.4. Repercusión del sobrecoste y *compensatio lucri cum damno*

Expuesto el marco general de la *compensatio lucri cum damno* como institución, es el momento de evaluar si las consecuencias jurídicas de la repercusión del sobrecoste son, efectivamente, una forma de computación de beneficios.

En primer lugar, la regla de la deducción requiere que exista una relación causal entre perjuicio y beneficio. En el marco de las políticas de determinación de los precios, no tiene por qué haber una relación causal exclusiva entre la existencia del sobrecoste anticompetitivo y el incremento en el precio.⁶⁴³ Como se ha observado, una empresa tiene en cuenta diferentes elementos y circunstancias para determinar el precio de venta. De hecho, salvo que la empresa sea dominante en el mercado y venda el producto cartelizado sin modificarlo, es probable que factores diferentes a la existencia de un cártel que haya alterado los

⁶⁴² UNIDROIT (2016), *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016* (<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>), Comment on Art. 7.4.2(1) UNIDROIT Principles 2016, p. 273

⁶⁴³ Jesús ALFARO niega que exista vinculo causal alguno en Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009a), “Passing on defense y *compensatio lucri cum damno*”, cit., consultado el 13 de enero de 2021.

precios -y, por tanto, los costes de la empresa- hayan tenido más relevancia en la fijación del precio de venta que el propio precio de adquisición del insumo afectado por la infracción. A mayor abundamiento, si, en lugar de revender el producto cartelizado, la empresa lo utiliza para la fabricación de uno nuevo, la relación, si existiera, sería más tenue.

Ahora bien, conviene recordar que el requisito parte de la imputación objetiva del lucro a la conducta causante del daño. En el caso de la repercusión, es previsible que, si las circunstancias lo permiten, se producirá la traslación sin que esta intervención rompa el nexo causal.⁶⁴⁴ Por tanto, puede constatar, sin perjuicio de la dificultad de prueba, la causalidad entre beneficio y perjuicio.

En segundo lugar, se ha observado que no cualquier ingreso obtenido en el marco de una situación perjudicial permite la computación. En efecto, los beneficios relevantes a efectos de la *compensatio lucri cum damno* son aquellos que tienen la finalidad de compensar o restaurar a la parte perjudicada en la posición en la que estaría si no se hubiera producido el daño. La obtención del beneficio mediante la compra por una tercera persona parece excluir la existencia de finalidad compensatoria alguna, máxime cuando la venta se produce en el ejercicio la actividad comercial del perjudicado, independiente de la conducta que causó el daño.⁶⁴⁵ Por

⁶⁴⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:45, apartado 38.

⁶⁴⁵ Jaime SANTOS BRIZ (1991), *La responsabilidad civil*, I, 6ª ed., Editorial Montecorvo, p. 276. En esta misma línea de que la admisibilidad de la *compensatio lucri* debe limitarse a la computación de beneficios y daños resultado del mismo evento se encuentra la

tanto, el beneficio obtenido de la venta a un precio más elevado al haber existido un cártel sería ocasional o, incluso, fortuito.⁶⁴⁶

En contra de esta opinión, existen algunas resoluciones judiciales previas a la sentencia del cártel del azúcar donde se tomó en consideración el incremento del precio de venta al público para reducir la indemnización concedida, pero en aplicación del artículo 1.106 CC en lugar de la *compensatio lucri cum damno*.⁶⁴⁷ El Tribunal Supremo entendió que los márgenes adicionales aplicados por la demandante no podían ignorarse en la determinación de la cuantía indemnizatoria porque (1) contribuyó con ellos al perjuicio de los siguientes en la cadena comercial –en ese caso, los consumidores finales– y (2) redujo el efecto del perjuicio sufrido.

SJM Madrid 40/2014, de 25 de febrero (MP: Jesús Miguel Alemany Eguidazu, ECLI:ES:JMM:2014:11), FD 6.

Ahora bien, el magistrado entiende también que la repercusión del sobrecoste puede ser una situación en la que haya concurrencia de causa de beneficios y daños: “En Derecho antitrust, un caso en que podría, bajo determinadas circunstancias, computarse el beneficio, sería el de la repercusión del sobreprecio a los compradores indirectos (sobre la excepción *passing on*, art. 12 Propuesta de Directiva de daños; SSTs 1ª 109/2009, 26.2 y 641/2012, 6.11 que desestiman la pretensión indemnizatoria completamente por la posibilidad de repercusión del sobreprecio y, ya en línea con las propuestas europeas, STS 1ª 651/2013 y, antes, SJM Madrid nº 3 140/2013)”.

⁶⁴⁶ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009b), “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, cit., p. 11; y Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO y Carmen HERRERO SUÁREZ (2011), “La “*passing-on defence*”, ¿un falso dilema?”, cit., p. 603.

⁶⁴⁷ SSTs, 1ª, 109/2009, de 26 de febrero (MP: Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2009:897); y 641/2012, de 6 de noviembre. Las dos se enmarcan en el ejercicio de pretensiones entre estaciones de servicios y suministradoras de petróleo. Las pretensiones se enmarcaban en las acciones causadas por ilícitos concurrenciales en tanto que la infracción que les dio origen era una infracción del, actual, artículo 101 TFUE por imposición de precios de venta al público en el marco de un contrato de distribución.

Podría afirmarse que existe una identidad entre los efectos económicos del beneficio obtenido por la repercusión y por los productos financieros que, en pretensiones contractuales, justifican la aplicación de la *compensatio lucri cum damno*. No es así. Los beneficios y las posibles pérdidas provocados por los productos financieros se conocen de antemano y es parte del riesgo de la contratación de estos productos. Además, lucros y daños están vinculados con el mismo producto. En el caso de las infracciones concurrenciales y la repercusión, la obtención de beneficios depende de las circunstancias del mercado. Esta ausencia de identidad de razón no permite asimilar las dos situaciones.

En tercer lugar, y en el hipotético caso de que se cumpliera la circunstancia anterior, parece que el comportamiento de la parte causante del daño es relevante a efectos de aplicar alguna compensación entre beneficios obtenidos e indemnizaciones potenciales. Si el criterio es que aquellos que han causado dolosamente un daño no merecen la compensación de los lucros obtenidos como consecuencia del perjuicio, los cartelistas, entonces, no verán sus indemnizaciones afectadas por esta hipotética ganancia. Aunque los ilícitos concurrenciales puedan llevarse a cabo de forma negligente⁶⁴⁸, la naturaleza de los cárteles como acuerdos torna su comisión en una conducta intencional. Por tanto, si esta es la situación y la intencionalidad un requisito ético a tener en cuenta, la *compensatio lucri cum damno* no podrá operar en estas

⁶⁴⁸ Ver, por ejemplo, el artículo 23.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en el que la Comisión podrá sancionar a aquellas empresas que haya infringido los artículos 101 o 102 TFUE “de forma deliberada o por negligencia”, si bien esto es relevante únicamente a efectos de imponer una sanción, pero no para la declaración de la comisión de la infracción.

circunstancias como institución reductora o moderadora de la indemnización solicitada o recibida.

3. La subrogación del comprador indirecto

3.1. La regla de la subrogación: fundamento y ejemplos

Según la regla de la subrogación o la cesión⁶⁴⁹, la parte perjudicada verá su pretensión (y la cuantía del daño sufrido) reducida en la medida en que haya repercutido el perjuicio a una tercera persona, quien tendrá su propia pretensión contra el infractor en esa medida. Esta regla suele aplicarse a la situación en la que la compañía aseguradora o una tercera persona compensa total o parcialmente a la parte perjudicada por el daño sufrido. Así, la víctima queda resarcida y puesta en la posición en la que estaría si no se hubiera producido el daño y, gracias a la subrogación, la persona causante del daño no podrá reducir su responsabilidad pues todavía tendrá que compensar al nuevo acreedor.

En derecho español existen varias manifestaciones de esta norma.

⁶⁴⁹ Aunque estén unidas por una conjunción disyuntiva como si “subrogación” y “cesión” fueran dos nombres de la misma figura, no es así. Si bien es cierto que la idea de fondo es la misma, esto es, el traspaso del derecho de crédito entre dos personas, el régimen jurídico de cada una es diferente. Ver, al respecto, Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., cit., p. 996.

Este argumento se ha utilizado como fundamento del derecho de la persona sobre quien se ha repercutido un tributo para ejercer su pretensión restitutoria de tal cantidad si esta exacción era contraria a derecho, Magnus STRAND y Erik MONSEN (2019), “Passing-On Unlawful Charges: Still No Small Matter”, cit., pp. 268-272.

En el ámbito estrictamente contractual, la subrogación se categoriza como una forma de novación subjetiva activa, esto es, una modificación de la relación obligatoria que supone un cambio en la persona del acreedor (art. 1203.3º CC). Por la subrogación, una persona (el subrogado) ocupa la posición del acreedor satisfecho con el fin de recuperar del deudor el desembolso patrimonial que ha efectuado.⁶⁵⁰ La regulación admite tanto la subrogación total como parcial (art. 1213 CC).

La subrogación puede ser convencional (art. 1209 II CC), legal (art. 1.209 y 1210 CC) y por voluntad del deudor (art. 1211 CC). En la regla de la subrogación, se produce *ope legis*⁶⁵¹ por el pago hecho por tercero (arts. 1158 CC) sin necesidad de declaración de voluntad alguna adicional⁶⁵². En efecto, el acreedor inicial queda satisfecho sin que esto implique la liberación del deudor, que sigue teniendo que cumplir con el tercero.⁶⁵³

⁶⁵⁰ Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II...*, cit., p. 997.

⁶⁵¹ En este sentido, Francisco de Asís Sancho Rebullida: “Dentro de la subrogación legal (...), parece que las reglas de los artículos 1.158 y 1959 se contraen en este número 2º: es decir, a los supuestos en que el tercero ni cuenta con la voluntad cooperadora del acreedor ni tiene una especial relación o interés con la obligación que, sin embargo, cumple”, en Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (2004), “Artículo 1210”, en Manuel Albadalejo (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, Vol. 1º: Artículos 1156 a 1213 del Código Civil (2ª edición), Edersa (versión electrónica).

Luis Díez-PICAZO considera que los casos de pago por tercero, que sería una situación asimilada a la estudiada, es un supuesto de presunción de subrogación del art. 1210.2 CC y, por tanto, no es una subrogación legal. Ver, Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II...*, cit., p. 998.

⁶⁵² Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II...*, cit., p. 997.

⁶⁵³ Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II...*, cit., p. 557.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la regla de la subrogación o cesión tiene dos manifestaciones principales.

La más relevante se encuentra en las disposiciones generales de la regulación del seguro de daños, en concreto, en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que establece que

“el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

En este caso, la regla tiene la doble finalidad de prevenir el enriquecimiento de la víctima⁶⁵⁴ y la impunidad del responsable al haber sido el perjudicado resarcido por la aseguradora⁶⁵⁵. A pesar de que parezca no ser automática⁶⁵⁶ por el “podrá ser” del texto del artículo, la subrogación de la aseguradora encuentra su fundamento en la subrogación legal del artículo 1203.3º CC⁶⁵⁷. También se ha considerado que se trata de una cesión del crédito⁶⁵⁸ a pesar de la diferente función

⁶⁵⁴ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 43”, en Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, p. 765; Iván GONZÁLEZ BARRIOS (2007), “Artículo 43”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Thomson-Aranzadi, p. 763; y Luis Díez-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., p. 173.

⁶⁵⁵ Iván GONZÁLEZ BARRIOS (2007), “Artículo 43”, cit., p. 763.

⁶⁵⁶ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 43”, cit., p. 773.

⁶⁵⁷ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 43”, cit., p. 768.

⁶⁵⁸ Luis Díez-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., p. 175. Aunque exista esta doble visión, las funciones económicas de cada una son diferentes: el resarcimiento del subrogado, por un lado, y la transmisibilidad del crédito, por otro.

económica de las dos instituciones⁶⁵⁹. La aseguradora, por tanto, ocupará la posición de la perjudicada cuando se haya producido el pago efectivo de la indemnización.⁶⁶⁰

Ahora bien, esta subrogación no es absoluta en todo caso. Puede ser que la valoración económica del perjuicio sea superior a la indemnización abonada por la aseguradora. Entonces, víctima y aseguradora tendrá una pretensión contra el responsable en la medida en que cada uno deba ser resarcido.⁶⁶¹

La segunda está recogida en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo⁶⁶². En concreto, en el artículo 8.1 donde se prevé que

“El Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento como autores de los delitos, de acuerdo con lo previsto en el presente título”.

El cambio de acreedor de la indemnización está confirmada con la necesidad de los beneficiarios de “transmitir al Estado las acciones

⁶⁵⁹ La subrogación tiene por finalidad la recuperación de un desembolso a favor de un acreedor ya satisfecho, mientras que la cesión de créditos es la vía para que los créditos puedan circular y ser transmisibles. Ver, Luis DIEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II...*, cit., pp. 997-998.

⁶⁶⁰ Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 43”, cit., pp. 769-770; Iván GONZÁLEZ BARRIOS (2007), “Artículo 43”, cit., pp. 764-765.

⁶⁶¹ Art. 43 I y IV LCS. Iván GONZÁLEZ BARRIOS (2007), “Artículo 43”, cit., pp. 783-784.

⁶⁶² BOE nº 242 de 9.10.1999.

civiles de las que fuese titulares”⁶⁶³ antes de percibir las indemnizaciones.

Al contrario que en el caso de la aseguradora donde la figura clara es la subrogación, en la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo se hace mención tanto a la cesión (la transmisión de acciones) como a la subrogación. En este caso, la finalidad es asegurar que las víctimas cobran la indemnización debida a pagar por los responsables⁶⁶⁴ a pesar de la dificultad de hacerlo en la situación concreta⁶⁶⁵.

En sendos casos, se trata de mecanismos de socialización de los daños⁶⁶⁶ o, cuanto menos, de reparto del soporte del coste de sufrir un perjuicio. En el caso de los seguros de daños, se reparte entre la víctima y la aseguradora y se canaliza a través del contrato de seguro y las primas que pagan los tomadores/asegurados. En el caso de las víctimas del terrorismo, a través del sistema público de cesión de acciones y abono de ayudas.

⁶⁶³ Artículo 8.2 Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

⁶⁶⁴ Se desprende del art. 6.5 de la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo que rige la compatibilidad con otras indemnizaciones y ayudas. También, Oriol MIR PUIGPELAT (2000), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *InDret* 1.2000, pp. 7-10; y Marc-Roger LLOVERAS FERRER (2002), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, cit., pp. 12-13 y 21-22.

⁶⁶⁵ Marc-Roger LLOVERAS FERRER (2002), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, cit., p. 6; Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., 296.

⁶⁶⁶ Para DÍEZ-PICAZO, el seguro no sería realmente un instrumento de socialización del daño. Ver, Luis DÍEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., pp. 166-167.

3.2. La regla de la subrogación y la repercusión del sobrecoste

Trasladado al escenario de los daños causados por un cártel, el comprador directo vende al comprador indirecto un producto con un precio incrementado como consecuencia, entre otras posibles razones, del sobrecoste si las circunstancias del mercado lo permiten. La cuestión a resolver es si está, a su vez, cediéndole una parte del crédito contra el infractor o, visto de otra forma, si el comprador indirecto está subrogándose en la posición del comprador directo.

Esta descripción parece casar con los requisitos de la regulación actual que contempla la posibilidad de oponer la repercusión del sobrecoste y la legitimación activa de los compradores indirectos por tres motivos. Primero, justifica la legitimación activa tanto de compradores directos como indirectos. Segundo, limita la extensión de la responsabilidad de los infractores a pesar de la posible repercusión y evita las responsabilidades múltiples. Tercero, la infractora tendrá la oportunidad de aportar pruebas para justificar por qué se llevó a cabo una repercusión del perjuicio y por qué este hecho, si se demuestra que concurre, justifica la reducción de la indemnización.⁶⁶⁷

Ahora bien, no encaja con los fundamentos que sustentan la regla de la subrogación. Esta opera cuando una persona abona a otra la cantidad

⁶⁶⁷ Aparentemente, la visión “contable” de la repercusión permite aceptar que la mera venta a un precio superior en el marco de una infracción (porque ha habido un sobrecoste) es suficiente para admitir la excepción, sin perjuicio de que también deben superarse los estándares de prueba de la causalidad.

que le deben y, como queda satisfecha, el pagador asume su posición contra el deudor. No parece que ocurra esto en una compraventa de un producto con un precio afectado por el cártel, máxime cuando, en el momento de la adquisición del producto o contratación del servicio, las partes pueden desconocer la existencia misma de la infracción. Más bien, se trata de una transacción comercial que sirve como medio de extensión del perjuicio sufrido.

Por ello, no se considera que la repercusión del sobrecoste sea una forma de cesión del crédito que el comprador directo tiene frente al cartelista.

III. ¿Pleno resarcimiento o interdicción del enriquecimiento sin causa?

Como se ha visto, la repercusión del sobrecoste no cumple con los requisitos para considerarse un comportamiento de mitigación del daño. Por sus características, tampoco procede identificar el traslado aguas abajo del sobrecoste y los beneficios que obtiene la empresa con lucros a descontar de la indemnización que la víctima tiene derecho a percibir. No se trata de un supuesto de subrogación, pues el pago del comprador indirecto no se produce en ningún caso para satisfacer al comprador directo, sino para la adquisición de un producto o servicio.

La cuestión, no obstante, sigue sin estar resuelta. La relevancia jurídica de la repercusión del sobrecoste va más allá de ser una simple cuestión

de hecho⁶⁶⁸. Se trata de dar respuesta a qué debe hacerse respecto de la parte del perjuicio ya resarcida, pero incluida en la indemnización, y en qué institución encuentra esta excepción su fundamento. Se busca resolver en qué fundamenta esta limitación del desplazamiento patrimonial que puede tildarse de enriquecimiento o sobrecompensación del demandante. Las opciones que se contemplan todavía son dos: la interdicción del enriquecimiento sin causa, por un lado, y el derecho al pleno resarcimiento, por otro.

En los antecedentes europeos de la admisión de la excepción por repercusión del sobrecoste, en pretensiones restitutorias, la excepción se admitió para que la parte que ejerciera la pretensión no se enriqueciera sin causa⁶⁶⁹. Ahora bien, se optó por una interpretación restrictiva de este enriquecimiento porque la consecuencia era que la Administración Pública mantuviera los frutos de los tributos indebidamente recaudados. También hay pronunciamientos en este sentido en las primeras sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de pretensiones indemnizatorias por infracciones del derecho de la competencia.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ En contra, Magnus STRAND considera que únicamente es una cuestión fáctica con ciertos efectos jurídicos sobre la legitimación activa, la causalidad y la cuantificación. Al respecto, Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., pp. 259-369.

⁶⁶⁹ En la jurisprudencia del TJUE, el tribunal utiliza indistintamente enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa. SSTJUE de 27 de febrero de 1980, Just, 68/79, apartado 26; de 27 de marzo de 1980, Denkavit, 61/79, apartado 26; de 2 de octubre de 2003, Weber's Wine World, C-147/01, apartado 94; de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid, C-398/09, apartado 19.

⁶⁷⁰ SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Courage, C-453/99, apartado 30; y de 13 de julio de 2006, Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, apartado 94. En estos casos, se recurre al enriquecimiento sin causa en *obiter dicta* para recordar que la víctima no puede acabar en una posición mejor que la que hubiera estado ausente la infracción. Igualmente, es relevante porque la discusión es aplicable no sólo a la

Por su parte, el régimen de la Directiva de Daños está edificado sobre el derecho al pleno resarcimiento y presenta una pretensión de daños que resarza a la víctima y que, en ningún caso, la compense en exceso.⁶⁷¹

Esto es, es una pretensión centrada en reponer a la víctima en la situación en que hubiera estado si la infracción no se hubiera cometido.

Los tribunales, por otra parte, recurren, principal y aparentemente, a la prevención del enriquecimiento sin causa del demandante para justificar el uso de la excepción.⁶⁷² También hay algún caso en que se trata la excepción, no como una defensa, sino como un medio para determinar el daño efectivamente sufrido y, así, evitar la sobrecompensación del demandante⁶⁷³.

excepción, sino también a la pretensión como tal. Nótese que el TJUE utiliza la expresión “enriquecimiento sin causa” en castellano y “*enrichissement sans cause*” en francés, pero “*unjust enrichment*” en inglés. Ahora bien, en las Conclusiones de AG Misho en el caso Courage, utiliza “enriquecimiento injusto” en la versión castellana, “*unjust enrichment*” en inglés y “*enrichissement injuste*” en francés (idioma original de las Conclusiones). Ver, Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 22 de marzo de 2001, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:181, apartado 59.

⁶⁷¹ Artículo 3 y considerando 13 Directiva de Daños. En el Libro Blanco ya se anunció que “La plena compensación es, por lo tanto, el principio rector más destacado”, COMISIÓN EUROPEA (2008a), *Libro Blanco – Acciones de daños y perjuicios...*, cit., p. 3. La centralidad de evitar la sobrecompensación, que encuentra en la *passing-on defence* un baluarte, ha sido criticada por la doctrina que tiene en cuenta que la regla general en este ámbito hasta este momento es la pequeñez relativa de las víctimas compensadas en relación con las infracciones cometidas. Ver, por ejemplo, Juan Ignacio Ruiz Peris, “Prólogo”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, p. 12.

⁶⁷² Por ejemplo, STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre; y sentencia BGH de 28.06.2011, KZR 75/10, ORWI.

⁶⁷³ “[T]he pass-on “defence” is no more than an aspect of the process of the assessment of damage. The pass-on “defence” is in reality not a defence at all: it simply reflects the need to ensure that a claimant is sufficiently compensated, and not over-compensated by a defendant” Sainsbury’s Supermarket LTD contra Mastercard Inc. y otros, [2016] CAT 11, apartado 484(3).

1. El enriquecimiento sin causa como fundamento de la excepción

Primero, se tratará si la interdicción del enriquecimiento sin causa puede ser el argumento sobre el que se construye esta excepción cuando se esgrime en pretensiones resarcitorias.

1.1. El enriquecimiento sin causa: definición y características

Un enriquecimiento es injustificado o sin causa⁶⁷⁴ cuando se obtiene un incremento patrimonial a costa de otra persona sin que exista una justificación para ello en el ordenamiento. Esta transmisión causará que el enriquecido tenga una obligación legal, no contractual, pero tampoco extracontractual, de devolver esta cantidad al empobrecido quien, a su vez, tiene una pretensión restitutoria contra el enriquecido.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ En estos casos, se habla de “causa” en el sentido de “función de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales”, Luis DíEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción y Teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas, p. 117. Sobre los planteamientos doctrinales de la causa contractual, ver Luis DíEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., pp. 266-276.

⁶⁷⁵ “[T]odo enriquecimiento (...) para ser lícito debe fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considere como justas” y, en caso contrario, “el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento”, en Luis DIEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción. Teoría del contrato*, cit., p. 107.

Este tipo de enriquecimiento también ha sido calificado como “injusto” o “tortícero”. Estos dos calificativos, no obstante, no se considera que sean adecuados. Por un lado, el uso del adjetivo “tortícero”, aunque deriva de las *Siete Partidas*⁶⁷⁶, es inapropiado y puede inducir a error porque hace referencias a enriquecimientos consecuencias de daños (*torts* en inglés), mientras que el enriquecimiento injustificado no requiere la existencia de un daño⁶⁷⁷. En ese caso, se trataría de pretensiones resarcitorias en lugar de restitutorias. Por otro lado, el término “injusto” puede vincular este enriquecimiento a la idea de equidad y separarlo de la justificación legal de las traslaciones patrimoniales, esto es, la causa⁶⁷⁸. Al hablar de enriquecimiento injusto, puede parecer que buscamos rectificar “los resultados de las operaciones jurídicas que se consideran indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos”⁶⁷⁹. Por ello, cuando se haga referencia a la institución en sentido estricto, se identificará como enriquecimiento sin causa o injustificado.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ “E aun dixeron que ninguno non puede enriqueçerse tortizeramente con daño en otro” en Partida 7, Título 34, Regla 14. La cita, entre otros, Juan VALLET DE GOYTISOLO (2002), “En torno al enriquecimiento injustificado con una relectura del discurso de ingreso de Luis Díez-Picazo en la Real Academia de Jurisprudencia”, en Antonio Cabanillas Sánchez (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, p. 3195.

⁶⁷⁷ Luis DÍEZ-PICAZO (1988), “La doctrina del enriquecimiento injustificado: discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número”, en Manuel de la Cámara y Luis Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, p. 27, y Luis DÍEZ-PICAZO (1999), *Derecho de Daños*, cit., pp. 48-49.

⁶⁷⁸ Definida como “justo título consistente en el derecho de conservar el valor ingresado en el patrimonio” en Luis DÍEZ-PICAZO (1988), “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, cit., p. 38.

⁶⁷⁹ Luis DÍEZ-PICAZO (1988), “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, cit., p. 36.

⁶⁸⁰ Encarnació Ricart considera que el término “enriquecimiento injustificado” es “omnicomprensivo de todos los supuestos”, esto es, tanto de los casos de enriquecimiento injusto como sin causa. Encarnació RICART MARTÍ (2009), “El enriquecimiento injustificado en el draft CFR”, en Esteve Bosch Capdevila (Coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, JM Bosch Editor, p. 322.

“Enriquecimiento sin causa” es un concepto ambivalente que puede hacerse referencia a cuatro realidades vinculadas entre sí. Primero, al presupuesto de la obligación: la existencia de una transmisión entre patrimonios que, a ojos del ordenamiento jurídico, no tiene razón de ser que la justifique. Segundo, aquello, el *quid*, que debe restituirse al empobrecido. Tercero, la pretensión de enriquecimiento sin causa que tiene el empobrecido contra el enriquecido. Cuarto, la situación jurídica derivada de la obligación de restituir el enriquecimiento sin causa, esto es, el empobrecimiento *per se*.⁶⁸¹ Teniendo en cuenta que aquí se analiza cómo caracterizar el incremento patrimonial del demandante que repercutió aguas abajo un sobrecoste y recibe una indemnización por ello, “enriquecimiento injustificado” o “enriquecimiento sin causa” se utilizará en el primer sentido: transmisión patrimonial no justificada.

Hemos indicado con anterioridad que el TJUE, en las sentencias y en las conclusiones de los Abogados Generales, ha utilizado “sin causa” en la versión española, “*unjust*” en la inglesa y “*sans cause*” e “*injuste*” en la francesa. En otras ocasiones, no obstante, han utilizado “injusto” en español e “*unjustified*” en inglés, pero “*sans cause*” en francés, como en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone, C-557/12, apartado 78; o “injustificado” en español, como en la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen contra Agrarmarkt Austria, C-516/16, ECLI:EU:C:2017:1011, apartado 53. Esta variedad de terminología utilizada indistintamente permite pensar que son tratados como sinónimos. Ahora bien, dada la variedad de procedimientos, parece que el TJUE no los utiliza en sentido estricto, sino como principio que ordena el ordenamiento jurídico de la UE y de los Estados miembro.

Este uso laxo de algunos términos no es extraño en el TJUE. En inglés, por ejemplo, hacen referencia a “adequate compensation”, “commensurate compensation” y “full compensation”. Aunque puedan parecer sinónimos y el TJUE los use como tal, su uso por los tribunales de los Estados miembro puede no ser idéntico y causar algo de inseguridad jurídica. Ver, al respecto, Katri HAVU (2018), “Full, Adequate and Commensurate Compensation for Damages under EU Law: A Challenge for National Courts?”, *European Law Review*, Vol. 43, núm. 1, pp. 24-26.

⁶⁸¹ Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, p. 26.

Cuando se produce un enriquecimiento injustificado, la parte empobrecida tiene una pretensión restitutoria contra la enriquecida. Cuatro son los tipos de desventajas de los empobrecidos que les permiten reclamar la devolución del enriquecimiento a la otra persona. La *condictio* de prestación surge en los casos en los que el lucro se obtiene en virtud de una prestación cuya finalidad se ve frustrada. Se trata de *condictio* por intromisión cuando los enriquecimientos provienen de invadir indebidamente los bienes protegidos de terceros. La pretensión del acreedor se denomina *condictio* de regreso cuando paga conscientemente la deuda de un tercero. Es una *condictio* por expensas cuando el acreedor se empobrece por operar mejoras en cosas ajenas.⁶⁸²

En la medida de lo posible, deberá restituirse aquello que se entregó (restitución *in natura*). En aquellos casos que sea imposible, se optará por devolver el equivalente pecuniario que tenía en el momento del enriquecimiento.⁶⁸³

En cualquiera de estos casos, los presupuestos de la pretensión restitutoria que permiten, a su vez, identificar las características de los enriquecimientos injustificados son tres.

⁶⁸² Luis DíEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., pp. 123-128.

⁶⁸³ Luis DíEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., p. 129. Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, cit., pp. 255 y ss. y 261.

Primero, en el marco de una relación jurídica lícita⁶⁸⁴, el demandado debe haber obtenido una ventaja económica.⁶⁸⁵ Este enriquecimiento puede tener dos formas: incremento efectivo de activos patrimoniales (*lucrum emergens* o enriquecimiento positivo) o ausencia de una disminución patrimonial que iba a ocurrir necesariamente (*damnum cessans* o enriquecimiento negativo).⁶⁸⁶

Segundo, el demandante debe haber sufrido un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento⁶⁸⁷: el enriquecido lo hace a costa de otra persona⁶⁸⁸. Necesariamente, quien tenga la pretensión restitutoria debe haber sufrido una “pérdida pecuniariamente apreciable”⁶⁸⁹, siempre que tal pérdida no le sea imputable o sea consecuencia de una actividad que

⁶⁸⁴ Luis DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., p. 106; Ferran BADOSA COLL (2012), “Enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, cit., p. 95.

⁶⁸⁵ Según Laura ZUMAQUERO, este presupuesto se define como “toda ventaja, utilidad o provecho de carácter patrimonial que una persona ha recibido y que genera una clara diferencia entre el estado actual del patrimonio de una persona y el que presentaría si no se hubiera producido el desplazamiento de valores” en Laura ZUMAQUERO GIL (2017), “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, *InDret* 2.2017, p. 26.

⁶⁸⁶ Luis DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., pp. 119-120.

⁶⁸⁷ Según Laura ZUMAQUERO, este presupuesto se define como “cualquier pérdida pecuniariamente apreciable, ya sea porque se haya producido una pérdida de una cosa, derecho o ventaja jurídica o, por el contrario, un lucro cierto o positivo” en Laura ZUMAQUERO GIL (2017), “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, cit., p. 25.

⁶⁸⁸ Luis DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., p. 120. A diferencia del derecho de restituciones inglés, en derecho español es tan relevante para la prestación restitutoria el empobrecimiento en sí mismo, como que sea “a costa del empobrecido”. Al respecto, ver Encarnació RICART MARTÍ (2009), “El enriquecimiento injustificado en el draft CFR”, cit., p. 335; y Xabier BASOZABAL ARRÚE (2018), ““Enriquecimiento injusto” comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 71, núm. 1, pp. 26 y ss.

⁶⁸⁹ Luis DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., pp. 120-121.

también le reporte beneficios⁶⁹⁰, que puede consistir en una pérdida en sentido estricto o una ganancia dejada de obtener⁶⁹¹.

El hecho de que el enriquecimiento sea a costa del empobrecimiento indica que es necesario que exista una relación de causalidad entre uno y otro. En función de si intervienen terceras personas, la relación podrá ser directa o indirecta.⁶⁹²

Tercero, no debe haber causa o base jurídica que justifique este desplazamiento patrimonial.⁶⁹³ Esta calificación de “injustificado” puede ser consecuencia de diferentes situaciones como, por ejemplo, la falta de causa en sentido estricto que provocara la nulidad del negocio subyacente o la entrega de una cosa a quien no debía recibirla sin *animus donandi*.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ Luis Díez-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., p. 121; Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, cit., pp. 113 y ss.

⁶⁹¹ Encarnació RICART MARTÍ (2009), “El enriquecimiento injustificado en el draft CFR”, cit., p. 335.

⁶⁹² Luis Díez-PICAZO distingue entre enriquecimiento directo e indirecto en función de si intervienen patrimonios de terceras personas y considera que, en principio, el empobrecido tiene derecho a la restitución del empobrecimiento. Ver, Luis Díez-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., pp. 121-122.

Sobre las dificultades de reconstrucción de enriquecimientos y empobrecimientos, con un especial análisis del *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* y con referencias al derecho inglés y alemán, Birke HÄCKER (2013), “Direct and Indirect Enrichment at the Claimant’s Expense in Three-Party Cases”, en Charles Mitchell y William Swadling (Eds.), *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment. Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, pp. 31-57. Ver para un estudio centrado en el derecho inglés, Ben MCFARLANE (2009), “Unjust Enrichment, Property Rights and Indirect Recipients”, *Restitution Law Review*, Vol. 17, pp. 37-59.

⁶⁹³ Según Laura ZUMAQUERO, este presupuesto se define como que “no exista una justificación suficiente que sustente la atribución patrimonial producida o título legitimador de la misma”, en Laura ZUMAQUERO GIL (2017), “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, cit., p. 27. También, Luis Díez-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I...*, cit., p. 122.

⁶⁹⁴ Encarnació RICART MARTÍ (2009), “El enriquecimiento injustificado en el draft CFR”, cit., p. 336.

La necesidad de un empobrecimiento efectivo hace comprensible que la situación del patrimonio del acreedor sea relevante a efectos de determinar la cantidad a restituir. El deudor enriquecido debe reponer al acreedor en la situación jurídica existente antes del empobrecimiento. Por ello, trasladar el empobrecimiento y recuperarlo total o parcialmente significa que el deudor podrá minorar la cantidad a restituir.⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, cit., pp. 284-285. Así lo ha reconocido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las SSTJUE de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82; de 14 de enero de 1997, Comateb, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95; de 9 de febrero de 1999, Dilexport SRL, C-343/96; de 21 de septiembre de 2000, Michailidis, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98; y de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid, C-398/09, entre otras. Para un análisis extenso de la jurisprudencia del TJUE que ha formulado la excepción de repercusión del impuesto, ver Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., pp. 165-202.

Según Gustavo Andrés Martín, el fundamento de este reconocimiento es evitar el efecto de tener que devolver los tributos contrarios al Derecho de la UE y, por eso, se incluyó también el requisito del empobrecimiento correlativo, en Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (2019), *Competencia, enriquecimiento y daños*, cit., pp. 74 y ss.

En sistemas como el derecho inglés de restituciones, aunque la *passing-on defence* en pretensiones restitutorias está reconocida, es un tema controvertido si debe dotarse de relevancia al hecho de que el empobrecido haya conseguido trasladar la desventaja a terceras personas, salvo si se trata de impuestos indirectos, porque lo consideran un hecho ajeno al desplazamiento patrimonial inicial (*res inter alios acta*). Ver, al respecto, Alison JONES (2000), *Restitution and European Community Law*, cit., pp. 49-50; Peter BIRKS (2005), *Unjust Enrichment*, 2ª ed., Oxford University Press, pp. 219-221; Rebecca WILLIAMS (2010), *Unjust Enrichment and Public Law*, cit., pp. 153 y ss.; Graham VIRGO (2015), *The Principles of the law of restitution*, cit., p. 705.

1.2. El enriquecimiento sin causa y la repercusión del sobrecoste

La cuestión es si la indemnización que recibe el demandante que ha repercutido el sobrecoste le está enriqueciendo injustificadamente. En sentido estricto, la respuesta es negativa.

El desplazamiento patrimonial no ha ocurrido en virtud de una prestación cuya finalidad se ha visto frustrada ni el demandado está pagando conscientemente la deuda de un tercero. No existió nulidad alguna en el contrato de compra del producto o de prestación del servicio afectado por la infracción. La nulidad del acuerdo de fijación de precios no extiende este efecto a los contratos que lo ejecutan.⁶⁹⁶ Tampoco estamos ante una invasión de bienes ajenos ni el demandado ha mejorado algo ajeno. Simplemente, en cumplimiento de una resolución judicial o, en su caso, laudo arbitral, ha transmitido la cuantía de la indemnización de tal forma que el demandante y receptor del ingreso patrimonial tiene justo título para aceptar y mantener en su patrimonio esta nueva riqueza.

La interdicción del enriquecimiento injustificado tiene la finalidad de mantener el mercado libre de desplazamientos patrimoniales sin causa que los justifique. El pago de una indemnización cuando un órgano jurisdiccional ha constatado que se cumplen los requisitos para atribuir

⁶⁹⁶ Jaume MARTÍ MIRAVALLS (2019a), “La aplicación privada del derecho de la competencia. Sobre las particularidades de las acciones de nulidad y de daños y perjuicios”, *III edición del premio de estudios jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, p. 99, accesible aquí: <http://www.ravil.com/bd/archivos/archivo118.pdf>.

responsabilidad al demandado no constituye un enriquecimiento sin causa del demandante.

Puede ser, no obstante, que la mención a “enriquecimiento sin causa” o “enriquecimiento injusto” se haga con un sentido más laxo, cuestión que se analizará en el apartado siguiente, o que se haga referencia al enriquecimiento respecto del comprador indirecto, pues el demandante (comprador directo) habría trasladado el sobrecoste y recibido, a su vez, una indemnización por el total del perjuicio sin descontar la traslación. En este caso, tampoco se trata de un enriquecimiento injustificado. Al dotar de relevancia al hecho de la repercusión, el comprador indirecto también tiene una pretensión indemnizatoria contra el infractor: cualquier pérdida patrimonial podrá verla resarcida mediante su ejercicio.

2. La extensión del daño como fundamento de la excepción

2.1. El derecho al pleno resarcimiento en las pretensiones indemnizatorias

La cuestión que surge a continuación es si la referencia a enriquecimiento injusto, injustificado o sin causa se utilizaba de forma laxa y se hacía, realmente, referencia a enriquecimientos indeseables⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ Luis DíEZ-PICAZO utiliza este adjetivo al hacer referencia a los enriquecimientos injustos. Luis DíEZ-PICAZO (1988), “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, cit., p. 36.

que la justicia correctiva no admitiría.⁶⁹⁸ En este caso, la idea subyacente al uso de esos términos es el derecho al pleno resarcimiento y la reparación del daño efectivamente sufrido, que incluye “las disminuciones patrimoniales que no habrían tenido lugar sin el suceso que justifica la responsabilidad, y todas las afluencias patrimoniales no obtenidas por culpa de este suceso”⁶⁹⁹.

En efecto, se refleja así una concepción concreta del daño⁷⁰⁰ que “parta de los singulares factores de daño”⁷⁰¹ y que limite la responsabilidad al perjuicio indemnizable atendiendo a las singularidades del caso concreto⁷⁰².

Este derecho es, además, el principio que fundamenta las pretensiones de daños que los compradores tienen contra quienes han cometido prácticas anticoncurrenciales.⁷⁰³ El pleno resarcimiento significa la

⁶⁹⁸ Carmen HERRERO SUÁREZ (2016), “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva”, cit., pp. 178-179.; David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., pp. 48-49.

⁶⁹⁹ Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT (1991), *Manual de análisis económico del derecho civil*, cit., pp. 184-185.

⁷⁰⁰ Esta concepción puede contraponerse con la concepción objetiva, por un lado, y abstracta, por otro, del daño. Sobre ello, Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., pp. 1988-1989; y Luis Díez-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., pp. 332-336.

⁷⁰¹ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1991;

⁷⁰² Luis Díez-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., pp. 336-337.

⁷⁰³ Artículos 72 Ley de Defensa de la Competencia y 3 Directiva 2014/104. Esta es, también, la función principal de las pretensiones indemnizatorias. Al respecto, Encarna ROCA TRIAS y Mónica NAVARRO MICHEL (2016), *Derecho de daños: textos y materiales*, cit., pp. 14-16.

Esto sin perjuicio de la función preventiva de las pretensiones recogida en *obiter dicta* en la STJUE de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, apartados 44-45. La función preventiva tiene la finalidad de incentivar a las personas a llevar a cabo comportamientos que minimicen los costes que tienen los accidentes y, en última instancia, significa que no los lleven a cabo. Al respecto, ver Pablo SALVADOR

necesidad de reponer a la víctima en la situación que estaría si el daño no se hubiera producido sin llegar al punto de colocarle en una situación mejor.

2.2. La repercusión del sobrecoste y la reducción del daño efectivamente sufrido

El daño efectivamente padecido es el resultado de la suma del sobrecoste soportado por el cliente y las ventas perdidas. Mientras que el segundo no presenta dudas respecto a qué se incluye, el primero sí.

El fenómeno de la repercusión incide directamente en la medida en que el sobrecoste ha afectado el patrimonio del comprador directo. Si ha conseguido transferir una parte a sus propios clientes, a pesar de las circunstancias del mercado, este debería deducirse por dos motivos.

Por un lado, para que la indemnización percibida por el comprador directo compense sin excederse la pérdida sufrida. En otro caso, recibiría también una ganancia inesperada que le situaría en una posición mejor que la que hubiera estado si la infracción nunca hubiera llegado a cometerse.

Por otro lado, para evitar la responsabilidad múltiple del infractor. La extensión del perjuicio a lo largo de la cadena de producción significa

CODERCH y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, pp. 110-111. En contra de esta función, Luis DíEZ-PICAZO (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V...*, cit., pp. 27-28.

que los compradores indirectos también tienen una pretensión indemnizatoria contra el cartelista. Si todas las víctimas situadas en diferentes niveles pueden reclamar por la totalidad de su daño, la empresa infractora acabaría por responder (y compensar) en exceso.⁷⁰⁴

Aunque el derecho al pleno resarcimiento, como se ha indicado, *oblige* a tener en cuenta la repercusión evitar sobrecompensaciones, este también conlleva eludir la ausencia de responsabilidad de los infractores. Así, podría llegar a justificarse la no deducción del sobrecoste repercutido si el ejercicio de pretensiones indemnizatorias por otros perjudicados no fuera viable o fuera muy improbable.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Esta sería la situación en un mundo ideal donde, realmente, todas las víctimas tuvieran los mismos incentivos para reclamar por los daños sufridos. Ahora bien, se verá, la dispersión del perjuicio a lo largo de la cadena de producción y venta de un producto o servicio sin los instrumentos adecuados para la acumulación o unión de pretensiones puede no solo evitar la responsabilidad múltiple de los infractores y dejar a víctimas sin compensación alguna, sino también reducir la función preventiva de las reglas de responsabilidad civil extracontractual. Ver, por ejemplo, Niamh DUNNE (2015), “Courage and compromise: the Directive on Antitrust Damages”, *European Law Review*, Vol. 40, núm. 4, pp. 588-589 y 594.

⁷⁰⁵ De hecho, así estaba recogido en el Artículo 12.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea COM(2013) 404 final.

Capítulo sexto. La repercusión del sobrecoste en pretensiones indemnizatorias: problemas de aplicación

La relevancia legal de la repercusión del sobrecoste no es un acto sin consecuencias: significa reconocer que el perjuicio se extiende a lo largo de la cadena de producción y de comercialización de un servicio y que personas situadas en posiciones causalmente alejadas de la infracción podrán ejercer sus pretensiones indemnizatorias. Ello hará que sea necesario conocer quiénes son las víctimas, en qué mercados pueden encontrarse y qué instrumentos tienen para tutelar sus intereses. A la postre, estas situaciones se reducen a la litigación colectiva, la prueba de la causalidad y la cuantificación del perjuicio, elementos cuya regulación puede facilitar la compensación de los daños o impedirlos totalmente. Asimismo, la posibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos también redundará en la efectividad general de la prohibición de cometer ilícitos concurrenciales.

En este capítulo se responderá a la pregunta de si los mecanismos de tutela colectiva de derechos y las reglas de la causalidad aplicables en derecho español de daños favorecen el ejercicio de las pretensiones o provocarán problemas de aplicación. Para ello, se estudiará primero qué efecto tiene la repercusión del sobrecoste sobre la determinación del perjuicio sufrido. Segundo, se abordará la cuestión de la litigación colectiva analizando la situación legal y jurisprudencial actual en España y si esta favorece el ejercicio de pretensiones de compradores indirectos que han sufrido un daño de cuantía pequeña. Tercero, se tratarán los

problemas de causalidad derivados de la repercusión y los diferentes eventos que afectan a la decisión de repercutir. Finalmente, se apuntará alguna idea relativa a la cuantificación.

I. La repercusión del sobrecoste y la determinación del daño: un problema teórico

En este epígrafe se centrará en un problema teórico relacionado con la repercusión del sobrecoste en la práctica. En concreto, el efecto de la repercusión sobre el perjuicio sufrido por la persona que tiene la posibilidad de trasladarlo a sus propios clientes. La cuestión a resolver es cuál es la operación que debe llevarse a cabo para delimitar el daño sufrido⁷⁰⁶. Las opciones son dos.

Por un lado, el sobrecoste repercutido nunca ha sido parte del perjuicio sufrido. Este es el caso, por ejemplo, de España y el Reino Unido. En el primer caso, fue el propio Tribunal Supremo quien identificó esta concepción en la sentencia del cártel del azúcar de 7 de noviembre de 2013 con las siguientes palabras:

“A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de

⁷⁰⁶ En este momento no hacemos referencia al momento de cuantificar, donde la cuantificación específica de la cantidad repercutida es importante no solo para determinar el sobrecoste soportado, sino también para calcular las posibles ventas perdidas.

daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño”⁷⁰⁷

Se puede apreciar que, para el Tribunal, esto deriva del principio compensatorio. No tendría sentido entender, primero, que el daño ha sido uno y, posteriormente, descontar la parte repercutida, máxime si habrán de cuantificarse las ventas perdidas, que estarán vinculadas probablemente con el sobrecoste repercutido⁷⁰⁸. El daño relevante y compensable es aquel que está causalmente vinculado y puede atribuirse a la conducta perjudicial. Si este sobrecoste perjudicial ha pasado al siguiente nivel en la cadena, no sorprende que se entienda que no se ha producido.

De forma similar, cuando los demandados han alegado como excepción en el Reino Unido que el daño se ha repercutido, los tribunales han dudado de la realidad de tal naturaleza. En Francia, por su parte,

⁷⁰⁷ STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, FD 5. En la doctrina, Carmen ESTEVAN DE QUESADA (2016), “Algunas reflexiones sobre la admisión de la “passing-on defence” en la Directiva 2014/104/UE”, cit., p. 348; Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017b), “Artículo 76”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Antonio Gutiérrez (Dir.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5ª ed., Civitas, p. 1508; Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (2019), *Competencia, enriquecimiento y daños*, cit., p. 189, Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass on in cartel cases...”, cit., p. 586.

⁷⁰⁸ Franziska WEBER (2020b), “The volume effect in cartel cases...”, cit., p. 2.

también se entiende que el sobrecoste no forma parte del perjuicio sufrido y, por ello, no debe integrarse como tal.⁷⁰⁹

Por otro lado, el sobrecoste repercutido forma parte del daño y se tiene en cuenta en la determinación del perjuicio sufrido, pero, con posterioridad, en el momento de cuantificar, se detrae. Este es el caso de Alemania donde la repercusión se trata como una suerte de compensación de beneficios.⁷¹⁰ Dado que se concibe como una ganancia que debe deducirse, es lógico exigir la previa determinación de todo el sobrecoste soportado y, en un segundo estadio, reducirlo en la cuantía repercutida para averiguar cuál es el perjuicio sufrido efectivamente.

Un caso intermedio sería el de Países Bajos, donde la excepción del sobrecoste se ha analizado desde las dos perspectivas: tanto como un problema de extensión del daño por tratarse de un perjuicio no sufrido (art. 6:95 *Burgerlijk Wetboek*), como una suerte de imputación de beneficios derivados de la situación perjudicial si media relación causal entre ellas (art. 6:100 *Burgerlijk Wetboek*).⁷¹¹ El *Hoge Raad* (Tribunal Supremo de los Países Bajos) consideró, en su sentencia de 8 de julio de 2016⁷¹², que las dos variantes llevan al mismo resultado y, por tanto, no es relevante la vía argumental utilizada por la demandada.⁷¹³

⁷⁰⁹ Suzanne CARVAL, Mauriel CHAGNY, Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI, Constance MONNIER y Jean-Philippe TROPEANO (2016), “L'évaluation des préjudices concurrentiels”, cit., p. 152.

⁷¹⁰ Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass on in cartel cases...”, cit., p. 576.

⁷¹¹ Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass on in cartel cases...”, cit., p. 581.

⁷¹² Sentencia *Hoge Raad* de 08.07.2016, TenneT TSO BV y otros contra ABB BV y otros (ECLI:NL:HR:2016:1483).

⁷¹³ Franziska WEBER (2020a), “Tackling pass on in cartel cases...”, cit., p. 582. Sentencia *Hoge Raad* de 08.07.2016, apartados 4.4.1-4.4.6. En este sentido se pronuncia

No puede entenderse que el sobrecoste repercutido integra el daño sufrido. Es innegable que, en un primer momento, el comprador directo abonó el precio cartelizado, pero la traslación a sus propios clientes lo excluyó. Ello pudo significar de forma paralela el incremento de otra partida del daño: las ventas perdidas. Por tanto, aunque la cuantificación de la indemnización necesitará la determinación de la cuantía que corresponde a la totalidad del sobrecoste pagado, la del repercutido y, en su caso, la de las ventas que no se han realizado por el incremento del precio, el concepto de daño efectivamente sufrido no puede incluir la parte trasladada a una tercera persona.

II. El ejercicio de las pretensiones por los compradores indirectos

1. Dispersión del daño, compradores indirectos y consumidores finales

Los daños que causa una conducta contraria a las normas de derecho de la competencia rara vez se quedan en el nivel de los clientes de los infractores, sino que se extienden a sus clientes, a sus competidores, a los clientes de estos últimos y sigue descendiendo por la cadena de producción y comercialización hasta, en su caso, el consumidor final. La terminología amplia que emplea el artículo 72.1 LDC confirma que cualquier afectado tiene una pretensión y puede ejercerla siempre que

también conociendo de una acción de daños en primera instancia la sentencia del *Rechtbank Gelderland* (Tribunal del distrito de Gelderland) de 30.03.2017, TenneT TSO BV y otros contra ABB BV y otros (ECLI:NL:RBGEL:2017:1724), apartado 4.13.

pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos de existencia de un daño efectivo, identificación de la conducta que lo causó, la relación causal entre infracción concurrencial y daño y la culpa de la infractora. Ahora bien, tener una pretensión no garantiza su éxito, sino únicamente el derecho a ser resarcido.⁷¹⁴

Este epígrafe se centrará en aquellas personas que adquieren los “productos o servicios objeto de infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos”⁷¹⁵ del comprador directo o de un comprador subsiguiente: los compradores indirectos. Este grupo de perjudicados no se reduce a los operadores situados dos escalones por debajo de los infractores, sino que también incluye a todos los afectados hasta el consumidor final.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Aunque la referencia era sobre las pretensiones indemnizatorias de los afectados por el efecto paraguas (*umbrella damages*), creemos que puede trasladarse la misma consideración a los compradores indirectos: “The cliché that “there’s many a slip ‘twixt the cup and the lip” –that is, the mere existence of a right to claim compensation says relatively little about whether such claims will succeed– would seem to apply with some force here”, Niamh DUNNE (2014b), “It never rains, but it pours: Liability for umbrella effects under EU Competition law in Kone”, cit. p. 1823. También, Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 308; y Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2020), “Acciones “follow on”: la estimación...”, cit. (edición digital consultada en octubre de 2020).

⁷¹⁵ Definición de “comprador indirecto” en DA4.8 LDC.

⁷¹⁶ Por la definición utilizada, quedan excluidos los competidores de los infractores y los clientes directos e indirectos afectados por el efecto paraguas de las infracciones, esto es, por las modificaciones de los precios de las empresas participantes en el mercado cartelizado pero ajenas a la infracción, STJUE de 5 de junio de 2014, Kone AG, C-557/12, apartados 28 y 29; Roman INDERST, Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2014), “Umbrella effects”, cit., p. 741; Frank P. MAIER-RIGAUD (2014), “Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations”, cit., p. 249.

A pesar de la limitación de sujetos, la extensión de posibles víctimas permite calificar estos daños como masivos⁷¹⁷ y difusos⁷¹⁸.

El problema que presenta esta dispersión del perjuicio es la reducción de incentivos para reclamar individualmente responsabilidad por los daños sufridos si el coste de hacerlo es superior, en tiempo y en dinero, a la indemnización a percibir. Esta desproporción de costes y beneficios⁷¹⁹, así como el desconocimiento de la condición de perjudicado, especialmente si es consumidor final, redundan de forma negativa en la aplicación del derecho de la competencia y el alcanzar sus funciones de prevención y disuasión de la comisión de ilícitos concurrenciales y la compensación de las víctimas.

En la literatura del análisis económico del derecho, se apuntó que puede darse la paradójica situación en que el incremento de personas que

⁷¹⁷ Así sería, por ejemplo, según la definición de la Comisión Europea en la Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión: “situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas afirman haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una pérdida causada por una misma actividad ilegal de una o varias personas físicas”, COMISIÓN EUROPEA (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, DOUE L 201, 26.7.2013, II Definiciones y ámbito de aplicación.

⁷¹⁸ Arianna ANDREANGELI (2014), *Private enforcement of antitrust. Regulating corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Edward Elgar, p. 3.

⁷¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper...*, cit., apartado 193; COMISIÓN EUROPEA (2008b) *Commission staff working paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2008) 404, apartados 30 y 39.

En los supuestos de ilícitos que perjudican a un colectivo disperso, la litigación individual “resulta ineficaz, cara y lenta y, además, ponía de manifiesto una situación de clara desigualdad entre las partes”, Andrea PLANCHADELL GALLARDO (2020), “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, p. 176.

pueden aplicar el derecho de la competencia puede suponer una reducción de la aplicación efectiva y, por eso, convenía más limitar las pretensiones indemnizatorias a los clientes de los infractores. Desde una perspectiva más jurídica, pero atendiendo también al efecto disuasorio de las pretensiones indemnizatorias, se planteó la posibilidad de limitar el ejercicio de las acciones a los compradores directos, pero permitir la intervención de los compradores indirectos en estos procedimientos, previa convocatoria por parte del tribunal⁷²⁰.

Se discrepa con estas posiciones. La efectividad de las prohibiciones de incurrir en prácticas anticompetitivas requiere que los perjudicados puedan reclamar por los daños sufridos y tengan medios para ello. En otro caso, si no tienen pretensión alguna porque se prevé su intervención condicionada al aviso de un tercero o, teniéndola, no es ejercible porque los medios a disposición de las víctimas son insuficientes y no la incentivan, los mecanismos previstos para el resarcimiento de los compradores indirectos serían papel mojado⁷²¹ y el bienestar social consecuencia de la compensación de todas las víctimas deviene un objetivo inalcanzable⁷²².

⁷²⁰ Walter VAN GERVEN (2007), “Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v Crehan* and the Way Ahead”, en Jürgen Basedow (Ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, pp. 33-35; Carlo PETRUCCI (2008), “The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law”, *European Competition Law Review*, p. 35.

⁷²¹ Helmut BROKELMANN (2015), “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, cit., pp. 15 y 16; Franziska WEBER (2018), ““A chain reaction” or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, núm. 2, p. 211.

⁷²² Lars HENRIKSSON (2016), “Welfare Effects of Right to Damages – A Practical Approach and the Swedish Perspective”, en Maria Bergström, Marios Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: the New Directive and Beyond*, Hart Publishing, p. 59.

Por ello, primero, se observarán cuáles son los recursos que tienen a disposición los consumidores finales y los compradores indirectos para ejercitar sus pretensiones. A continuación, se analizarán la situación en España y en otras jurisdicciones. Finalmente, se llegará a una conclusión sobre si esa paradoja es una realidad y, en su caso, si puede alterarse esta situación.

2. Métodos para incentivar la tutela de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores

En estos casos, se necesita defender intereses colectivos, esto es, intereses “individuales, de individuos que pertenecen a un grupo, más o menos amplio, identificados con diferente precisión, cuya necesidad de tutela judicial deriva de una causa en alguna medida común y que es pretendida conjuntamente”⁷²³.⁷²⁴ En concreto, se centrará el análisis en

⁷²³ Manuel ORTELLS RAMOS (2020), “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, p. 50. Este autor designa en la misma obra la defensa de intereses individuales de los miembros de un colectivo como tutela individual conexas.

⁷²⁴ Los intereses colectivos, en el sentido de intereses individuales de las personas que integran ese grupo de afectados, se pueden contraponer con los intereses supraindividuales o intereses indivisibles, de origen común, titularidad de un colectivo o de una comunidad, como sería el medio ambiente. El perjuicio en los intereses supraindividuales lo sufre el grupo entero como unidad, mientras que las víctimas en los intereses colectivos han sufrido todas ellas el daño de forma individual y se permite que una persona o entidad canalicé la reclamación en nombre de todos. Teresa ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, pp. 32-34; Teresa ARMENTA DEU (2020), “La legitimación en las acciones colectivas”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, p. 107.

La competencia como forma en la que operan las empresas en el mercado podría llegar a verse como un interés supraindividual (igual que el medio ambiente). En este sentido, se justificaría la previsión de acciones colectivas por la defensa de un interés público

los mecanismos de acceso a la justicia, requisito *sine qua non* para la tutela efectiva, pues, de otro modo, las pretensiones no serían ejercibles en la práctica. Los elevados costes de la litigación individual en comparación con las ganancias obtenidas por la indemnización llevarían a los posibles demandantes a una situación de apatía racional que situaría a estas personas en una posición inmóvil en la búsqueda del resarcimiento. Sus consecuencias serían la falta de compensación de estas víctimas sin apenas incentivos para plantear las acciones y, a la vez, la impunidad de los infractores, la reducción de los efectos disuasorios de la aplicación del derecho de la competencia por parte de los operadores del mercado⁷²⁵ y, a la postre, la ineficacia de la prohibición de ejecutar conductas anticoncurrenciales.⁷²⁶

como sería el cese de la infracción, como indica Arianna Andreangeli en Arianna ANDREANGELI (2014), *Private Enforcement of Competition Law...*, cit., p. 27. Ahora bien, en el caso de los daños que han sufrido compradores directos e indirectos, sean o no consumidores finales, el interés es individual y, al agregarlos en una única acción, deviene colectivo. En contra, Victoria TORRE SUSTAETA (2016), *Daños y perjuicios por infracciones de las normas de derecho de la competencia. La tutela procesal del derecho de la competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, p. 103. Sobre el medio ambiente como interés supraindividual, Albert RUDA GONZÁLEZ (2008), *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Aranzadi, pp. 75-89; y Elena DE LUIS GARCÍA (2020), “La tutela colectiva del medio ambiente”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 346-348.

⁷²⁵ Aunque no sea totalmente comparable porque el régimen en Estados Unidos difiere del régimen en la Unión Europea, los resultados de este estudio son indicativos de los efectos disuasorios de un ejercicio efectivo de pretensiones indemnizatorias por daños causados por ilícitos concurrenciales, Robert H. LANDE y Joshua P. DAVIS, (2008), “Benefits from private antitrust enforcement: An analysis of forty cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, núm. 4, pp. 893-897.

⁷²⁶ Arianna ANDREANGELI (2014), *Private Enforcement of Competition Law...*, cit., p. 7; David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., pp. 282-285.

Para ello, se estudiarán tres formas de incentivar su ejercicio para prevenir la impunidad de los infractores: los recursos colectivos, la acumulación de acciones y la cesión de acciones.

2.1. Los recursos colectivos

Los recursos colectivos de tutela de los intereses de los compradores indirectos y consumidores a través de acciones colectivas son mecanismos jurídicos que permiten a dos o más personas físicas o jurídicas o a una entidad legitimada para representarles reclamar, en su caso, la cesación de una conducta ilegal y la indemnización correspondiente por los daños que tal comportamiento ha causado. Estos, además, pueden equilibrar la posición de la demandante frente a la demandada, que suele tener un mayor poder adquisitivo y más recursos a su alcance que algunos demandantes si actúan de forma individual.⁷²⁷ En función de su configuración, serían una vía para reconciliar el derecho a la tutela judicial efectiva de estas víctimas y la eficiencia del sistema.⁷²⁸

Los recursos colectivos pueden dividirse en función de diferentes criterios, como la configuración del grupo de integrantes y la forma de incorporación de los afectados a la acción.

⁷²⁷ David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., p. 284.

⁷²⁸ Arianna ANDREANGELI (2012) “Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions”, *World Competition*, Vol. 35, núm. 3, p. 536.

Respecto a la configuración del grupo, podemos distinguir las acciones colectivas, las acciones representativas o las acciones de clase.

En las acciones colectivas, las víctimas ejercen de forma única sus pretensiones contra el infractor a través de una única acción.⁷²⁹ La legitimación corresponderá a los integrantes del grupo y ellos, en su caso, recibirán directamente la indemnización concedida.

Las acciones representativas son aquellas en las que una entidad representa a dos o más personas físicas o jurídicas y ejerce la pretensión en nombre de las representadas. Estas entidades, que pueden ser generales o sectoriales y creadas *ad hoc* o no, se dedican a la defensa de los intereses de sus representados y están acreditadas para ello.

Las acciones de clase, por su parte, son pretensiones ejercidas en nombre de un grupo de víctimas que puede ser determinado o indeterminado. A diferencia de las acciones representativas, la entidad que interpone la demanda lo hace extensible a cualquier integrante de la clase, con independencia de que sea, en su caso, miembro de la entidad.

Cuando se clasifican en función de la forma de incorporación de los perjudicados a la acción existen dos tipos de acciones. Primero, las *opt-in*, en las que la víctima únicamente se unirá al colectivo si ella misma decide incluirse. Segundo, las *opt-out*, en las que el colectivo incluye a todas las víctimas salvo aquellas que decidan excluirse. La Unión Europea ha mostrado una clara preferencia por las acciones colectivas

⁷²⁹ COMISIÓN EUROPEA (2008b) *Commission staff working paper accompanying the White Paper...*, cit., apartado 57.

*opt-in*⁷³⁰, salvo que la eficiencia y la buena administración de justicia recomienden hacer uso del sistema *opt-out*⁷³¹.

2.2. La acumulación de acciones

La acumulación de acciones es otro mecanismo que puede facilitar la tutela de los intereses de aquellos con pocos incentivos para ejercer su pretensión ya sea por el coste en sí o por la información a obtener.

Aparentemente, puede suponer una quiebra del principio de la individualidad de los procesos en relación a su objeto y su tramitación⁷³². Ahora bien, la conexión entre las pretensiones, ya sea por los sujetos, su objeto o la posible prejudicialidad, justifica la tramitación conjunta. Por ello, dos requisitos esenciales son que las acciones estén relacionadas entre sí y no sean incompatibles entre sí.

La relación puede ser de dos tipos. Será subjetiva cuando la demandante sea la misma y tenga la idéntica pretensión contra diferentes personas. Si, en cambio, el nexo es que son idénticas pretensiones contra la misma persona, la relación será objetiva-subjetiva. En estos casos, la acumulación puede evitar las resoluciones contradictorias, incrementar

⁷³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo...*, cit., V. Principios específicos relativos al recurso de indemnización.

⁷³¹ Sin perjuicio, como se verá, del régimen de la Directiva 2020/1282 de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores donde deja la cuestión al arbitrio de los Estados miembros.

⁷³² José MARTÍN PASTOR (2019), *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, p. 143.

la eficiencia y facilitar la solución de controversias similares, pero no tutelables mediante acciones colectivas.

2.3. La cesión de acciones a entidades especializadas

El tercer mecanismo es la cesión de acciones de los perjudicados a una tercera persona a cambio de un precio, que puede estar parcialmente determinado y, en la otra parte, depender del resultado del litigio⁷³³. Si esto ocurre, el perjudicado y cedente abandona su posición en la relación jurídica y el nuevo acreedor de la pretensión será el cesionario, mientras que el infractor, deudor cedido, mantendrá su posición.

Según el art. 1112 CC, los créditos son transmisibles y pueden ser cedidos salvo que las partes hayan pactado lo contrario. Si un crédito nacido de una relación obligatoria sinalagmática puede cederse⁷³⁴, también podrá hacerlo el crédito que nazca de una obligación extracontractual.⁷³⁵ De hecho, la definición de “acción de daños” recogida en la Disposición adicional cuarta de la LDC incluye a, además de la propia víctima y los representantes en casos de acciones colectivas,

⁷³³ Este es, por ejemplo, el caso de Cartel Damages Claims. Cuando adquirió los créditos de las víctimas del cártel del cemento en Alemania sancionado por el *Bundeskartellamt* el 14 de abril de 2003, el precio fue 100 euros para cada uno y entre el 15 y el 25 por ciento de la indemnización que obtuviera, David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., p. 348.

⁷³⁴ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1988), “Cesión de créditos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, núm. 4, p. 1086 y ss.

⁷³⁵ De hecho, el TJUE reconoce que la absorción de una entidad incluye sus activos y pasivos, por lo que, si la adquirida había causado daños por la comisión de una infracción, la adquirente devenía ocupaba su lugar en la relación obligatoria nacida del perjuicio, STJUE de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17, apartados 40 y 51.

“la persona que haya adquirido la acción”⁷³⁶ y confirma la previsión de la cesión del crédito a una tercera persona a cambio de un precio.

La cesión del crédito puede hacerse por varios motivos. Por un lado, porque el perjudicado no va a ejercer la pretensión resarcitoria y prefiere cederlo a una persona que lo valora más⁷³⁷ a cambio de un precio, a no verse compensado nunca. Asimismo, el perjudicado cedente, que puede temer que el ejercicio personal de la pretensión pueda causarle perjuicios comerciales, externaliza la acción a cambio de un precio y reduce el riesgo de sufrir nuevos daños⁷³⁸: le indemnizan parcialmente sin que tenga que asumir los costes del proceso⁷³⁹. Por otro lado, la cesionaria, que puede estar especializada⁷⁴⁰ en la litigación resarcitoria contra infractores del derecho de la competencia, puede estar adquiriendo suficientes créditos para que salga rentable económicamente ejercer la

⁷³⁶ DA 4ª LDC: “toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios”.

⁷³⁷ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2018), “Economía de la cesión de créditos”, *Almacén de Derecho*, 28 de octubre de 2018, <https://almacenederecho.org/economia-de-la-cesion-de-creditos> (última consulta el 23 de marzo de 2021).

⁷³⁸ Vasil SAVOV (2016), “Regroupement des créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu’alternative efficace pour l’obtention d’une réparation du préjudice subi” en Martine Behar-Touchais, David Bosco y Catherine Prieto (Dir.), *L’intesification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, IRJS Ediciones, pp. 241-242.

⁷³⁹ Michael G. FAURE y Franziska WEBER (2015), “Dispersed Losses in Tort Law – An Economic Analysis”, *Journal of European Tort Law*, Vol. 6, núm. 2, p. 171.

⁷⁴⁰ Jesús ALFARO ÁGUILA REAL (2018), “Economía de la cesión de créditos”, cit.

pretensión⁷⁴¹ o para tener más datos para sustentar la acción y, en su caso, mejorar su posición negociadora con la demandada⁷⁴².

3. Las pretensiones de daños ejercidas por compradores indirectos

3.1. España

a. Acciones colectivas y acumulación de acciones

En derecho procesal español, existen dos mecanismos para la gestión de litigios masivos: las acciones colectivas y la acumulación de acciones.

Las acciones colectivas tienen la doble finalidad de reducir la litigación cuando individualmente resultaría en muchos casos iguales y dar tutela efectiva a pretensiones que individualmente no se ejercerían⁷⁴³. En España, están limitadas a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios⁷⁴⁴, que son “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [y] las personas jurídicas y las entidades sin personalidad

⁷⁴¹ David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., p. 345.

⁷⁴² Vasil SAVOV (2016), “Regroupement des créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession...”, cit., pp. 241-242; David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., pp. 344-345

⁷⁴³ José MARTÍN PASTOR (2016), “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, pp. 203-204.

⁷⁴⁴ José MARTÍN PASTOR (2016), “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, cit., p. 191; Victoria TORRE SUSTAETA (2016), *Daños y perjuicios por infracciones de las normas de derecho de la competencia...*, cit., pp. 107-108.

jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial”⁷⁴⁵.

Los intereses protegidos en estos casos pueden ser de dos tipos. Por un lado, son intereses colectivos si las víctimas son “un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinable”⁷⁴⁶. Su defensa corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades cuyo fin sea protegerlos y a los grupos de afectados como tales si representan a la mayoría⁷⁴⁷. Las asociaciones de consumidores y usuarios podrán actuar en nombre y defensa de la asociación y de sus asociados⁷⁴⁸ y, si se constituyen según el Título II TRLGDCU (o su equivalente autonómico), de los intereses generales de los consumidores⁷⁴⁹. Por otro lado, si “los perjudicados por un hecho dañoso [son] una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación”⁷⁵⁰, los intereses a proteger serán difusos y su tutela estará a cargo de forma exclusiva de las asociaciones de consumidores usuarios que sean representativas⁷⁵¹, esto es, “que formen

⁷⁴⁵ Art. 3.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287 de 30.11.2007.

⁷⁴⁶ Art. 11.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 08.01.2000.

⁷⁴⁷ Art. 11.2 LEC *in fine*.

⁷⁴⁸ Art. 11.1 LEC. En estos casos, la legitimación es ordinaria, Teresa ARMENTA DEU (2020), “La legitimación en las acciones colectivas”, cit., pp. 113-115.

⁷⁴⁹ Art. 24.1 TRLGDCU. La defensa de intereses colectivos generales, igual que cuando se trata de intereses difusos, es un caso de legitimación extraordinaria, Teresa ARMENTA DEU (2020), “La legitimación en las acciones colectivas”, cit., pp. 115-116.

⁷⁵⁰ Art. 11.3 LEC.

⁷⁵¹ Art. 11.3 LEC *in fine*.

parte del Consejo de Consumidores y Usuarios”⁷⁵². En sendos casos, debe llamarse a los perjudicados para que puedan adherirse⁷⁵³.

Si la pretensión ejercida era resarcitoria⁷⁵⁴, además de declarativa, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada y afectará tanto a quienes hayan ejercitado la acción, como a “los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley”⁷⁵⁵. Los efectos, no obstante, únicamente alcanzarán a los consumidores y usuarios afectados pertenecientes a un grupo determinado o fácilmente determinable que decidieron intervenir en el proceso y pudieron estar individualizados, ya sea al identificarse en la demanda, al adherirse a ella, al intervenir de forma individual con posterioridad o por la solicitud del reconocimiento de su condición de afectado en ejecución.⁷⁵⁶ En caso de intervención individual en el mismo proceso, la sentencia tendrá también

⁷⁵² Art. 24.2 TRLGDCU. Si el ámbito territorial del conflicto afecta a una comunidad autónoma, la legislación autonómica determinará cuáles son las entidades representativas.

⁷⁵³ Arts. 15.1 y 15.2 LEC para el caso de intereses colectivos y arts. 15.1 y 15.3 LEC para el caso de intereses difusos.

⁷⁵⁴ La tutela colectiva de pretensiones declarativas y de cesación y la tutela individual de pretensiones resarcitorias protegen diferentes objetos jurídicos, Alicia ARMENGOT VILAPLANA (2020), “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, p. 256

⁷⁵⁵ Art. 222.3 LEC.

⁷⁵⁶ Manuel ORTELLS RAMOS (Dir.) (2018), *Derecho Procesal Civil*, 17ª ed., Aranzadi, p. 133; Alicia ARMENGOT VILAPLANA (2020), “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, cit., pp. 267-271. En contra, argumentando que todos los consumidores que pertenecen a este grupo están vinculados por la sentencia, aunque decidieran no intervenir, José MARTÍN PASTOR (2019), *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil...*, cit., pp. 119-123. Sobre la evolución del efecto de cosa juzgada en la jurisprudencia española a la luz, también, de la jurisprudencia del TJUE, Rafael AMARO, María José AZAR-BAUD, Sabine CORNELOUP, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Fabienne JAULT-SESEKE y otros (2018), *Collective redress in the Member States of the European Union. Study requested by the JURI committee*, PE 608.829 – October 2018, pp. 238-240.

pronunciamientos específicos al respecto.⁷⁵⁷ Esta vinculación es *inter partes* a pesar de ser un recurso colectivo, porque procesalmente se habrá requerido la intervención de los afectados en el proceso iniciado al tratarse de una pluralidad de intereses individuales afectados.⁷⁵⁸

El segundo mecanismo es la acumulación, que puede ser de acciones o de procesos. A diferencia del anterior, no está restringido subjetivamente, por lo que podrán utilizarlo personas físicas y jurídicas con independencia de ser consideradas consumidores⁷⁵⁹. El objetivo de la acumulación es la economía procesal derivada de la simplificación de procesos y la protección frente a pronunciamientos contradictorios en pretensiones conexas si cada una fuera conocida de forma individual.⁷⁶⁰

A través de este mecanismo, el tribunal resolverá en un mismo procedimiento y en una sola sentencia las acciones acumuladas contra la misma demandada, que pueden ser de un mismo demandante si no son incompatibles entre sí⁷⁶¹ (esto es una acumulación objetiva de acciones) o de diferentes sujetos si se tienen los mismos hechos como fundamento⁷⁶² (esto es una acumulación objetivo-subjetiva de acciones). Si las acciones no son acumulables, pero la sentencia que se dicte en un

⁷⁵⁷ José MARTÍN PASTOR (2019), *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil...*, cit., p. 125.

⁷⁵⁸ Teresa ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, cit., p. 68.

⁷⁵⁹ José MARTÍN PASTOR (2016), “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, cit., p. 191.

⁷⁶⁰ Vicente C. GUZMÁN FLUJA y Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2008), “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: Arts. 71 a 73 LEC”, *InDret* 3.2008, p. 3.

⁷⁶¹ Art. 71.2 LEC.

⁷⁶² Art. 72 LEC.

proceso puede tener efectos prejudiciales en otro⁷⁶³ o existe riesgo de sentencias incompatibles si se siguen por separado⁷⁶⁴, podrán acumularse los procesos.

La acumulación objetivo-subjetiva de acciones, que es la relevante a los efectos de este trabajo, requiere la existencia de un nexo entre las acciones acumuladas en el mismo proceso. Este puede ser por identidad fáctica total o parcial, si hace referencia a hechos compartidos, o de clase, si el nexo fáctico se encuentra en hechos de la misma clase sin ser exactamente los mismos.⁷⁶⁵ La acumulación, en virtud del principio dispositivo, depende de la iniciativa del actor y no será admitida si no es objetivamente competente el mismo órgano jurisdiccional.⁷⁶⁶ Habitualmente será inicial⁷⁶⁷ y, aunque los actos procesales harán referencia a varias pretensiones, los hitos procesales serán únicos.⁷⁶⁸ El análisis de la concurrencia de requisitos para la admisión de la demanda, la proposición de prueba y los temas de fondos se realizará de forma individualizada, de manera que podrán estar relacionadas únicamente con una pretensión o varias de ellas.⁷⁶⁹

La sentencia que se dicte en el proceso con acciones acumuladas será única por la unidad procedimental. No obstante, deberá contener

⁷⁶³ Art. 76.1.1º LEC.

⁷⁶⁴ Art. 76.1.2º LEC.

⁷⁶⁵ José MARTÍN PASTOR (2019), *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil...*, cit., pp. 209-226.

⁷⁶⁶ Teresa ARMENTA DEU (2016), *Lecciones de derecho procesal civil*, 9ª ed., Marcial Pons, pp. 127-128; Manuel ORTELLS RAMOS (Dir.) (2018), *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 212-213.

⁷⁶⁷ También puede ser sobrevenida.

⁷⁶⁸ Manuel ORTELLS RAMOS (Dir.) (2018), *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 210.

⁷⁶⁹ Teresa ARMENTA DEU (2016), *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 132.

pronunciamentos individualizados por cada pretensión para no adolecer de falta de congruencia, que no pueden ser contradictorios entre sí.⁷⁷⁰

b. Acciones colectivas y acumulación de acciones en la litigación privada por infracciones del derecho de la competencia

En casos de ilícitos antitrust, los litigios de los compradores indirectos contra los infractores son, cuanto menos, extraños⁷⁷¹. Más todavía, si se trata de consumidores finales no profesionales⁷⁷². Es una *rara avis* si, en estos casos, la demandante ve su pretensión estimada.

Los clientes de los infractores son quienes demandan en la mayoría de las acciones *follow-on* interpuestas en España.⁷⁷³ A modo de ejemplo, en el cártel de los sobres de papel⁷⁷⁴, las perjudicadas demandantes eran las empresas e instituciones que compraron los sobres elaborados por las

⁷⁷⁰ Manuel ORTELLS RAMOS (Dir.) (2018), *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 216.

⁷⁷¹ A pesar de que no sea reciente, el estudio empírico de los Lande y Davis en el que estudiaron 40 demandas interpuestas por daños causados por infracciones del derecho de la competencia, la parte demandante en 32 de ellos fueron compradores directos. Robert H. LANDE y Joshua P. DAVIS, (2008), “Benefits from private antitrust enforcement: An analysis of forty cases”, cit., p. 899.

⁷⁷² Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2014), “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-212 01-04-2014, pp. 16-18.

⁷⁷³ Sobre el estado de actual de las reclamaciones de daños y perjuicios derivados causados por ilícitos concursionales, Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2020b), “Antitrust Damages Claims in Spain”, cit.

⁷⁷⁴ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de marzo de 2013, S/0316/10 Sobres de Papel. La Audiencia Nacional anuló únicamente la cuantía de la multa por desproporcionada y ordenó la fijación de una nueva, pero confirmó el resto de los pronunciamentos en la SAN 104/2017, de 17 de marzo (MP: Berta María Santillán Pedrosa, ECLI:ES:AN:2017:1274).

cartelistas.⁷⁷⁵ En los casos del cártel de los camiones⁷⁷⁶ y los cárteles de fabricantes de automóviles⁷⁷⁷ y de concesionarios⁷⁷⁸, algunos demandantes adquirieron los vehículos en distribuidores autorizados o a través de un comisionista.⁷⁷⁹ Aunque son indirectos *stricto sensu* por existir intermediarios, recibieron el trato de compradoras directas ya sea porque la infractora fijó el precio y era la única que podía autorizar negociar el margen de venta⁷⁸⁰ o porque la infracción se implementó a través de las filiales y los concesionarios⁷⁸¹.

⁷⁷⁵ Misiones Salesianas (SAP Barcelona 45/2020, de 10 de enero), Cortefiel (SAP Barcelona 46/2020, de 10 de enero, MP: Luis Rodríguez Vega, ECLI:ES:APB:2020:59), Grupo Planeta d'Agostini (SAP Barcelona 51/2020, de 10 de enero, MP: José María Ribelles Arellano, ECLI:ES:APB:2020:201), Mutua Madrileña Automovilística (SAP Barcelona 58/2020, de 13 de enero, MP: Juan Francisco Garnica Martín, ECLI:ES:APB:2020:186), Caja de ahorros y monte de piedad de Ontinyent (SAP Barcelona 60/2020, de 13 de enero, MP: Marta Cervera Martínez, ECLI:ES:APB:2020:184), Compañía Internacional para la Financiación de la Distribución SAU (SAP Barcelona 64/2020, de 13 de enero), Manos Unidas, Comité Católico de la campaña contra el hambre en el mundo (SAP Barcelona 65/2020, de 13 de enero, MP: José María Fernández Seijo, ECLI:ES:APB:2020:185), Bankoa (SAP Barcelona 66/2020, de 13 de enero), Obras Misionales Pontificas de la propagación de la fe (SAP Madrid 63/2020, de 3 de febrero) y Cámara oficial de comercio e industria de Madrid (SAP Madrid 64/2020, de 3 de febrero), IFEMA (SJM 9 Madrid 177/2020, de 13 de marzo, MP: María Teresa Vázquez Pizarro, ECLI:ES:JMM:2020:1552).

⁷⁷⁶ Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, AT.39824-Trucks.

⁷⁷⁷ Resolución CNMC de 23 de julio de 2015, S/482/13 Fabricantes de automóviles.

⁷⁷⁸ Resoluciones CNMC de 28 de mayo de 2015, S/471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW; de 28 de abril de 2015, S/DC/505/12, Concesionarios Chevrolet; de 5 de marzo de 2015, S/DC/488/13, Concesionarios Hyundai; de 5 de marzo de 2015, S/DC/487/13, Concesionarios Land Rover; de 5 de marzo de 2015, S/DC/489/13, Concesionarios Opel; de 5 de marzo de 2015, S/0486/13, Concesionarios Toyota; y de 12 de julio de 2016, S/0506/14, Concesionarios Volvo.

⁷⁷⁹ Sobre el funcionamiento del cártel de los camiones y, en concreto, la distribución de los vehículos, FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ (2020c), "La decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones", *Working Paper IE Law School*, AJ8-257, pp. 18-20.

⁷⁸⁰ Para el cártel de los concesionarios, SJM 1 Oviedo 45/2020, de 18 de febrero (MP: María del Carmen Márquez Jiménez, ECLI:ES:JMO:2020:569), FD 2.

⁷⁸¹ Para el cártel de los camiones, SJM 3 Valencia de 13 de marzo de 2019, FD 51.

Las pretensiones ejercidas por consumidores finales son, en la actualidad, testimoniales. Lo mismo ocurre con las acciones colectivas de compradores indirectos. Esto se debe, esencialmente, al régimen de acciones colectivas vigente.

El caso planteado más conocido de una acción colectiva fue el iniciado por AUSBANC Consumo contra Telefónica.

AUSBANC, asociación de consumidores y usuarios, planteó una acción colectiva (representativa) de seguimiento contra Telefónica por su abuso de dominio en el mercado de servicios de acceso de banda ancha a Internet mayorista y minorista. La infracción del art. 102 TFUE sancionada por la Comisión Europea⁷⁸² consistió en que la fijación del precio cobrado a sus competidores para acceder al mercado mayorista y el precio que Telefónica cobraba a sus usuarios en el mercado minorista estrechaba los márgenes de sus competidores de tal manera que un competidor igual de eficiente que la empresa no podría cubrir sus costes. Esta conducta pudo excluir la competencia en el mercado minorista y perjudicó a los consumidores.

Los tribunales no reconocieron la legitimación activa de la demandante para la defensa de intereses difusos⁷⁸³ a pesar de su intensa actividad desarrollada y su implantación territorial por dos motivos. Por un lado, por la pérdida sobrevenida de un requisito legal para la defensa de

⁷⁸² Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, Asunto COMP738.784 – Wanadoo España contra Telefónica.

⁷⁸³ SAP Cáceres 517/2012, de 4 de diciembre (MP: Luis Aurelio Sanz Acosta, ECLI:ES:APCC:2012:967) y AAP Madrid 139/2013, de 30 de septiembre (MP: Pedro María Gómez Sánchez, ECLI:ES:APM:2013:2461A).

intereses colectivos como es la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones por su denegación durante el procedimiento en un caso en que su legitimación estaba supeditada al cumplimiento de tales requisitos.⁷⁸⁴ Por otro lado, AUSBANC, toda vez que cumplía con los requisitos del artículo 11.2 LEC para la defensa de intereses colectivos de sus miembros, no podía ser considerada una asociación representativa según la definición legal contenida en el art. 22.2 LGDCU vigente en la fecha de interposición de la demanda por no estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios.⁷⁸⁵

En otro aspecto del derecho de la competencia, en concreto, en la competencia desleal, las asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de intereses colectivos y difusos han ejercido pretensiones contra infractores. El ejemplo más reciente es el caso *Dieselgate*⁷⁸⁶ y, en

⁷⁸⁴ SAP Cáceres 517/2012, de 4 de diciembre, FD 2: “Pues bien, no podemos olvidar que no estamos ante una legitimación que parte de la afirmación de la titularidad de la relación jurídico material, cual sucede con la legitimación ordinaria, sino que nos encontramos ante una legitimación extraordinaria, que se ostenta por haber sido configurada por la ley. Y es que la actora no defiende en este proceso un interés propio, sino los intereses generales de los consumidores. Esta legitimación se tiene y se mantiene condicionada al cumplimiento de los requisitos legales y cuando la asociación no los cumple, carece de legitimación y pierde la que tenía.”

⁷⁸⁵ Auto AP Madrid 139/2013, de 30 de septiembre, FD 3.

⁷⁸⁶ Sobre el *Dieselgate* en otras jurisdicciones, Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2020), “El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva”, *InDret* 3.2020, pp. 25-60.

concreto, la pretensión de la OCU contra Volkswagen resuelta por sentencia de 25 de enero de 2021^{787 788}.

A diferencia de la normativa de defensa de la competencia, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal contiene un precepto relativo a la legitimación activa que incluye a los afectados por la conducta desleal (art. 33.1 LCD), las asociaciones de defensa de intereses colectivos del art. 11.2 LEC (art. 33.1 LCD), las asociaciones profesionales o representativas cuando estén afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2 LCD) y las asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de intereses generales, colectivos o difusos (art. 33.3 LCD).

La OCU, parte demandante, es una asociación de consumidores y usuarios que está inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y, a diferencia de AUSBANC, pertenece al Consejo de Consumidores y Usuarios. La demandante, en abstracto,

⁷⁸⁷ SJM Madrid 36/2021, de 25 de enero (MP: Carlos Nieto Delgado, ECLI:ES:JMM:2021:4). La infracción desleal de Volkswagen AG fue la configuración de un software que, cuando se realizaban pruebas de homologación de emisiones, falseaba los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx). Esta práctica contradice, y esta es la infracción, los mensajes publicitarios de la mercantil, que describía sus vehículos como ejemplos de respecto con el medio ambiente. Han comentado esta sentencia Áurea Suñol y Francisco Marcos en Áurea SUÑOL y Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2021a), “Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (I)”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021 (<https://almacenederecho.org/control-de-emisiones-contaminantes-en-los-motores-de-automoviles-y-competencia-desleal-i>); y Áurea SUÑOL y Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2021b), “Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (y II)”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021 (<https://almacenederecho.org/control-de-emisiones-contaminantes-en-los-motores-de-automoviles-y-competencia-desleal-y-ii>).

⁷⁸⁸ En la litigación derivada del *Dieseldate*, algunas víctimas han ejercido pretensiones individuales.

podría fundamentar su legitimación en la defensa de los intereses de sus asociados (art. 33.2 LCD) o de intereses supraindividuales (art. 33.3 LCD). Se desprende de la sentencia que, en este caso concreto, ostenta legitimación activa en virtud del art. 33.2 LCD al representar los intereses de sus asociados, las víctimas, que pertenecen un grupo determinado o fácilmente determinable: aquellos que adquirieron vehículos afectados por la manipulación desleal.⁷⁸⁹

En las pretensiones por infracciones de derecho de la competencia, la acumulación, en su modalidad objetivo-subjetiva, es más común que el recurso a las acciones colectivas. En estas pretensiones de víctimas diferentes pero ejercidas en un mismo procedimiento, la conexión es que el daño procede de la misma infracción⁷⁹⁰. Entre los ejemplos de esta práctica, se pueden contar, por un lado, las dos sentencias del cártel del azúcar⁷⁹¹ en las que se acumularon las pretensiones de diferentes empresas de productos azucarados contra dos infractoras. Por otro lado, en el cártel de los camiones, también se ha llevado a cabo la acumulación de las pretensiones de diferentes víctimas contra una misma empresa infractora⁷⁹². En el caso de los sobres de papel, la

⁷⁸⁹ SJM Madrid 36/2021, de 25 de enero, FD 7 y 10.

⁷⁹⁰ José MARTÍN PASTOR (2016), “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, cit., p. 192.

⁷⁹¹ Por un lado, la STS, 1ª, 344/2012, de 8 de junio (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel, ECLI:ES:TS:2012:5462), donde las demandantes fueron: Galletas Gullón, SA, Mazapanes Donaire, SL, Nestlé España, SA, Zahor, SA, Galletas Coral, SA, Productos Alimenticios la Bella Easo, SA, Lacasa, SAU, Chocolates del Norte, SA y Bombonera Vallisoletana. Por otro lado, la STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, donde las demandantes fueron: Nestlé España, SA, Productos del Café, SA, Helados y Postres, SA, Chocolates Hosta Dulcinea, SA, Zahor, SA, Mazapanes Donaire, SL, Lu Biscuits, SA, Chocolates Torras, SA, Arluy, SL, Chocovic, SA, La Casa, SAU, Productos Mauri, SA, Delaviuda Alimentación, SA y Wrigley co, SA.

⁷⁹² A modo de ejemplo, ver el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 18 de octubre de 2019 (AAP Oviedo 107/2019, de 18 de octubre, MP: Javier Antón

acumulación ha sido esencialmente subjetiva, pues la demandante era una única persona contra las diferentes entidades que formaron el cártel, si bien es cierto que las pretensiones comparten también el objeto⁷⁹³.

3.2. Reino Unido

a. Mecanismos de litigación colectiva: acciones representativas y group litigation orders

En otros países y ordenamientos jurídicos, destaca el caso del Reino Unido. Los artículos 47B y 47C de la Competition Act 1998⁷⁹⁴ contienen

Guijarro, ECLI:ES:APO:2019:950A) en el que se recurre en apelación el Auto del Juzgado Mercantil 2 de Oviedo de 3 de julio de 2019 por el que se inadmitió a trámite una demanda contra Daimler en la que la parte demandante formada por cuatro perjudicados ejercía sus pretensiones respectivas de forma acumulada. La Audiencia Provincial reconoce que la decisión de acumular debe adoptarse caso por caso y que es necesario estudiar las particularidades del caso, como sería, en el caso de pretensiones de daños causados por infracciones del derecho de la competencia, el número de demandantes, la homogeneidad de sus pretensiones, la similitud de sus posiciones en el mercado y la afectación del derecho de defensa de la demandada en caso de admisión de la acumulación. En el caso concreto, como se trata únicamente de cuatro demandantes, el derecho de defensa de la demandada no se vería mermado ni afectado y, por ello, concluye que procede la acumulación.

⁷⁹³ Por todas, SAP Barcelona 66/2020, de 13 de enero.

⁷⁹⁴ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/section/47B>. La regulación actual de los procedimientos colectivos ante el CAT fue incorporada en 2015 con la aprobación del Consumers Right Act 2015. La versión anterior, en vigor desde 2003, preveía que las acciones representativas fueran planteadas por organismos autorizados en nombre de dos o más consumidores afectados por el mismo incumplimiento de las normas de competencia siempre que hubieran consentido a la inclusión de su pretensión (era un sistema *opt-in*). La indemnización, como regla general, se abonaba a la víctima, sin perjuicio de que accediera que la recibiera el organismo que actuara en su nombre.

El único caso de una acción el antiguo 47B es The Consumers' Association (Which?) c. JJB Sports PLC (número de registro del caso en el CAT: 1078/7/9/07). La demandada había formado parte de tres acuerdos de fijación de precios de las réplicas de los equipamientos de fútbol en los años 2000 y 2001 sancionados por la Office of Fair Trading (en la actualidad, Competition and Markets Authority) el 1 de agosto de 2003. El perjuicio consistió en el sobreprecio que pagaron los consumidores que

el régimen de procesos colectivos para ejercer pretensiones indemnizatorias en nombre de un grupo de víctimas. La posibilidad contemplada son las acciones representativas⁷⁹⁵ con independencia de que el representante sea un miembro de la clase de afectados si considera que es razonable que sea esa persona en particular⁷⁹⁶. Este régimen prevé que las acciones sean tanto *opt-in*⁷⁹⁷ como *opt-out*⁷⁹⁸ y no está limitado a grupos de consumidores afectados.

Para el inicio del procedimiento como tal, el CAT, tribunal con jurisdicción exclusiva para conocer de estas acciones, debe aprobar una *collective proceedings order* (CPO). Para ello, valorará si la persona es apta para ser la representante del grupo⁷⁹⁹ y si el recurso colectivo es el cauce adecuado para esta acción⁸⁰⁰, esto es, si las pretensiones presentan situaciones o elementos de hecho y de derecho iguales, similares o relacionadas que puedan tratarse de forma conjunta⁸⁰¹. La CPO, que puede ser revocada en cualquier momento⁸⁰², incluirá la autorización al

adquirieron las réplicas de las camisetas del Manchester United de las temporadas 2000/2001 y 2001/2002 y de la selección de Inglaterra de la Eurocopa del año 2000. “Which?”, la asociación demandante, era la única que, en aquel momento, era considerada una entidad autorizada para ello. La demanda colectiva fue interpuesta el 5 de marzo de 2007 en nombre de 130 consumidores. El caso finalizó por un acuerdo extrajudicial. Se consideró que el sistema era ineficiente porque el grupo de afectados era de unas 130.000 personas, pero únicamente pudo ejercerse la pretensión en nombre de quienes consintieron a ello. El dato de los afectados proviene de: Edward S. MILLER y Marjorie C. HOLMES (2016), “Mobilising competition class actions in the UK”, *ReedSmith* – *perspectives* (<https://www.reedsmith.com/es/perspectives/2016/07/mobilising-competition-class-actions-in-the-uk>) (accedido el 20 de marzo de 2021).

⁷⁹⁵ Art. 47B(2) Competition Act 1998.

⁷⁹⁶ Art. 47B(8)(a) y (b) Competition Act 1998.

⁷⁹⁷ Art. 47B(10) Competition Act 1998.

⁷⁹⁸ Art. 47B(11) Competition Act 1998.

⁷⁹⁹ Art. 47B(5)(a) Competition Act 1998.

⁸⁰⁰ Art. 47B(5)(b) Competition Act 1998.

⁸⁰¹ Art. 47B(6) Competition Act 1998.

⁸⁰² Art. 47B(9) Competition Act 1998.

representante para actuar como tal, la identificación del grupo de afectados cuyas pretensiones pueden incorporarse al procedimiento y si se trata de una acción *opt-in* u *opt-out*.⁸⁰³

En caso de estimación de la acción representativa, la indemnización puede concederse de forma global sin evaluar la cantidad correspondiente a cada miembro del grupo de forma individual⁸⁰⁴. El abono se hará a la representante o la persona que esta designe en acciones *opt-out*⁸⁰⁵ y a la víctima o a la representante si es *opt-in*⁸⁰⁶. Salvo que se especifique lo contrario, la sentencia es vinculante para todas las personas incluidas en el grupo.⁸⁰⁷

También existen las *Group Litigation Orders* (GLO), normativizadas en las *Civil Procedure Rules* como una forma de litigación de grupo⁸⁰⁸, para la gestión de casos que comparten elementos de hecho o de derecho⁸⁰⁹. Cada GLO incluirá el registro del grupo donde los afectados pueden acudir para adherirse, los elementos de hecho o de derecho relevantes y el tribunal encargado de su gestión.⁸¹⁰ Estos mecanismos son *opt-in*⁸¹¹ y las personas adheridas podrán, igualmente, abandonar el grupo. Las sentencias o autos que afecten a un caso del grupo de la GLO vinculan

⁸⁰³ Art. 47B(7) Competition Act 1998.

⁸⁰⁴ Art. 47C(2) Competition Act 1998.

⁸⁰⁵ Art. 47C(3) Competition Act 1998.

⁸⁰⁶ Art. 47C(4) Competition Act 1998.

⁸⁰⁷ Art. 47B(12) Competition Act 1998.

⁸⁰⁸ Rule 19.10 y siguientes.

⁸⁰⁹ Rule 19.10.

⁸¹⁰ Rule 19.11(2).

⁸¹¹ Afirmación derivada de la Rule 19.11(2)(a): “contain directions about the establishment of a register (the ‘group register’) on which the claims managed under the GLO will be entered” (énfasis añadido). También, Teresa ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, cit., p. 22.

al resto de acciones ejercidas e incluidas en la GLO en el momento de su adopción, salvo que se estipule lo contrario en la resolución.⁸¹²

b. Acciones representativas en la litigación privada por infracción de las normas de competencia

El caso más notable⁸¹³ de aplicación de esta normativa es *Walter Hugh Merricks CBE v Mastercard Incorporated and Others*⁸¹⁴ en el que el Sr. Merricks planteó, el 6 de septiembre de 2016, una acción colectiva representativa de seguimiento contra Mastercard sancionada por la decisión de la Comisión Europea de 19 de diciembre de 2007⁸¹⁵ y solicitó una *collective proceedings order* para ejercer su pretensión. La acción era *opt-out*.⁸¹⁶ El grupo de afectados eran las personas mayores de 16 años que residieron en el Reino Unido por un periodo de, al menos, tres meses y que hubieran comprado productos en el Reino Unido en

⁸¹² Rule 19.12(1).

⁸¹³ La primera solicitud de *collective proceeding order* del nuevo 47B Competiton Act 1998 registrada en el CAT fue de Ms. Dorothy Gibson el 25 de mayo de 2016 como una acción colectiva *opt-out* y de seguimiento contra Pride Mobility Products Ltd., sancionada por la Office of Fair Trading en una resolución de 27 de marzo de 2014. El CAT, en su sentencia de 31 de marzo de 2017, *Dorothy Gibson c. Pride Mobility Products Ltd*, [2017] CAT 9, reconoció que la acción *opt-out* era el mecanismo idóneo (apartado 124) y que la representante era adecuada (apartado 139), pero pospuso la decisión de certificar la acción para que la demandante pudiera aportar más información sobre los daños globales del grupo por los que reclama (apartado 122). La demandante desistió de la acción el 25 de mayo de 2017.

⁸¹⁴ Número de registro del caso en el CAT: 1266/7/7/16. Este asunto, en lo relativo a la cuestión de la admisión de la acción colectiva se han dictado, hasta ahora, tres sentencias: sentencia del CAT de 21 de julio de 2017, *Walter Hugh Merricks CBE c. Mastercard Inc. y otros*, [2017] CAT 16; sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)* de 16 de abril de 2019, *Walter Hugh Merricks CBE c. Mastercard Inc. y otros*, [2019] EWCA Civ. 674; sentencia de la UK *Supreme Court* de 11 de diciembre de 2020, *Mastercard Inc. y otros c. Walter Hugh Merricks CBE*, [2020] UKSC 51.

⁸¹⁵ Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2007, Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales.

⁸¹⁶ [2017] CAT 16, apartado 1.

comercios que admitieran el uso de tarjetas MasterCard entre el 22 de mayo de 1992 y el 21 de junio de 2008⁸¹⁷. El perjuicio que sufrieron era el sobrecoste resultado de la resta de la tasa multilateral de intercambio impuesta menos la tasa aplicada si no hubiera habido infracción. El sobrecoste se repercutió sobre las personas que conforman la clase a través de las compras realizadas durante esta época con tarjetas de crédito.

La certificación de la CPO, según el artículo 47B(5) de la Competition Act 1998 y las reglas del CAT⁸¹⁸, requiere el cumplimiento de dos condiciones cumulativas⁸¹⁹. Primero, la posibilidad real de ejercicio colectivo de la pretensión⁸²⁰. Segundo, la autorización de la persona representante del grupo⁸²¹.

El CAT⁸²² empezó planteando que la pretensión indemnizatoria contra Mastercard podría ejercerse de forma colectiva porque contenía elementos comunes a los miembros del grupo, a pesar de que los relevantes puedan ser esencialmente individuales.⁸²³ En concreto, el CAT se refería al daño sufrido por cada persona, cuya individualidad podía no ser óbice para la acción colectiva⁸²⁴. Ahora bien, en este asunto,

⁸¹⁷ [2017] CAT 16, apartado 1.

⁸¹⁸ The Competition Appeal Tribunal Rules 2015 (SI 2015 No. 1648), [https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2017-11/The Competition Appeal Tribunal Rules 2015.pdf](https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2017-11/The%20Competition%20Appeal%20Tribunal%20Rules%202015.pdf).

⁸¹⁹ Regla 77.1 de las Reglas del CAT.

⁸²⁰ Artículo 47B(6) Competition Act 1998 y Regla 79 de las Reglas del CAT.

⁸²¹ Artículo 47B(8) Competition Act 1998 y Regla 78 de las Reglas del CAT.

⁸²² [2017] CAT 16.

⁸²³ [2017] CAT 16, apartado 67.

⁸²⁴ [2017] CAT 16, apartado 67: “What is required, in the words of sect 47(6) CA, is that the claims are nonetheless “suitable to be brought in collective proceedings”. Here, the Applicant seeks to address the problem of pass-through by submitting that the Tribunal can arrive at an aggregate award of damages, which would then be

el CAT expuso sus dudas sobre la cuantificación estimada de los daños sufridos en conjunto por los miembros del grupo en atención a la información disponible⁸²⁵ y de cómo iba a individualizarse y distribuirse en caso de estimación de la pretensión⁸²⁶. Por ello, no autorizó la CPO⁸²⁷.

Mastercard también se opuso a la autorización del Sr. Merricks como representante del grupo, no tanto por su persona⁸²⁸, sino por las condiciones del contrato de financiación a través del cual podía financiar la acción colectiva⁸²⁹ porque sus condiciones podrían llevar a la ausencia de compensación de Mastercard por los costes del litigio o a su devolución parcial y situan al Sr. Merricks en un conflicto de intereses⁸³⁰. El CAT admitió que el contrato necesitaba enmendarse para que el tercero que financia la acción no pudiera escapar de la obligación de devolver los costes del proceso a las demandadas en caso de desestimación o no certificación de la CPO⁸³¹. El Sr. Merricks y la empresa que prestaba financiación para la acción acordaron durante el proceso una nueva redacción acorde con asegurar el pago de las costas.⁸³² El CAT no admitió que la cantidad que abonarían en costas a Mastercard en caso de desestimación fuera insuficiente⁸³³ ni que el Sr.

distributed to the class members. We accept that in theory this may be a permissible approach”.

⁸²⁵ [2017] CAT 16, apartados 68-78.

⁸²⁶ [2017] CAT 16, apartados 79-88.

⁸²⁷ [2017] CAT 16, apartado 89.

⁸²⁸ De hecho, el CAT afirma que la experiencia del Sr. Merricks y el ser miembro del grupo de afectados le convierten en una persona adecuada para representar a los afectados, [2017] CAT 16, apartado 94.

⁸²⁹ [2017] CAT 16, apartado 95.

⁸³⁰ [2017] CAT 16, apartado 97.

⁸³¹ [2017] CAT 16, apartados 99-127.

⁸³² [2017] CAT 16, apartado 123.

⁸³³ [2017] CAT 16, apartados 128-132.

Merricks se hallara incurso en un conflicto de intereses y no fuera a actuar en el interés del grupo⁸³⁴.

El Sr. Merricks recurrió en apelación ante la *Court of Appeal*⁸³⁵ por dos motivos.

El primero concierne cómo el CAT analizó la indemnización solicitada por el perjuicio global sufrido por la clase y la forma propuesta de cuantificación. En concreto, critica el umbral de información exigida en el estadio de certificación para probar el daño.⁸³⁶ Según la *Court of Appeal*, en este estadio, el demandante debe demostrar que con la pericial económica puede evaluar el daño global sufrido y que tiene información suficiente para llevar a cabo tal cuantificación con la metodología propuesta. La certificación tiene la finalidad de comprobar que puede optarse por la acción colectiva por la semejanza entre las pretensiones y no si la demanda tiene visos de ser estimada.⁸³⁷ Asimismo, aunque el perjuicio individual fuera diferente, la existencia de un daño de naturaleza similar es un elemento común a efectos de la certificación.⁸³⁸

⁸³⁴ [2017] CAT 16, apartados 133-140.

⁸³⁵ [2019] EWCA Civ. 674.

⁸³⁶ [2019] EWCA Civ. 674, apartado 38.

⁸³⁷ “To do so in this case he had to satisfy the CAT that the expert methodology was capable of assessing the level of pass-on to the represented class and that there was, or was likely to be, data available to operate that methodology. But it was not necessary at that stage for the proposed representative to be able to produce all of that evidence, still less to enter into a detailed debate about its probative value. To that extent a certification hearing is no different from any other interlocutory assessment of the prospects of success in litigation made before the completion of disclosure and the filing of evidence. Its purpose is to enable the CAT to be satisfied that (with the necessary evidence) the claims are suitable to proceed on a collective basis and that they raise the same, similar or related issues of fact or law: not that the claims are certain to succeed”, [2019] EWCA Civ. 674, apartados 44 y, similar, 54.

⁸³⁸ [2019] EWCA Civ. 674, apartado 47.

El segundo motivo está relacionado con la distribución de la indemnización entre los miembros del grupo. En principio, esta debe perseguir la compensación de las víctimas y el problema de la CPO era la ausencia de la forma en que se distribuiría entre los miembros del grupo para alcanzar este objetivo. Ahora bien, como el perjuicio estaba calculado de forma global tal y como se espera de una acción colectiva y los miembros del grupo conocían la forma de reparto de la indemnización, el CAT no tenía motivos para evaluar cómo se distribuiría en caso de estimación.⁸³⁹

Como el CAT había denegado la certificación sobre la base de juicios y análisis prematuros, la *Court of Appeal* estimó el recurso y revocó la denegación de la certificación.⁸⁴⁰

Mastercard recurrió la decisión por considerar que la CPO no debe certificarse. La *Supreme Court* conoció el asunto y dictó sentencia en fecha de 11 de diciembre de 2020⁸⁴¹.

La *Supreme Court* reconoció el derecho al pleno resarcimiento a la par que la posibilidad de estimación judicial porque no puede dejarse a un demandante que ha probado todas sus alegaciones sin indemnización por la dificultad de cuantificar.⁸⁴² Afirmó que esta regla también se aplica en casos de acciones colectivas.⁸⁴³ Esta posibilidad de estimar al conocer

⁸³⁹ [2019] EWCA Civ. 674, apartados 56-62.

⁸⁴⁰ [2019] EWCA Civ. 674, apartados 62-63.

⁸⁴¹ [2020] UKSC 51.

⁸⁴² [2020] UKSC 51, apartados 46-47 y 51-52.

⁸⁴³ [2020] UKSC 51, apartado 54.

sobre el fondo debería tenerse en cuenta al analizar la adecuación de la pretensión al recurso colectivo o su inadecuación a efectos de certificar la acción para que no sea un motivo para su rechazo.⁸⁴⁴

La *Supreme Court* entendió que el daño sufrido es un elemento común para la adecuación del procedimiento⁸⁴⁵ y que las dificultades de la cuantificación agregada deben ser valoradas junto al resto de elementos de la acción para decidir sobre la certificación de la acción⁸⁴⁶, tal y como se haría en una acción individual⁸⁴⁷. El tribunal reprochó al CAT que no hubiera llevado a cabo tal valoración.⁸⁴⁸ Asimismo, criticó también que el CAT exigiera el respeto estricto del principio compensatorio en la distribución de la indemnización global concedida⁸⁴⁹, casi *contra legem* porque el artículo 47C no lo prevé así, y la importancia que concedió a la distribución en fase de certificación de la acción⁸⁵⁰.

Por esto, la *Supreme Court* desestimó el recurso de Mastercard y devolvió el asunto al CAT. La CPO está nuevamente en fase de certificación.⁸⁵¹

⁸⁴⁴ [2020] UKSC 51, apartado 55.

⁸⁴⁵ [2020] UKSC 51, apartado 66.

⁸⁴⁶ [2020] UKSC 51, apartado 68.

⁸⁴⁷ [2020] UKSC 51, apartado 71.

⁸⁴⁸ [2020] UKSC 51, apartado 72.

⁸⁴⁹ [2020] UKSC 51, apartados 76-77.

⁸⁵⁰ [2020] UKSC 51, apartado 80.

⁸⁵¹ Otras CPO como la de UK Trucks Claim Ltd. (número de registro del caso 1282/7/7/18) y Road Haulage Association Ltd. (número de registro del caso 1289/7/7/18), acciones de seguimiento a la decisión de la Comisión Europea del cártel de los camiones, estuvieron suspendidas hasta la publicación de la sentencia de la *Supreme Court* en este caso. UK Trucks Claim Ltd. es una acción representativa *opt-out*, mientras que Road Haulage Association Ltd. propone una acción representativa *opt-in*.

Además de las dos mencionadas y la estudiada, a fecha de 20 de marzo de 2021, hay en curso siete CPO más y todas ellas son *opt-out*: Justin Gutmann c. First MTR South Western Trains Ltd. y otros (número de registro del caso: 1304/7/7/19), Justin Gutmann c. London & South Eastern Railway Ltd. (número de registro del caso:

3.3. La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

El 4 de diciembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE⁸⁵². Esta norma, resultado de un intenso proceso de aprobación⁸⁵³, es la respuesta de la Unión Europea a la inaceptable situación de indefensión práctica de los consumidores.⁸⁵⁴ Su ámbito de aplicación alcanza un elevado

1305/7/7/19) [estas dos son acciones independientes: se solicita la declaración de infracción del art. 102 TFUE y la indemnización por daños y perjuicios], Michael O'Higgins FX Class Representative Ltd. c. Barclays Bank PLC y otros (número de registro del caso: 1329/7/7/19), Mr. Phillip Evans c. Barclays Bank PLC y otros (número de registro del caso: 1336/7/7/19) [estas dos son acciones de seguimiento de dos decisiones de la Comisión Europea de 16 de mayo de 2019 en los asuntos AT.40135-FOREX (Three Way Banana Split) y AT.40135-FOREX (Essex Express) y solicitan daños y perjuicios], Mark McLaren Class Representative Ltd. c. MOL (Europe Africa) y otros (número de registro del caso: 1339/7/7/20) [acción de seguimiento de la decisión de la Comisión Europea de 21 de febrero de 2018 asunto AT. 40009 Maritime Car Carriers y solicitan daños y perjuicios], Justin Le Patourel c BT Group PLC (número de registro del caso: 1381/7/7/21) [acción independiente por haber cargado precios excesivamente elevados por abuso de su posición en el mercado y solicitan daños y perjuicios] y Consumers' Association c. Qualcomm Inc. (número de registro del caso 1382/7/7/21) [acción independiente por abuso de posición de dominio en el mercado que constituye una infracción del capítulo II Competition Act 1998 y del art. 102 TFUE y solicitan daños y perjuicios].

⁸⁵² DOUE L 409, de 4.12.2020, pp. 1-27.

⁸⁵³ María José AZAR-BAUD (2020), "The effects of the Directive on representative actions for the protection of the collective interest of consumers on the French group action regime", *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol 2, Año 2020, p. 110-111.

⁸⁵⁴ Considerandos 6 y 7 Directiva 2020/1828.

La doctrina también ha criticado la dispersión de mecanismos de tutela colectiva en la Unión Europea: "This was supposed to be the EU legislator's response to an unacceptable *status quo* all over the EU. (...) In the EU, consumers are almost never

número de disposiciones de Derecho de la Unión Europea de protección de los consumidores, pero excluye, sorprendentemente, la Directiva 2014/104.⁸⁵⁵ Al tratarse de una norma armonizadora y de mínimos, la Directiva no regula el régimen en su totalidad, sino que deja parte al arbitrio de la autonomía procesal de los Estados miembros en su transposición.⁸⁵⁶ A los efectos de este trabajo, la Directiva 2020/1828 indica cuál es la preferencia actual de la Unión Europea en lo relativo a los recursos colectivos, pues es continuista en algunos aspectos de la Recomendación de 2013⁸⁵⁷ y, a la vez, rupturista en otros.

La finalidad de la Directiva 2020/1828 es garantizar que los consumidores de los distintos Estados miembros tengan un mecanismo colectivo tanto de cesación como resarcitorio para la defensa de sus

compensated. In the extremely rare exceptions, compensation is paid out only to a very small percentage of injured consumers.”, María José AZAR-BAUD y Miguel SOUSA FERRO (2020), “Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf’s clothing?”, *EU Law live*, Op-Ed de 4 de diciembre de 2020, <https://eulawlive.com/op-ed-directive-on-consumer-representative-actions-a-sheep-in-wolfs-clothing-by-maria-jose-azar-baud-and-miguel-sousa-ferro/> (ultimo acceso: 22 de marzo de 2021).

⁸⁵⁵ Son, en concreto, 66 normas recogidas en el Anexo I. La doctrina ha criticado la ausencia de las acciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de normas de defensa de la competencia: “One would expect such an EU mechanism to protect all rights granted to consumers by the EU legal order. This Directive does not. It applies only to around 60 Directives and Regulations listed in an Annex. Crucially, it does not cover infringements of EU Antitrust Law, arguably one of the areas where consumer redress is most complex and most lacking.”, María José AZAR-BAUD y Miguel SOUSA FERRO (2020), “Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf’s clothing?”, cit. (ultimo acceso: 22 de marzo de 2021).

⁸⁵⁶ A modo de ejemplo, “corresponde a los Estados miembros establecer normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de recurso, aplicables a las acciones de representación (...) [y] debe corresponder a los Estados miembros determinar el grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales o el número mínimo de consumidores afectados por una acción de representación para obtener medidas resarcitorias para que el asunto se admita a trámite en tanto que acción de representación”, Considerando 12 Directiva 2020/1282.

⁸⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo...*, cit.

intereses y la mayor efectividad de su derecho a la tutela judicial efectiva.⁸⁵⁸ En concreto, favorece las acciones de representación para la defensa de intereses colectivos de los consumidores, en el sentido de intereses individuales de los integrantes de un colectivo⁸⁵⁹.

La representación de los consumidores corresponderá a entidades habilitadas, entre las que deberán incluirse las asociaciones de consumidores y usuarios y podrán ser designadas para interponer pretensiones de cesación y resarcitorias tanto a nivel nacional como transfronterizo.⁸⁶⁰ En este contexto, es consumidor “toda persona física que actúe con fines ajenos a su propia voluntad, negocio, oficio u profesión”^{861 862}.

Las pretensiones resarcitorias colectivas previstas en la Directiva 2020/1828, conocidas como medidas resarcitorias, prevén diferentes formas de compensar al consumidor: desde la indemnización por daños y perjuicios a la resolución contractual⁸⁶³. El principio rector de estas acciones es la compensación de las víctimas, por lo que los Estados

⁸⁵⁸ Arts. 1.1 y 1.2 Directiva 2020/1828.

⁸⁵⁹ Art. 3.3 Directiva 2020/1828: “intereses colectivos de los consumidores”: el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses de un grupo de consumidores”.

⁸⁶⁰ Arts. 4.1, 4.2 y 7.2 Directiva 2020/1828.

⁸⁶¹ Art. 3.1 Directiva 2020/1828.

⁸⁶² En este sentido, la Directiva 2020/1828 se aparta de la Recomendación de 2013 que incluía las personas jurídicas como perjudicadas y, por tanto, personas cuyos intereses también podían ser fruto de tutela colectiva, como se desprende, por ejemplo, de las definiciones de “recurso colectivo” y “daños masivos”, COMISIÓN EUROPEA (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo...*, cit., II Definiciones y ámbito de aplicación.

⁸⁶³ Art. 9.1 Directiva 2020/1828.

miembros evitarán permitir que puedan imponerse indemnizaciones punitivas.⁸⁶⁴

Las acciones de representación podrán articularse tanto de forma *opt-in* como *opt-out* y los Estados miembros establecerán mecanismos para que los consumidores manifiesten su voluntad al respecto.⁸⁶⁵ Para evitar excesos en la compensación, los Estados velarán para que un consumidor no esté representado en acciones a las que no haya consentido y que no pueda ser indemnizado cuando ya lo ha sido antes, sea en acción individual o colectiva.⁸⁶⁶ Las medidas resarcitorias podrán incluir una relación individual de los representados o una descripción delimitadora del grupo de afectados.

La Directiva 2020/1828 prevé que los Estados miembros regularán si terceras personas pueden financiar estas acciones representativas.⁸⁶⁷ En su caso, incluirá previsiones para reducir los conflictos de interés que puedan generarse en el representante y que pueda incentivarle a menospreciar los intereses de los consumidores.

⁸⁶⁴ Considerandos 10 y 42 Directiva 2020/1828. En este sentido, mantiene la línea de la prohibición de indemnizaciones punitivas de la Recomendación de 2013, COMISIÓN EUROPEA (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo...*, cit., V Principios Específicos relativos al recurso colectivo de indemnización.

⁸⁶⁵ Art. 9.2 Directiva 2020/1828. Aunque, de acuerdo con el art. 9.3 Directiva 2020/1828, será siempre *opt-in* para las víctimas no residentes en el Estado donde se ejerza la acción representativa de carácter resarcitorio. Las medidas de cesación serán, en todo caso, *opt-out* según el tenor del art. 8.3 Directiva 2020/1282. Algunos autores han calificado esta última regla como una “no-regla”, María José AZAR-BAUD y Miguel SOUSA FERRO (2020), “Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf’s clothing?”, cit. (último acceso: 22 de marzo de 2021); y María José AZAR-BAUD (2020), “The effects of the Directive on representative actions for the protection of the collective interest of consumers on the French group action regime”, cit., p. 121.

⁸⁶⁶ Art. 9.4 Directiva 2020/1828.

⁸⁶⁷ Art. 10 Directiva 2020/1828.

Están previstos los acuerdos extrajudiciales de resarcimiento entre las partes, que deberán ser homologados judicialmente.⁸⁶⁸ Estos serán vinculantes para la entidad representante, el empresario y los consumidores representados que no hayan rechazado el acuerdo. En ausencia de acuerdo, si el litigio termina con sentencia, se aplicará el criterio del vencimiento objetivo para la imposición de las costas.⁸⁶⁹ En la parte demandante, como regla general, las soportará la entidad habilitada representante de los consumidores.

3.4. Las *class actions* de Estados Unidos

Las *class actions* estadounidenses están reguladas en las *Federal Rules of Civil Procedure*⁸⁷⁰, concretamente, en la Regla 23.

Para poder ejercerlas, es necesario que se cumplan cuatro requisitos cumulativos. Primero, el número de afectados sea tal que la acumulación de pretensiones sea impracticable⁸⁷¹, Segundo, las pretensiones de la clase tienen elementos fácticos o jurídicos comunes⁸⁷². Tercero, el tipo de pretensión de los miembros de la clase es la misma⁸⁷³. Finalmente, cuarto, los representantes postulados son adecuados y buscarán la protección de los intereses de la clase⁸⁷⁴.

⁸⁶⁸ Art. 11 Directiva 2020/1828.

⁸⁶⁹ Art. 12 Directiva 2020/1828.

⁸⁷⁰ https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf (último acceso: 22 de marzo de 2021). aquí:

⁸⁷¹ Regla 23(a)(1).

⁸⁷² Regla 23(a)(2).

⁸⁷³ Regla 23(a)(3).

⁸⁷⁴ Regla 23(a)(4).

Si se cumplen, puede proponerse el inicio de una *class action* si se da, además, una de las siguientes circunstancias. El ejercicio individual de las pretensiones puede causar que se dicten sentencias inconsistentes con estándares diferentes aplicables a la misma demandada o que afecten a los intereses de otras víctimas hasta el punto de impedirles tutelar sus derechos.⁸⁷⁵ El comportamiento de la demandada ha afectado a la clase en su conjunto y la resolución judicial afectaría, en cualquier caso, a sus integrantes.⁸⁷⁶ A juicio del tribunal, las cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase son predominantes a las individuales y la *class action* es el mecanismo de tutela más eficiente para resolver esta controversia.⁸⁷⁷ En este último caso, las *class actions* son *opt-out*.⁸⁷⁸ El tribunal, para certificar que la *class action* es adecuada, tendrá en cuenta los intereses de los miembros de la clase para la tutela individual de sus derechos, la cantidad de pretensiones ya ejercidas, los efectos de la concentración en el juzgado competente y la dificultad de gestionar la acción.⁸⁷⁹

⁸⁷⁵ Regla 23(b)(1)

⁸⁷⁶ Regla 23(b)(2).

⁸⁷⁷ Regla 23(b)(3). Este parece ser la justificación para el recurso a *class actions* en daños causados por infracciones del derecho de la competencia, David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU...*, cit., pp. 341-342.

⁸⁷⁸ Según se desprende de la Regla 23(c)(2)(B)(v).

⁸⁷⁹ Regla 23(b)(3)(A) a (C).

Ejercida la pretensión, el tribunal que conozca de la acción colectiva tendrá que certificarla como *class action*⁸⁸⁰. La clase deberá estar definida en la orden y el tribunal nombrará un *class counsel*^{881 882}.

Certificada la *class action* del tercer tipo⁸⁸³, el tribunal lo comunicará a los miembros de la clase de forma colectiva e individual, cuando las identidades sean conocidas, a través de los medios que considere oportunos.⁸⁸⁴ La comunicación deberá contener el tipo de pretensión ejercida, la definición de la clase, la posibilidad de los miembros de la clase de intervenir debidamente representados, la posibilidad de excluirse de la clase y el efecto vinculante que tendrá la sentencia que se dicte sobre los miembros que han decidido mantenerse en la clase.

La sentencia, con independencia de su sentido, especificará las personas que recibieron la comunicación, los nombres de quienes decidieron excluirse y quienes son identificados como miembros de la clase.

⁸⁸⁰ Regla 23(c)(1)(A).

⁸⁸¹ Según la Regla 23(g), el *class counsel* actúa como representante de la clase y debe velar por los intereses del grupo de forma adecuada. Para el nombramiento, el tribunal tendrá en cuenta su trabajo de identificación de las víctimas, su experiencia actuando en litigios complejos, su conocimiento del derecho aplicable y los recursos que invertirá en la representación.

⁸⁸² Regla 23(c)(1)(B).

⁸⁸³ Esto es, el regulado en la Regla 23(b)(3).

⁸⁸⁴ Regla 23(c)(2)(B)

4. El camino hacia la tutela efectiva de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores finales en España

En los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, no hay una posición común clara sobre cuál de los sistemas es mejor para alcanzar la tutela efectiva de los derechos de los compradores indirectos, sean o no personas jurídicas, y los consumidores finales.

Las acciones colectivas son, en abstracto, un mecanismo adecuado que permite combinar las pretensiones de un elevado número de perjudicados. En caso de éxito, se alcanzarían dos fines simultáneamente: la compensación de las víctimas y la disuasión de la repetición de ilícitos concurrenciales.

Es cierto, no obstante, que el resarcimiento puede no significar la devolución a la situación en la que se encontraría la víctima ausente la infracción si el grupo de afectados es excesivamente elevado y se opta por calcular el perjuicio de forma global y a tanto alzado en lugar de sumar los daños que ha sufrido cada uno. Esto sería más complejo, si cabe, en caso de ejercer una acción *opt-out*. A pesar de ello, incentiva más a ejercer la pretensión que si tuviera que hacerse de forma individual⁸⁸⁵: sería, en cualquier caso y con independencia de su formulación, una garantía para su resarcimiento, aunque sea parcial.

⁸⁸⁵ Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 367.

La disuasión efectiva también dependería de la configuración de la acción colectiva. Un sistema *opt-in* requeriría un mayor esfuerzo de investigación para localizar y comunicarse con parte de los afectados para promover su adhesión al grupo antes o después de la presentación. Salvo que las víctimas sean fácilmente determinables, los efectos disuasorios de una acción *opt-in* pueden verse mermados si pocas personas expresan su voluntad de unirse. Esta situación no ocurre si la acción es *opt-out*⁸⁸⁶, pues es más probable que la mayoría no se pronuncie a que expresen su voluntad de excluirse de la acción. Además, en estos casos, el poder negociador del grupo demandante será superior que en los anteriores por representar una cantidad mayor de afectados.

Ahora bien, el control del proceso y su desarrollo y el alineamiento de la estrategia con los intereses reales de los perjudicados pueden protegerse mejor en los sistemas *opt-in*. Los representantes de los perjudicados podrán tener más incentivos para seguir sus propios intereses que actuar en el mejor interés del grupo si la acción es *opt-out* por la más que probable falta de fiscalización que puede exigírseles.

El sistema actual español tiene dos problemas para que las acciones colectivas sean efectivas en la compensación de las víctimas de ilícitos concurrenciales.

⁸⁸⁶ Germain GAUDIN y Franziska WEBER (2021), “Antitrust Damages, Consumer Harm, and Consumer Collective Redress”, *Journal of European Competition Law and Practice*, p. 10.

Primero, no tiene ninguna previsión para la compensación de grupos de personas jurídicas no consumidoras afectadas. Si las víctimas no pueden repercutir el sobrecoste hasta el consumidor final, serán personas jurídicas quienes ostentarán las pretensiones indemnizatorias que se habrán reducido a lo largo de la cadena de transmisión del daño. La limitación de las acciones colectivas a personas físicas o jurídicas consumidoras elimina *de facto* su ejercicio, impide su compensación y favorece la impunidad de las infractoras.

Segundo, divide las categorías de afectados y legitimados en función de si son intereses colectivos de grupos determinados o fácilmente determinables y la mayoría de afectados se unen o intereses difusos de grupos de difícil determinación. Como se ha indicado, los intereses protegidos son individuales de integrantes de un grupo y el mecanismo adecuado sería la vía del interés colectivo, pero la identificación de la mayoría de afectados reduciría las probabilidades de éxito de la fase previa al ejercicio de la pretensión. En el segundo caso, el problema radicaría en la cuantificación del daño y, en caso de estimación, en su distribución, pues las víctimas serían desconocidas.

Para paliar esta situación, sería adecuado que el sistema de la Directiva 2020/1828 se expandiera en su transposición a las personas jurídicas que no son consumidoras para facilitar el ejercicio de sus pretensiones si el daño sufrido es pequeño. También sería útil la inclusión de un sistema de certificación de los representantes si se admiten las acciones representativas *opt-out* para controlar que sea alguien que realmente vaya a actuar de la forma más adecuada para la representación de los intereses de la clase de afectados.

Hasta la mejora del sistema de acciones colectivas, la acumulación de acciones parece la forma más idónea para el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias y para alcanzar la compensación de un número elevado de víctimas.

Primero, permite la acumulación de pretensiones homogéneas, si las demandantes son personas diferentes, sin tener en cuenta su condición de consumidores o no. En este caso, se asegura que el colectivo de víctimas que operan en su actividad comercial no estén privadas de su compensación.

Segundo, tiene un sistema de control previo de la adecuación del mecanismo. El tribunal que vaya a conocer del caso podrá analizar si la acumulación será realmente eficiente o si, por el contrario, supondrá una mayor dificultad de resolución que si se plantean de forma individual.

Tercero, en caso de acumulación de pretensiones de personas en diferentes eslabones de la cadena, el órgano jurisdiccional podrá tener datos suficientes para analizar en detalle cuál ha sido el daño sufrido por cada persona y si, efectivamente, se ha producido la traslación del perjuicio aguas abajo. Por desgracia, es posible que estos casos no lleguen a acumularse nunca a pesar de favorecer el derecho de defensa de la infractora y la evitación de la sobrecompensación: las pretensiones de las perjudicadas podrían verse como incompatibles porque el éxito de las compradoras indirectas afecta directamente a la solución de las compradoras directas y viceversa.

Una posible solución para evitar los problemas expuestos sería la cesión de las pretensiones a una entidad especializada. Esto podría asimilarse a las acciones colectivas *opt-out* en lo que respecta a la disuasión de los infractores: acumular en una persona un elevado número de pretensiones puede significar solicitar una indemnización elevada que, junto a la sanción de la aplicación pública, pueda desincentivar la ejecución de acuerdos anticompetitivos.

Además, podría solucionar también algunos problemas que plantea la repercusión si ejercen pretensiones de personas en diferentes eslabones de la cadena. Con la información que tendría a su disposición, la entidad podría cuantificar y pedir, como daño emergente, el sobrecoste efectivamente sufrido en cada nivel y el lucro cesante estimado de cada uno.

También podría facilitar la negociación con la demandada para alcanzar un acuerdo que pusiera fin a la controversia. La acumulación en una persona de pretensiones de diferente cuantía puede llegar a ser suficiente para poder estar al nivel de la demandada y proponer acuerdos que puedan satisfacer a las dos partes. En estos casos, además, se reduciría el problema de agencia que existe en las acciones representativas: la entidad ya ha abonado parte o todo el precio a los perjudicados, por lo que negocia esencialmente en su nombre.

Ello lleva al problema de la cesión de acciones: la compensación de las víctimas. No se niega que sean resarcidas, pero la cantidad que recibirán como pago por la cesión no igualará, como regla general, la

indemnización por el daño sufrido. Ahora bien, aunque sea un resarcimiento parcial, será más que la desestimación de la demanda y el coste que el litigio.

Podría afirmarse que, junto con las acciones colectivas de representación, este mecanismo alcanzaría un mayor grado bienestar social al tener a más personas compensadas. Sin embargo, el bienestar general no sería el óptimo porque no alcanzaría la compensación del perjuicio efectivamente sufrido por cada persona.

III. La prueba de la causalidad

En este epígrafe se analizarán los problemas de causalidad que presenta la repercusión del sobrecoste. En concreto, estos se centrarán en dos aspectos. Primero, la relación causal entre infracción e incremento de precio. Segundo, la dificultad a la que se enfrenta el comprador indirecto cuando deba reconstruir la relación causal del daño hasta su nivel en la cadena.⁸⁸⁷ La relevancia de la causalidad y de los estándares que se utilicen para su prueba deriva de los efectos que puede tener sobre el ejercicio de las pretensiones: al ser un elemento esencial de la pretensión, su aplicación excesivamente estricta, sobre todo para los compradores indirectos, puede significar la limitación de la efectividad del derecho a la reparación del daño.⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ Assimakis P. KOMMINOS (2008), *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, cit., p. 209.

⁸⁸⁸ Katri HAVU (2016), “Practical Private Enforcement: Perspectives from Finland – Causal Links, the Principle of Effectiveness and Requirements for National Solutions”, en Maria Bergström, Marios C Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, p. 227

La demandada, a los efectos de oponer la excepción por repercusión del sobrecoste, tiene la carga de probar la existencia de la repercusión y su extensión o cuantificación. Para ello, es necesario mostrar que el incremento del precio del producto del comprador directo es consecuencia de la infracción y que el traslado es jurídicamente relevante. A su vez, para ejercer la pretensión indemnizatoria, el comprador indirecto deberá demostrar que existe relación causal entre la infracción y el daño que ha soportado a pesar de la distancia. A diferencia del uso como excepción, el perjudicado indirecto cuenta con una presunción de repercusión si prueba la existencia de un ilícito concurrencial cuyo efecto fue el incremento del precio en el mercado del comprador directo, que tuvo que abonar un sobrecoste, y que el producto adquirido, o servicio recibido, por el comprador indirecto fue objeto de la infracción o es un derivado suyo.⁸⁸⁹

⁸⁸⁹ Esta presunción de repercusión está recogida en el artículo 79.2 LDC. Según Ioannis LIANOS, esta presunción alcanza también la relación de causalidad, por lo que el comprador indirecto únicamente debe cuantificar el perjuicio sufrido, Ioannis, LIANOS (2015), “Causal Uncertainty and Competition Law Claims for Damages”, *Yearbook of European Law*, p. 45; y Ángel GALGO PECO (2019), “La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en AAVV, *Acciones follow-on: reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, pp. 70-71. En contra, Magnus STRAND considera que tal presunción es únicamente de repercusión, pero el demandante (comprador indirecto) sigue habiendo de probar la causalidad y la cuantificación, Magnus STRAND (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., p. 329. Si la presunción alcanza también la relación causal, como parece desprenderse de la doctrina, a pesar de la ausencia de resoluciones judiciales que apoyen esta conclusión, se salvarán los obstáculos que la Comisión Europea resaltó en el Anexo al Libro Verde: “Proving a causal link might require complex economic analysis based on a large number of facts and economic data.”, Comisión Europea (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper...*, cit., apartado 274.

La resolución de esta cuestión se hará a través del estudio de la relación causal entre la infracción y la traslación del sobrecoste. Para ello, se responderá a la cuestión de qué repercusión es relevante a estos efectos y, en su caso, si es previsible y qué relevancia tiene la decisión del comprador directo.

La primera cuestión a tratar es la existencia de causalidad de hecho entre la infracción y el incremento del precio para su posterior repercusión.

En el estudio de los elementos económicos de la repercusión del sobrecoste se ha indicado que es una decisión que depende de las circunstancias concretas del caso. En este aspecto, para comprobar los efectos de un cambio en los costes en el precio final, la política de la empresa para su fijación tiene una gran importancia.

La empresa puede fijar el precio en función de los costes de producción o de prestación del servicio. En este caso, si están identificados, será sencillo identificar cuál es el coste afectado, cómo ha evolucionado en el tiempo y si coincide con las alteraciones en los precios. Esto facilitará la determinación de la relación causal. En cambio, si el precio del producto o servicio depende también de otros elementos independientes de los costes, será más ardua, si bien no imposible, la tarea de determinar si existe vínculo causal entre la infracción y la fijación del precio.

La causalidad fáctica estudia “el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de

la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”⁸⁹⁰. La demandada tendrá que estudiar las posibles causas y argumentar por qué el sobrecoste es la causa o, al menos, una de ellas.⁸⁹¹

La identificación de la relación en estos supuestos es un caso claro de causalidad indeterminada por, entre otros motivos, la falta de información y la dependencia en inferencias⁸⁹². Por ello, habrá que recurrir a un análisis de la probabilidad de que el sobrecoste fuera una causa del incremento de precios para entender que existe esta relación. Esto significa que puede exigirse más de un 50% de probabilidad de que sea una causa para entender que es así, o, dicho de otro modo, si es más probable que haya causado el sobrecoste que lo contrario⁸⁹³, pero en ningún caso certeza absoluta por la existencia de diferentes factores de los que depende la posibilidad de repercutir más allá de la voluntad del comprador directo. En otro caso, se estaría eliminando *de facto* el éxito de cualquier oposición de la excepción y sería una clara infracción del

⁸⁹⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1981.

⁸⁹¹ Las diferentes circunstancias a tener en cuenta para decidir si la repercusión es posible o no en un caso concreto permiten afirmar que la causalidad no tiene que ser única en estos casos. En relación con la posible multiplicidad de causas en el daño anticoncurrencial, en la doctrina académica, Ioannis, LIANOS (2015), “Causal Uncertainty and Competition Law Claims for Damages”, cit., pp. 16-17 y 51; Suzanne CARVAL, Mauriel CHAGNY, Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI, Constance MONNIER y Jean-Philippe TROPEANO (2016), “L'évaluation des préjudices concurrentiels”, cit., pp. 153-154. En la doctrina de los Abogados Generales, ver Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone, C-557/12.

⁸⁹² Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, cit., pp. 70-73.

⁸⁹³ Adaptación de la oración “si es más probable que haya causado el daño que lo contrario” sobre la causalidad en casos de incertidumbre causal al caso del sobrecoste repercutido. La original está en Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Causalidad y responsabilidad. Tercera edición (enero 2006)”, *InDret* 1.2006, p. 5.

principio de efectividad del Derecho de la UE. Lo mismo ocurrirá si se exige esta certeza a la compradora indirecta cuando ejerza la acción.

Abordada la causalidad fáctica, la segunda cuestión se adentra en la causalidad jurídica. En concreto, si la repercusión del sobrecoste es previsible para la infractora, por un lado, y si esta previsibilidad limita los posibles mercados en los que se puede soportar el sobrecoste y que siga teniendo relevancia a efectos de la determinación del daño sufrido, por otro.

La causalidad jurídica busca limitar la atribución de responsabilidad a aquellas conductas a las que es razonablemente previsible atribuirles los daños ocurridos o que están adecuadamente⁸⁹⁴ vinculadas o que son suficientemente directas para que genere responsabilidad.⁸⁹⁵ Por tanto, tiene por fin “descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente”⁸⁹⁶. A los efectos que interesa para la cuestión que se estudia en este trabajo, el prisma que se utilizará será la previsibilidad tanto de la traslación aguas abajo, como del mercado objetivo.

⁸⁹⁴ La causalidad adecuada puede utilizarse como criterio para analizar si, objetivamente, un tipo de daño puede ser causado por la conducta relevante y este criterio suele ir acompañado del análisis del ámbito de la protección de la norma para delimitar más el estudio, diluyendo así la distinción entre causalidad de hecho y de derecho, Ioannis LIANOS (2015), “Causal Uncertainty and Competition Law Claims for Damages”, *Yearbook of European Law*, Vol. 34, núm. 1, pp. 183-183. La causalidad adecuada como criterio de imputación objetiva puede encontrarse en Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Causalidad y responsabilidad. Tercera edición (enero 2006)”, cit., pp. 8-9.

⁸⁹⁵ Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, cit., p. 26.

⁸⁹⁶ Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Causalidad y responsabilidad. Tercera edición (enero 2006)”, cit., p. 7.

Es previsible aquello “que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”⁸⁹⁷. La previsibilidad carece de un elemento volitivo: no es necesario que exista intención de que algo ocurra para que pueda un acontecimiento sea esperable. Esto ocurre también con los daños que se extienden tanto sobre los clientes de los competidores de los cartelistas como “aguas abajo”: la previsibilidad de que se materialice un daño se mide con criterios objetivos⁸⁹⁸.

A pesar de que la teoría económica está dividida en este aspecto, parte de la doctrina reconoce que, cuando es posible, las empresas intentan repercutir los sobrecostes en lugar de absorberlos⁸⁹⁹, pues buscan la maximización de sus beneficios y mantener los márgenes reducidos. Esta será su respuesta racional. Por esto, no es osado afirmar que las empresas que deciden llevar a cabo prácticas anticompetitivas pueden prever que sus clientes intentarán, a su vez, trasladar “aguas abajo” los sobrecostes consecuencia de la infracción a pesar del posible desconocimiento de la existencia de tal conducta.

⁸⁹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Previsible”: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea], <https://dle.rae.es/previsible> [Última consulta: 28 de marzo de 2021].

⁸⁹⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone, C-557/12, apartado 74.

⁸⁹⁹ Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge...”, cit., p. 274; Maarten Pieter SCHINKEL, Jan TUINSTRA y Jakob RÜGGERBERG (2005), “Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion”, *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02*, pp. 6-7, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=730384>; y Germain GAUDIN y Franziska WEBER (2021), “Antitrust Damages, Consumer Harm, and Consumer Collective Redress”, cit., p. 6.

Asimismo, también puede afirmarse que la decisión lícita y razonable del comprador directo consistente en el traslado de los cambios en sus costes a sus clientes no es, a efectos de la relación casual, una conducta capaz de romper el nexo causal y tornar el daño en una consecuencia excesivamente alejada de la infractora.⁹⁰⁰ Sobre esta consideración se construye la presunción de repercusión del art. 79.2 LDC como se desprende del tenor literal del primer apartado del mismo artículo:

“Cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de la prueba de la existencia y cuantía de tal repercusión recaerá sobre la parte demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros”⁹⁰¹.

La discusión, ahora, se desplaza a la delimitación de los mercados subsiguientes relevantes a efectos de la repercusión.

Los mercados “aguas abajo” pueden dividirse en dos categorías. Por un lado, los mercados directamente subsiguientes al mercado donde se ha

⁹⁰⁰ Especialmente, si se considera que los compradores indirectos tienen legitimación activa.

⁹⁰¹ Art. 79.1 LDC.

cometido la infracción.⁹⁰² Por otro lado, aquellos mercados relacionados.⁹⁰³

No hay ninguna duda respecto a la repercusión en los mercados directamente subsiguientes. En estos casos, el mercado siempre se considera relevante y, si se demuestra que ha habido repercusión, es probable que se reduzca la indemnización. Prueba de ello es la forma de explicar el funcionamiento en los instrumentos de *soft law* preparados para la Comisión⁹⁰⁴ o elaborados por esta institución⁹⁰⁵. Como puede apreciarse, la ilustración del funcionamiento de la repercusión es lineal hacia abajo en el mercado subsiguiente, donde otro comprador o el consumidor final pueden ser compradores indirectos.

La cuestión se complica cuando nos planteamos la relevancia de los mercados conectados de forma menos directa.

Hay pocas dudas respecto a que el mercado relevante puede ser diferente a la cadena del mercado donde se cometió la infracción porque el comprador indirecto puede comprar “productos o servicios que fueron objeto de la infracción, o productos o servicios que los contengan o que deriven de ellos”⁹⁰⁶. Esto implica que los compradores directos e indirectos pueden vender el producto cartelizado como tal o

⁹⁰² Gráficamente hablando, estos serían los situados inmediatamente debajo del mercado donde se ha producido la infracción.

⁹⁰³ Gráficamente hablando, estos serían los mercados situados en una línea diagonal.

⁹⁰⁴ Entre otros, RBB y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, cit., p. 9.

⁹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm...*, cit., p. 49, y COMISIÓN EUROPEA (2019), *Comunicación de la Comisión Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., p. 8.

⁹⁰⁶ DA4.24 LDC y artículo 2.24 Directiva de Daños.

como parte integrante del nuevo producto. La propia definición de comprador indirecto, por tanto, debería poner fin a la discusión y admitir que cualquier mercado “aguas abajo” es relevante a efectos de una posible repercusión. La jurisprudencia menor ha demostrado que no es así.

Esto, no obstante, ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, en el caso *Otis GmbH*.⁹⁰⁷

En este caso, enmarcado en el cártel de ascensores y escaleras mecánicas de Austria,⁹⁰⁸ la infracción consistió en asegurarse de que el miembro del cártel obtuviera un precio superior al que habría obtenido si la competencia no se hubiera visto afectada. El 14 de diciembre de 2007, el *Kartellgericht* sancionó a Otis, Schindler y Kone, entre otros, y el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de Austria) confirmó la sentencia el 8 de octubre de 2008.

El 2 de febrero de 2010, el *Land Oberösterreich* (el Estado Federado de Alta Austria) y otras entidades (de ahora en adelante, “el Estado Federado”) ejercitaron su pretensión de daños para verse compensados por los perjuicios sufridos por el cártel. El Estado Federado se vio afectado porque concedió préstamos por una cantidad superior como consecuencia del incremento ilícito del precio de la instalación de los ascensores y no pudo invertir ese exceso al tipo de interés de los préstamos federales. La indemnización solicitada en el proceso principal

⁹⁰⁷ STJUE de 12 de diciembre de 2019, *Otis GmbH*, C-435/18.

⁹⁰⁸ En este mismo cártel se enmarca la STJUE de 5 de junio de 2014, *Kone AG*, C-557/12.

es la “diferencia entre los intereses satisfechos por los beneficiarios y los intereses que se habrían percibido si el importe de la ayuda, excesivo a consecuencia del cártel, se hubiera invertido al tipo de interés medio de los bonos federales”⁹⁰⁹.

El *Handelsgericht Wien* (Juzgado de lo Mercantil de Viena) desestimó la pretensión, porque consideró que la pérdida del Estado Federado era indirecta y, por tanto, no cabía su compensación. La demandante recurrió en apelación y el *Oberlandsgericht Wien* (Tribunal Superior Regional de Viena) revocó la decisión al considerar que la defensa de la competencia alcanzaba también aquellos daños económicos que han incurrido en costes superiores consecuencia de la afectación de la competencia.

Las demandadas recurrieron la decisión ante el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de Austria), el tribunal remitente. El tribunal reconoció que aquellos afectados por una infracción del derecho de la competencia tienen derecho al resarcimiento de los daños, pero recordó que el Estado Federado no es un actor que participe directamente en el mercado, sino un prestamista que cuya actividad permite la operatividad del mercado. Asimismo, añadió que las pérdidas necesitan un vínculo causal con la infracción, cuyos requisitos deben respetar el principio de efectividad, y reconoció que la pérdida sufrida por la demandante era consecuencia de la pérdida sufrida por una empresa afectada por la infracción.

⁹⁰⁹ Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 29 de julio de 2019, *Otis GmbH y otros contra Land Oberösterreich y otros*, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, apartado 15.

En estas circunstancias, el tribunal suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con, esencialmente, este contenido: ¿debe el artículo 101 ser interpretado “en el sentido de que las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel, pero que han concedido subvenciones, en forma de préstamos en condiciones favorables, a los compradores de productos ofrecidos en dicho mercado pueden solicitar que se condene a las empresas que participaron en dicho cártel a reparar el daño sufrido por esas personas por el hecho de que, al ser el importe de dichas subvenciones más elevado de lo que habría correspondido de no existir el mencionado cártel, dichas personas no han podido utilizar la diferencia para otros fines más lucrativos”⁹¹⁰?

El TJUE recuerda que el artículo 101 TFUE tiene efecto directo en las relaciones entre particulares y, por esto, cualquier persona tiene una pretensión por los daños causados por una infracción de este precepto y que, si no fuera así, el sistema de defensa de la competencia en la UE se vería perjudicado o, cuanto menos, puesto en entredicho.⁹¹¹ En este aspecto, la normativa nacional se aplica en aquellas materias no reguladas por el Derecho de la UE y tendrá que interpretarse teniendo en cuenta la finalidad del artículo 101 TFUE y el contenido del principio

⁹¹⁰ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 20.

⁹¹¹ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartados 21-24, citando las conocidas SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Courage, C-453/99; de 13 de julio de 2006, Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04; de 5 de junio de 2014, Kone, C-557/12; y de 14 de marzo de 2019, Skanska, C-724/17.

de efectividad.⁹¹² Por ello, la legitimación activa no puede únicamente limitarse a las empresas que operen en el mercado afectado.⁹¹³

Todo perjuicio causalmente conectado con el cártel provoca el nacimiento de una pretensión y no es necesario que la pérdida se encuentre siempre en el ámbito de protección del artículo 101.1 TFUE⁹¹⁴. El Estado Federado tiene una pretensión de daños y, por tanto, legitimación activa para demandar, pero tendrá que probar que el daño fue real⁹¹⁵ y que existe un vínculo causal entre la infracción y la pérdida⁹¹⁶.

El TJUE concluye afirmando: “El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel, pero que han concedido subvenciones en forma de préstamos en condiciones favorables a compradores de productos ofrecidos en ese mercado, pueden solicitar que se condene a las empresas que participaron en dicho cártel a reparar el perjuicio que han sufrido debido a que, al ser el importe de dichas subvenciones más elevado que el que habría resultado

⁹¹² STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartados 25-26.

⁹¹³ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 27; y Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 29 de julio de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 78.

⁹¹⁴ En otro caso, los cartelistas no responderían por todos los daños causados por el acuerdo. STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 31.

⁹¹⁵ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 33: “(...) si dicha autoridad tenía o no la posibilidad de realizar inversiones más lucrativas (...)”.

⁹¹⁶ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, apartado 33: “(...) si dicha autoridad aporta las pruebas necesarias de la existencia de un nexo causal entre dicho perjuicio y el cártel controvertido”.

de no existir el mencionado cártel, esas personas no han podido utilizar esa diferencia para otros fines más lucrativos”⁹¹⁷.

Por tanto, el TJUE, siguiendo la línea de la sentencia del caso Kone, incrementa el número de personas afectadas por el cártel con legitimación activa. En este caso, incluye a aquellos que no actúan como operadores económicos en el mercado afectado, sino como facilitadores de la actividad.

Los efectos de esta sentencia son dobles. Por un lado, confirma que la relación causal suficientemente directa es suficiente para el nacimiento de una pretensión en un perjudicado, sin que sea necesario que sea un participante activo en el mercado cartelizado. Por otro lado, como corolario del anterior, la repercusión sobre un mercado tangencialmente vinculado con el afectado por la infracción es relevante y puede ser tenida en cuenta para oponer la excepción de traslación del sobrecoste.

El último elemento, especialmente relevante para la pretensión del comprador indirecto, es la relevancia de la conducta del comprador directo que decidió repercutir el sobrecoste.

En sede de imputación objetiva se busca eliminar las conductas a las que no puede atribuirse el perjuicio causado a pesar de contarse entre sus antecedentes causales. Para ello, existen diferentes criterios

⁹¹⁷ STJUE de 12 de diciembre de 2019, Otis GmbH, C-435/18, fallo.

normativos y los relevantes a estos efectos son la prohibición de regreso y el ámbito de protección de la norma⁹¹⁸.

Por el criterio de la prohibición de regreso, se niega “la imputación del evento dañoso, cuando, en el proceso causal que desembocó en aquel, puesto en marcha por el responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero”⁹¹⁹. El criterio del ámbito de protección de la norma excluye la responsabilidad del responsable por los daños que ocurran más allá de la finalidad que la norma buscara proteger.⁹²⁰

La conducta del comprador directo y todos aquellos situados entre el infractor y el demandante tienen, sin duda, algún efecto en el curso causal, pues que el perjuicio se siga extendiendo depende de sus políticas de precios. Ahora bien, no puede exigírseles que, en todo caso y con independencia de sus circunstancias, absorban el sobrecoste o lo repercutan.

Esta decisión, si supone la traslación a sus propios clientes, es esperable, aceptable y no significará la ruptura del nexo causal.⁹²¹ Los perjuicios

⁹¹⁸ En la jurisprudencia del TJUE, el ámbito de protección de la norma no ha sido el criterio mejor recogido. En su lugar, se ha utilizado más la “relación causal directa”. Es cierto, no obstante, que la no armonización de la causalidad en sus dos vertientes se debe a que el legislador europeo entendió que las especialidades nacionales en esta materia pueden ser, al final, equivalentes unas de otras y que la efectividad del Derecho de la Unión Europea atenuará esas diferencias. Al respecto, Assimakis P KOMMINOS (2008), *EC Private Antitrust Enforcement...*, cit., p. 209.

⁹¹⁹ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1985.

⁹²⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), “Artículo 1902”, cit., p. 1986.

⁹²¹ En palabras de la Abogada General Kokott, “es irrelevante la libertad de la decisión empresarial de la empresa no perteneciente al cartel. (...) [L]a realización del daño para el comprador indirecto depende exclusivamente de la libre decisión empresarial de un tercero (el comprador intermedio), pues sólo cuando éste repercute a sus propios

que sufren los compradores indirectos están incluidos en el ámbito de protección de la norma de los artículos 101 y 102 TFUE, cuyo fin es “la creación y el mantenimiento de un sistema de competencia no falseada en el mercado europeo (...) [y] [a] esta aspiración (...) sirven tanto los mecanismos de aplicación privados como los públicos del Derecho de la competencia”⁹²². Sin duda, el daño que se ha extendido hasta el comprador indirecto está incluido en el ámbito de protección de los artículos 101 y 102 TFUE (y sus equivalentes nacionales) y el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias de estos perjudicados favorece su efectividad.

Sí será legal y causalmente relevante la decisión contraria: la ausencia de repercusión al siguiente eslabón de la cadena. Cuando esto ocurre, el infractor puede verse liberado de su responsabilidad para con ese comprador indirecto, pues no ha padecido daño alguno relacionado con la infracción. Esta situación muestra que la presunción de repercusión total a los compradores indirectos es una inversión de la carga de la prueba⁹²³ que los infractores pueden desvirtuar para demostrar que no ha habido compensación o que, en su caso, ha sido parcial.

clientes los precios de los participantes en el cártel, inflados en contra de la competencia, sufren el daño los compradores indirectos. Las prácticas concertadas de los miembros del cártel, por tanto, no son la única causa del daño sufrido por sus compradores indirectos. Y a pesar de ello recientemente se ha impuesto la opinión de que tales daños también deben ser reparados.” Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone, C-557/12, apartado 38.

⁹²² Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 30 de enero de 2014, Kone, C-557/12, apartado 56.

⁹²³ Elena Cristina TUDOR (2016), *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos...*, cit., p. 285.

La demandada podrá recurrir a una prueba pericial para demostrar que se ha producido la repercusión y que el incremento de los precios se debe, en parte, a la infracción. También la utilizará para desvirtuar la presunción de repercusión ante una demanda de un comprador indirecto.⁹²⁴ Para ello, podrá recurrir tanto a la información que tenga a su disposición como a aquella que pueda obtener mediante el acceso a medios de prueba previa solicitud judicial.

Los compradores indirectos recurrirán también a la prueba pericial para acreditar que se cumplen los tres requisitos para acreditar la repercusión: la existencia de la infracción, que ha tenido un sobrecoste como efecto para el comprador directo y que ha adquirido el bien o servicio afectado o uno que lo contuviera. La resolución sancionadora de la Autoridad de la competencia sería el medio idóneo para probar la primera y la presunción de que los cárteles causan daño, la segunda, junto con los indicios que pueden aportar las sentencias en las que haya quedado acreditado o, cuanto menos, se haya cuantificado. El problema radica en el tercer elemento: la prueba de ello necesita que la persona tenga la documentación relevante. En función del tipo de comprador indirecto, especialmente cuanto más lejos nos encontremos de la infracción, y de la distancia temporal entre la adquisición y el ejercicio de la pretensión, más complejo será que guarden facturas u otros documentos que acrediten cuándo y, más importante, a quién se compró el producto afectado por el cártel.

⁹²⁴ Aunque desvirtuarla debe ser posible, no tiene que ser tampoco sencillo pues, de otro modo, las pretensiones de los compradores indirectos serían papel mojado y la aplicación del derecho de la competencia, ineficiente, Katri HAVU (2019), “Causation and Damage: What the Directive Does Not Solve and Remarks on Relevant EU Law”, cit., p. 198.

IV. La cuantificación del sobrecoste repercutido

La cuantificación de la cuota repercutida y soportada y, en su caso, de las ventas perdidas, presenta una complejidad sustancial para demandantes y demandados por la imposibilidad de observar cómo habría funcionado el mercado si la infracción no se hubiera llevado a cabo. Por tanto, las estimaciones aportadas por las partes siempre serán imprecisas.

En agosto de 2019, la Comisión Europea, siguiendo el mandato recogido en el artículo 16 de la Directiva 2014/104, publicó las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto”⁹²⁵. En ellas, la Comisión recoge los diferentes métodos que considera más adecuados para cuantificar el sobrecoste trasladado aguas abajo y las ventas perdidas. Por su contenido y estructura, es un documento que completa la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹²⁶ y la Guía Práctica que la acompaña^{927 928}.

⁹²⁵ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Comunicación de la Comisión Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit.

⁹²⁶ COMISIÓN EUROPEA (2013a), *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios...*, cit.

⁹²⁷ COMISIÓN EUROPEA (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm ...*, cit.

⁹²⁸ COMISIÓN EUROPEA (2019), *Comunicación de la Comisión Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales...*, cit., apartado 2; Ignacio GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ (2020), “Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos

Si, atendidas las circunstancias del caso concreto, la cuantificación es excesivamente difícil o prácticamente imposible, el órgano jurisdiccional podrá estimar la cuantía del sobrecoste soportado, la cuota repercutida y las ventas perdidas. Esta facultad judicial está indubitadamente contemplada para las pretensiones de los compradores indirectos para evitar que, por este motivo, su acción sea desestimada. Respecto a la estimación de la cuota repercutida cuando se trata de la excepción, puede considerarse que no la alcanza⁹²⁹ porque se trata de una alegación que obsta el éxito de la pretensión y podría conllevar la ausencia de responsabilidad. Ahora bien, la efectividad del principio compensatorio requiere que también pueda estimarse en este caso, siempre que prueben que trasladar el sobrecoste era posible atendiendo a las circunstancias del mercado en cuestión^{930 931}.

jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto””, cit., p. 537.

⁹²⁹ Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2021), “La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia”, cit., p. 32.

⁹³⁰ Ignacio GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ (2020), “Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto””, cit., pp. 539-540

⁹³¹ Sobre la cuantificación y la estimación judicial, véase Cap. 2.IV.3 de este trabajo.

Conclusiones

I.

La repercusión del sobrecoste es una respuesta de la empresa que sufre una variación en sus costes consistente en el incremento del precio del bien o servicio que ofrece para que otra persona cargue con ella y, así, reducir su impacto. Aunque sea la respuesta racional ante un fenómeno de esta naturaleza, su posibilidad y extensión depende de la situación de la empresa en el mercado que opera y del impacto concreto de la infracción. Por ello, no puede presumirse la existencia de una repercusión típica.

El sobrecoste es la unidad básica del perjuicio que causan los cárteles. Dotar de relevancia a la repercusión del sobrecoste a lo largo de la cadena de producción y comercialización tiene una doble implicación. Primero, el daño sufrido puede extenderse “aguas abajo” hasta el consumidor final. Segundo, el comprador directo y todos aquellos que tienen la posibilidad de repercutirlo reducen la cuantía del sobrecoste soportado, y del perjuicio que les irroga la infracción, en la medida en que lo consiguen.

Las traducciones de estas realidades en el ordenamiento jurídico son la concesión de legitimación activa de los compradores indirectos y la admisión de la excepción de repercusión del sobrecoste, respectivamente. A su vez, esta situación confirma que la pretensión de daños causados por cárteles tiene una finalidad exclusivamente compensatoria, como contraposición a los ordenamientos que han

limitado sus efectos para mantener la naturaleza preventiva y punitiva de las pretensiones indemnizatorias.

II.

Ante la ausencia de una regulación positiva, el Tribunal Supremo español recurrió a los principios de derecho español de daños y derecho procesal para elaborar los criterios relativos al uso de la repercusión del sobrecoste como excepción. Así ocurre también en otros ordenamientos jurídicos. En concreto, para su estimación era necesario que el demandado pruebe el incremento del precio y la ausencia de lucro cesante.

La decisión de configurarla en función de las ventas perdidas, aunque oportuna para la resolución del caso que lo requería, no es compatible con la actual normativa recogida en la Ley de Defensa de la Competencia. La dependencia de la prueba de que no ha habido lucro cesante con la repercusión puede tornar excesivamente difícil la oponibilidad de la excepción.

Esto no significa que deba aceptarse cualquier alegación de repercusión: la demandada debe probar que era posible repercutir e intentar cuantificar la cuota trasladada para evitar la falta de efectividad de la pretensión y la impunidad de los infractores demandados por desincentivo de pretensiones de compradores directos e indirectos.

III

Varias instituciones de derecho privado se postulan como posibles fundamentos para dotar de relevancia legal a la repercusión del sobrecoste. La extensión del daño sufrido y el principio compensatorio es, a todas luces, la más adecuada porque cubre la manifestación de concesión de legitimación activa y el reconocimiento de la posibilidad de oponer la excepción. Su función es, por tanto, que cada persona sea repuesta en la situación en la que estaría si la infracción no se hubiera cometido.

A pesar de que en un sentido no técnico el demandante esté mitigando el efecto de la infracción o esté compensando el cambio en sus costes, no por ello se trata de una manifestación del deber de mitigar el daño o de una suerte de *compensatio lucri cum damno*. Tampoco se enriquecería injustificadamente un comprador directo indemnizado por una cuantía superior al daño: la transmisión patrimonial encuentra su fundamento en la decisión judicial.

IV

Los compradores indirectos tienen una pretensión contra los infractores como consecuencia del daño masivo y su dispersión a lo largo de la cadena de producción y comercialización. Su efectividad, no obstante, requiere replantear el sistema de litigación colectiva. Es necesario que personas físicas o jurídicas que no sean consumidores finales tengan acceso a medios de tutela de intereses colectivos. En otro caso, su legitimación activa puede convertirse en papel mojado.

Sería óptimo configurar un sistema de acciones colectivas que admita acciones *opt-in* y *opt-out*, aunque el interés protegido no sea difuso o supraindividual, para evitar que la necesidad de identificar a las víctimas en todos los casos, especialmente cuando se trata de compradores indirectos con una pequeña porción del daño. Asimismo, el grupo de afectados que pretende ejercer la acción no tendría que limitarse a consumidores finales. En otro caso, se desincentivaría el ejercicio de la pretensión indemnizatoria y conllevaría la falta de responsabilidad de los infractores. El legislador español tiene en la transposición de la Directiva 2020/1828 una oportunidad para configurar este tipo de acciones y extender el ámbito de aplicación material a las pretensiones indemnizatorias por daños causados por cárteles. Así, se alcanzarían la compensación de las víctimas y la mejora en la eficiencia del sistema.

Compradores directos e indirectos que pretenden ejercer la pretensión indemnizatoria se enfrentan a un contexto de clara incertidumbre causal. Para que esto no sea un obstáculo para la efectividad de estas pretensiones, debería admitirse en estos casos la prueba probabilística de la existencia del nexo causal en lugar de exigir un nivel rayano a la certeza.

Barcelona, mayo de 2021

Conclusions (in English)

I.

Passing-on an overcharge is the undertaking's response to a change in its costs that consists of rising the price of the good or service offered so that a third party bears the burden of the overcharge. It reduces its impact on the undertaking's accounts. Even though it is a rational conduct when facing such a contingency, its plausibility and extent depend on the undertaking's situation on the market and the spread of the infringement of competition law that caused the overcharge. Hence, it is submitted that there is no passing-on rate that can be presumed.

The overcharge is the fundamental unit of the harm caused by a cartel. Granting legal relevance to an overcharge pass-through down the production and commercialisation chain has two consequences. On the one hand, the damage extends to downstream markets reaching final consumers. On the other hand, direct and indirect purchasers, who can pass the overcharge on, suffer a smaller harm inasmuch as they are able to pass it through effectively.

The impact of these circumstances is twofold: indirect purchasers have legal standing to bring damages claims, and defendants can oppose the passing-on defence when facing these claims. Likewise, they confirm that competition law damages claims have a compensatory aim, contrary to those jurisdictions where they restricted the consequences of any pass-on to shield the deterring and punitive nature of antitrust damages claims.

II

When there was no legal rule regarding pass-on, the Spanish Supreme Court elaborated the criteria to decide whether the overcharge had been passed through on Spanish tort and procedural law principles. A similar reasoning used courts in other jurisdictions. The defendant has to show there was a price increase and that the claimant suffered no *lucrum cessans*.

The decision of making the passing-on defence dependent upon the sales lost is not compatible with the current wording of art. 78 of the Spanish Defence of Competition Act, even though it had to be taken to make a judgment. This reliance on the absence of *lucrum cessans* can make the acceptance of the defence excessively difficult.

However, this does not mean that the pass-on defence must be accepted whenever raised: the defendant must prove that, given the circumstances of the case, pass through was possible and estimate the amount passed on. Otherwise, it may lead to the ineffectiveness of these damages claims and, hence, a scenario of no liability of competition law infringers caused by the direct and indirect purchasers' lack of incentives to bring their claims against them.

III

Several institutions of private law are allegedly the foundation of the legal effects of pass-on. The extension of the harm suffered and the compensatory principles are doubtless the most likely option: they encompass granting legal standing to indirect purchasers to avoid having them undercompensated and the recognition of the passing-on defence to prevent windfall awards. Thus, it is submitted that its purpose is to place all aggrieved parties in the situation they would have been absent the cartel infringement.

Although direct purchasers may be mitigating the effect of the anticompetitive conduct or compensating the change in their costs, pass-on is no performance of the duty to mitigate losses or a sort of *compensation lucri cum damno*. Likewise, a windfall award would not lead to an unjustified enrichment of the claimant: the award would be paid by virtue of a court decision.

IV

Indirect purchasers have a damages claim against competition law infringers because the cartel's harm is massive and diffuse down the product's commercialisation chain. Its effectiveness, however, requests new collective redress mechanisms. Aggrieved parties need means to bring their damages claims as a group, regardless of being final consumers. Alternatively, their legal standing may come to nought.

The collective redress mechanism should admit opt-in and opt-out claims, even if the protected interest is not supra-individual, to avoid identifying each victim to file the suit, especially claimants are indirect purchasers holding a small stake of the total harm each. It should also be open to any claimant, irrespective of being a final consumer. Otherwise, they would be discouraged to bring damages claims, and infringers would reduce their liability. The transposition of Directive 2020/1828 is the perfect opportunity for the Spanish legislature to set such collective redress mechanism and widen its material scope by including competition law damages claims. Hence, the system would achieve the compensation of victims and an effective enforcement of competition law.

Direct and indirect purchasers face a scenario of causal uncertainty when bringing a damages claim. Causation becomes an element that can put these claims in jeopardy. Hence, courts should be satisfied if claimants prove that it was more probable than not that the harm was caused by the infringement rather than requesting a level of evidence close to certainty.

Barcelona, May 2021

Tabla de jurisprudencia

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
STC 71/1982, de 30 de noviembre	Jerónimo Arozamena Sierra	ECLI:ES:TC:1982:71

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
STS, 1ª, de 15 de diciembre de 1981	Carlos de la Vega Benayas	ECLI:ES:TS:1981:247
STS, 1ª, 593/1993, de 15 de junio	Francisco Morales Morales	ECLI:ES:TS:1993:4107
STS, 1ª, 26/1996, de 25 de enero	Alfonso Villagómez Rodil	ECLI:ES:TS:1996:373
STS, 1ª, 957/1998, de 17 de octubre	Alfonso Villagómez Rodil	ECLI:ES:TS:1998:5959
STS, 1ª, 896/2002, de 26 de septiembre	Clemente Auger Liñan	ECLI:ES:TS:2002:6203
STS, 1ª, 620/2003, de 19 de junio	Xavier O'Callaghan Muñoz	ECLI:ES:TS:2003:4261
STS, 1ª, 1217/2004, de 23 de diciembre	Francisco Marín Castán	ECLI:ES:TS:2004:8442
STS, 1ª, 301/2008, de 8 de mayo	Roman García Varela	ECLI:ES:TS:2008:1564
STS, 1ª, 109/2009, de 26 de febrero	Francisco Marín Castán	ECLI:ES:TS:2009:897
STS, 1ª, 606/2011, de 20 de julio	Xavier O'Callaghan Muñoz	ECLI:ES:TS:2011:5550
STS, 1ª, 344/2012, de 8 de junio	José Ramón Ferrándiz Gabriel	ECLI:ES:TS:2012:5462
STS, 1ª, 641/2012, de 6 de noviembre	Francisco Marín Castán	ECLI:ES:TS:2012:6998
STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre	Rafael Sarazá Jimena	ECLI:ES:TS:2013:5819
STS, 1ª, 290/2014, de 10 de septiembre	Francisco Javier Orduña Moreno	ECLI:ES:TS:2014:3907
STS, 3ª, de 25 de septiembre de 2014	Juan Gonzalo Martínez Micó	ECLI:ES:TS:2014:3731

STS, 1ª, 754/2014, de 31 de diciembre	Ignacio Sancho Gargallo	ECLI:ES:TS:2014:5531
STS, 1ª, 634/2014, de 9 de enero	Ignacio Sancho Gargallo	ECLI:ES:TS:2015:191
STS, 4ª, de 17 de febrero de 2015	María Lourdes Arastey Sahun	ECLI:ES:TS:2015:991
STS, 1ª, 123/2015, de 4 de marzo	Rafael Sarazá Jimena	ECLI:ES:TS:2015:669
STS, 3ª, de 24 de febrero de 2016	Jesús Cudero Blas	ECLI:ES:TS:2016:701
STS, 4ª, 664/2017, de 12 de septiembre	Antonio Vicente Sempere Navarro	ECLI:ES:TS:2017:3315
STS, 1ª, 613/2017, de 16 de noviembre	Francisco Javier Orduña Romero	ECLI:ES:TS:2017:4063
STS, 3ª, 217/2018, de 13 de febrero	Jesús Cudero Blas	ECLI:ES:TS:2018:308
STS, 1ª, 81/2018, de 14 de febrero	Pedro José Vela Torres	ECLI:ES:2018:414
STS, 3ª, 220/2018, de 14 de febrero	Francisco José Navarro Sanchis	ECLI:ES:TS:2018:490
STS, 3ª, 491/2019, de 9 de abril	Ángel Aguallo Avilés	ECLI:ES:TS:2019:1206
STS, 1ª, 579/2020, de 4 de noviembre	Ignacio Sancho Gargallo	ECLI:ES:TS:2020:3605

Audiencia Nacional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SAN 104/2017, de 17 de marzo	Berta María Santillán Pedrosa	ECLI:ES:AN:2017:1274

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SAP Madrid 370/2011, de 3 de octubre	María Victoria Salcedo Ruiz	ECLI:ES:APM:2011:12900
SAP Cáceres 517/2012, de 4 de diciembre	Luis Aurelio Sanz Acosta	ECLI:ES:APCC:2012:967
SAP Barcelona 4/2013, de 8 de enero	María Elena Boet Serra	ECLI:ES:APB:2013:437
SAP Zaragoza 358/2015, de 1 de septiembre	Pedro Antonio Pérez García	ECLI:ES:APZ:2015:1823
SAP Valencia 1680/2019, de 16 de diciembre	Purificación Zulueta Martorell	ECLI:ES:APV:2019:4152

SAP Valencia 1723/2019, de 20 de diciembre	Purificación Zulueta	Martorell	ECLI:ES:APV:2019:5941
SAP Barcelona 45/2020, de 10 de enero	José María Ribelles Arellano		ECLI:ES:APB:2020:58
SAP Barcelona 46/2020, de 10 de enero	Luis Rodríguez Vega		ECLI:ES:APB:2020:59
SAP Barcelona 51/2020, de 10 de enero	José María Ribelles Arellano		ECLI:ES:APB:2020:201
SAP Barcelona 58/2020, de 13 de enero	Juan Francisco Martín	Garnica	ECLI:ES:APB:2020:186
SAP Barcelona 60/2020, de 13 de enero	Marta Cervera Martínez		ECLI:ES:APB:2020:184
SAP Barcelona 64/2020, de 13 de enero	Juan Francisco Martín	Garnica	ECLI:ES:APB:2020:60
SAP Barcelona 65/2020, de 13 de enero	José María Fernández Seijo		ECLI:ES:APB:2020:185
SAP Barcelona 66/2020, de 13 de enero	José María Fernández Seijo		ECLI:ES:APB:2020:698
SAP Valencia 80/2020, de 23 de enero	Purificación Zulueta	Martorell	ECLI:ES:APV:2020:292
SAP Madrid 63/2020, de 3 de febrero	Gregorio Plaza González		ECLI:ES:APM:2020:1
SAP Madrid 64/2020, de 3 de febrero	Alberto Arribas Hernández		ECLI:ES:APM:2020:2
SAP Valencia 238/2020, de 18 de febrero	Luis Sella Roca de Togores		ECLI:ES:APV:2020:1982
SAP Valencia 252/2020, de 24 de febrero	Rosa María Andrés Cuenca		ECLI:ES:APV:2020:1165
SAP Barcelona 603/2020, de 17 de abril	Marta Cervera Martínez		ECLI:ES:APB:2020:2567
SAP Zamora 405/2020, de 16 de octubre	Ana Descalzo Pino		ECLI:ES:APZA:2020:501
SAP Cáceres 904/2020, de 12 de noviembre	Antonio María Floriano	González	ECLI:ES:APCC:2020:1072
SAP Valencia 1284/2020, de 17 de noviembre	Purificación Zulueta	Martorell	ECLI:ES:APV:2020:4230
SAP Cáceres 926/2020, de 19 de noviembre	María Luz Charco Gómez		ECLI:ES:APCC:2020:1135
SAP Oviedo 2003/2020, de 23 de noviembre	Miguel Juan Covián Regales		ECLI:ES:APO:2020:4760
SAP Pontevedra 706/2020, de 23 de diciembre	Jacinto José Pérez Benítez		ECLI:ES:APPO:2020:2319
SAP San Sebastián 78/2021, de 15 de enero	Beatriz Hilinger Cuellar		ECLI:ES:APSS:2021:1

SAP Oviedo 21/2021, de 19 de enero	Miguel Juan Covián Regales	ECLI:ES:APO:2021:20
SAP Girona 39/2021, de 27 de enero	Nuria Lefort Ruiz de Aguiar	ECLI:ES:APGI:2021:58
SAP Oviedo 28/2021, de 28 de enero	Javier Antón Guijarro	ECLI:ES:APO:2021:118
SAP Zaragoza 118/2021, de 4 de febrero	Alfonso María Martínez Areso	ECLI:ES:APZ:2021:154
SAP A Coruña 42/2021, de 8 de febrero	Pablo Sócrates González-Carrero Fojón	ECLI:ES:APC:2021:21
SAP Valladolid 165/2021, de 12 de marzo	Ignacio Martín Verona	ECLI:ES:APVA:2021:22
AAP Madrid 139/2013, de 30 de septiembre	Pedro María Gómez Sánchez	ECLI:ES:APM:2013:2461A
AAP Oviedo 107/2019, de 18 de octubre	Javier Antón Guijarro	ECLI:ES:APO:2019:950A

Juzgado de lo Mercantil

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SJM Madrid 40/2014, de 25 de febrero	Jesús Miguel Alemany Eguidazu	ECLI:ES:JMM:2014:11
SJM 1 Zaragoza 198/2018, de 13 de diciembre	Juan Pablo Rincón Herrando	ECLI:ES:JMZ:2018:4752
SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2019:34
SJM 3 Valencia de 13 de marzo de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2019:187
SJM 1 Bilbao 161/2019, de 3 de abril	Marcos Francisco Bermúdez Ávila	ECLI:ES:JMBI:2019:547
SJM 3 Valencia de 7 de mayo de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2019:222
SJM 3 Valencia de 15 de mayo de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2019:510
SJM 2 Alicante de 18 de junio de 2019	Salvador Calero García	-
SJM 2 Valencia 208/2019, de 17 de julio	Jacinto Talens Seguí	ECLI:ES:JMV:2019:803
SJM 7 Barcelona 237/2019, de 12 de septiembre	Raúl Nicolás García Orejudo	ECLI:ES:JMB:2019:1121
SJM 3 Valencia de 13 de septiembre de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2019:1002
SJM 1 Pontevedra 188/2019, de 16 de octubre	Manuel Marquina Álvarez	ECLI:ES:JMPO:2019:1145

SJM 3 Valencia de 10 de diciembre de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMVA:2019:4122
SJM 2 Pontevedra 223/2019, de 18 de diciembre	Núria Fachal Noguer	ECLI:ES:JMPO:2019:4341
SJM 3 Valencia de 30 de diciembre de 2019	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMVA:2019:1265
SJM 1 Oviedo 45/2020, de 18 de febrero	María del Carmen Márquez Jiménez	ECLI:ES:JMO:2020:569
SJM 1 Valladolid 37/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:778
SJM 1 Valladolid 38/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:809
SJM 1 Valladolid 39/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:808
SJM 1 Valladolid 40/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:771
SJM 1 Valladolid 41/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:782
SJM 1 Valladolid 42/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:772
SJM 1 Valladolid 45/2020, de 3 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:812
SJM 9 Madrid 177/2020, de 13 de marzo	María Teresa Vázquez Pizarro	ECLI:ES:JMM:2020:1552
SJM 1 Valladolid 50/2020, de 13 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2307
SJM 1 Valladolid 49/2020, de 13 de marzo	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2238
SJM 1 Badajoz 59/2020, de 20 de abril	Zaira Vanesa González Amado	ECLI:ES:JMBA:2020:1341
SJM 1 Valladolid 68/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2270
SJM 1 Valladolid 69/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2273
SJM 1 Valladolid 70/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2269
SJM 1 Valladolid 71/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2274
SJM 1 Valladolid 72/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2271
SJM 1 Valladolid 73/2020, de 24 de junio	Javier Escarda de la Justicia	ECLI:ES:JMVA:2020:2377
SJM 3 Oviedo 100/2020, de 6 de julio	María del Carmen Márquez Jiménez	ECLI:ES:JMO:2020:2358

SJM 3 Oviedo 101/2020, de 6 de julio	María del Carmen Márquez Jiménez	ECLI:ES:JMO:2020:2391
SJM 3 Oviedo 103/2020, de 6 de julio	María del Carmen Márquez Jiménez	ECLI:ES:JMO:2020:2392
SJM 3 Oviedo 106/2020, de 6 de julio	María del Carmen Márquez Jiménez	ECLI:ES:JMO:2020:2394
SJM 1 Pamplona 108/2020, de 25 de agosto	Ángela Fernández Zabalegui	ECLI:ES:JMNA:2020:1619
SJM 1 Pamplona 109/2020, de 25 de agosto	Ángela Fernández Zabalegui	ECLI:ES:JMNA:2020:1617
SJM 1 Vitoria 126/2020, de 5 de noviembre	María Teresa Trinidad Santos	ECLI:ES:JMVI:2020:2573
SJM 3 Valencia 378/2020, de 9 de noviembre	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2020:2581
SJM 1 San Sebastián 327/2020, de 13 de noviembre	Pedro José Malagón Ruiz	ECLI:ES:JMSS:2020:4118
SJM 1 San Sebastián 328/2020, de 13 de noviembre	Pedro José Malagón Ruiz	ECLI:ES:JMSS:2020:4543
SJM 1 Vitoria 132/2020, de 17 de noviembre	María Teresa Trinidad Santos	ECLI:ES:JPI:2020:237
SJM 1 Vitoria 133/2020, de 17 de noviembre	María Teresa Trinidad Santos	ECLI:ES:JMVI:2020:2583
SJM 1 Vitoria 151/2020, de 1 de diciembre	María Teresa Trinidad Santos	ECLI:ES:JPI:2020:345
SJM 1 Murcia 231/2020, de 15 de diciembre	Juan Ignacio Martínez Aroca	ECLI:ES:JMMU:2020:5621
SJM 1 Murcia 232/2020, de 15 de diciembre	Juan Ignacio Martínez Aroca	ECLI:ES:JMMU:2020:5585
SJM 1 Vitoria 160/2020, de 21 de diciembre	María Teresa Trinidad Santos	ECLI:ES:JPI:2020:347
SJM Madrid 36/2021, de 25 de enero	Carlos Nieto Delgado	ECLI:ES:JMM:2021:4
SJM Tarragona 13/2021, de 19 de febrero	Cesar Amabilio Suárez Vázquez	ECLI:ES:JMT:2021:368
SJM 12 Madrid 55/2021, de 2 de marzo	Ana María Gallego Sánchez	ECLI:ES:JMM:2021:391
SJM 14 Madrid 63/2021, de 26 de marzo	Carmen González Suárez	ECLI:ES:JMM:2021:328
AJM 3 Valencia, de 3 de marzo de 2020	Eduardo Pastor Martínez	ECLI:ES:JMV:2020:21A
AJM Barcelona 369/2020, de 23 de noviembre	Lucía Martínez Orejas	ECLI:ES:JMB:2020:334A

Juzgado de Primera Instancia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SJPI Madrid 59/2010, de 1 de marzo	María del Rosario Campesino Temprano	ECLI:ES:JPI:2010:56
SJPI 6 Logroño 104/2020, de 28 de agosto	Rafael Yangüela Criado	ECLI:ES:JPI:2020:118

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SJPII 1 Cáceres 19/2020, de 6 de febrero	Guillermo Romero García-Mora	ECLI:ES:JPII:2020:1
SJPII 1 Toledo de 10 de noviembre de 2020	Lorena-África Sánchez Casanova	ECLI:ES:JPII:2020:384
SJPII 5 Melilla 15/2021, de 1 de febrero	Miguel Ángel García Gutiérrez	ECLI:ES:JPII:2021:2
SJPII 1 Teruel 18/2021, de 15 de febrero	Juan José Cortés Hidalgo	ECLI:ES:JPII:2021:3

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Tribunal de Justicia

<i>Tribunal, fecha y asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>ECLI</i>
STJUE de 19 de octubre de 1977, asuntos acumulados 117/76 y 16/77	Albert Ruckdeschel & Co. y Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contra Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Diamalt AG contra Hauptzollamt Itzehoe	ECLI:EU:C:1977:160
STJUE de 19 de octubre de 1977, asuntos acumulados 124/76 y 20/77	SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson y Société coopérative Providence agricole de la Champagne contra Office national interprofessionnel des céréales	ECLI:EU:C:1977:161
STJUE 4 de octubre de 1979, asuntos acumulados 64/76, 113/76, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79	P. Dumortier Frères SA y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1979:223
STJUE de 4 de octubre de 1979, 238/78	Ireks-Arkady GmbH contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1979:226
STJUE de 4 de octubre de	Deutsche Getreideverwertung und	ECLI:EU:C:19

1979, asuntos acumulados 241/78, 242/78, 245/78 a 250/78	Rheinische Kraftfutterwerke GmbH y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas	79:227
STJUE de 13 de febrero de 1979, 85/76	Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1979:36
STJUE de 27 de febrero de 1980, 68/79	Hans Just I/S contra Ministerio danés de asuntos fiscales	ECLI:EU:C:1980:57
STJUE de 27 de marzo de 1980, 61/79	Amministrazione delle finanze dello Stato contra Denkavit italiana Srl	ECLI:EU:C:1980:100
STJUE de 27 de mayo de 1981, asuntos acumulados 142/80 y 143/80	Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Essevi SpA y entreprise Carlo Salengo	ECLI:EU:C:1981:121
STJUE de 19 de mayo de 1982, asuntos acumulados 64/76, 113/76, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79	P. Dumortier Frères SA y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1982:184
STJUE de 6 de octubre de 1982, asuntos acumulados 261/78 y 262/78	Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG y Diamalt AG contra Comunidad Económica Europea	ECLI:EU:C:1982:329
STJUE de 18 de mayo de 1983, 256/81	Pauls Agriculture Limited contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1983:138
STJUE de 9 de noviembre de 1983, 199/82	Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA San Giorgio	ECLI:EU:C:1983:318
STJUE de 13 de noviembre de 1984, asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81	Birra Wührer SpA y otros contra Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:1984:341
STJUE de 25 de febrero de 1988, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 178/85	Les Fils de Jules Bianco y J. Girard Fils SA contra Directeur Général des douanes et droits indirects	ECLI:EU:C:1988:97
STJUE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90	Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana	ECLI:EU:C:1991:428
STJUE de 19 de mayo de 1992, asuntos	Mulder y otros contra Consejo y Comisión	ECLI:EU:C:1992:217

acumulados C-104/89 y C-37/90		
STJUE de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93	Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros	ECLI:EU:C:1996:79
STJUE de 14 de enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 a 218/95	Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects	ECLI:EU:C:1997:12
STJUE de 9 de febrero de 1999, C-343/96	Dilexport Srl contra Amministrazione delle Finanze dello Stato	ECLI:EU:C:1999:59
STJUE de 21 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98	Kapniki Michaílidis AE contra Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)	ECLI:EU:C:2000:479
STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99	Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros	ECLI:EU:C:2001:465
STJUE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01	Gerhard Köbler contra Republik Österreich	ECLI:EU:C:2003:513
STJUE de 2 de octubre de 2003, C-147/01	Weber's Wine World Handels-GmbH y otros contra Abgabenberufungskommission Wien	ECLI:EU:C:2003:533
STJUE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04	Vincenzo Manfredi y otros	ECLI:EU:C:2006:461
STJUE de 13 de marzo de 2007, C-524-04	Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue	ECLI:EU:C:2007:161
STJUE de 10 de abril de 2008, C-309/06	Marks & Spencer plc contra Commissioners of Customs & Excise	ECLI:EU:C:2008:211
STJUE de 24 de marzo de 2009, C-445/06	Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland	ECLI:EU:C:2009:178
STJUE 18 de junio de 2009, C-566/07	Staatssecretaris van Financiën contra Stadeco BV	ECLI:EU:C:2009:380
STJUE de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P, C-338/07 P	Papierfabrik August Koehler AG y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:C:2009:216

STJUE de 25 de noviembre de 2010, C-429/09	Günter Fuß contra Stadt Halle	ECLI:EU:C:2010:717
STJUE de 6 de septiembre de 2011, C-398/09	Lady & Kid A/S y otros contra Skatteministeriet	ECLI:EU:C:2011:540
STJUE de 20 de octubre de 2011, C-94/10	Danfoss A/S et Sauer-Danfoss ApS contre Skatteministeriet	ECLI:EU:C:2011:674
STJUE de 27 de febrero de 2014, C-82/12	Transportes Jordi Besora SL contra Generalitat de Catalunya	ECLI:EU:C:2014:108
STJUE de 5 de junio de 2014, C-557/12	Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG	ECLI:EU:C:2014:1317
STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-382/12	MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea	ECLI:EU:C:2014:2201
STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-67/13 P	Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comisión Europea	ECLI:EU:C:2014:2204
STJUE de 27 de abril de 2017, C-516/15 P	Akzo Nobel NV y otros contra Comisión Europea	ECLI:EU:C:2017:314
STJUE de 23 de noviembre de 2017, C-547/16	Gasorba et al v. Respsol Comercial de Productos Petrolíferos	ECLI:EU:C:2017:891
STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-500/16	Caterpillar Financial Services sp. z o.o. contra Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie	ECLI:EU:C:2017:996
STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-516/16	Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen contra Agrarmarkt Austria	ECLI:EU:C:2017:1011
STJUE de 1 de marzo de 2018, C-76/17	SC Petrotel-Lukoil SA y Maria Magdalena Georgescu contra Ministerul Economiei y otros	ECLI:EU:C:2018:139
STJUE de 4 de octubre de 2018, C-517/16	Nikolay Kantarev contra Balgaska Narodna Banka	ECLI:EU:C:2018:807
STJUE de 14 de marzo de 2019, c-724/17	Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy y otros	ECLI:EU:C:2019:204
STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-435/18	Otis GmbH y otros contra Land Oberösterreich y otros	ECLI:EU:C:2019:1069

Tribunal General/Tribunal de Primera Instancia

<i>Tribunal, fecha y asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>ECLI</i>
STPI de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02,	Bolloré SA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas	ECLI:EU:T:2007:115

T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02		
STGUE de 24 de mayo de 2012, T-111/08	MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea	ECLI:EU:T:201 2:260
STGUE de 12 de diciembre de 2018, T-677/14	Biogaran contra Comisión Europea	ECLI:EU: T:2018:910

REINO UNIDO

UK Supreme Court

<i>Neutral Citation</i>	<i>Partes</i>
[2017] UKSC 43	Fulton Shipping Inc v Globalia Business Travel SAU
[2020] UKSC 24	Sainsbury's Supermarkets Ltd v Visa Europe Services LLC & Others
[2020] UKSC 51	Mastercard Inc. y otros c. Walter Hugh Merricks CBE

England and Wales Court of Appeal

<i>Neutral Citation</i>	<i>Partes</i>
[1989] EWCA Civ J1130-1	Hussey v Eels
[2008] EWCA Civ 1086	Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA
[2018] EWCA Civ 1536	Sainsbury's Supermarkets Ltd v Mastercard Incorporated & Others
[2019] EWCA Civ. 674	Walter Hugh Merricks CBE c. Mastercard Inc. y otros

Competition Appeal Tribunal

<i>Neutral Citation</i>	<i>Partes</i>
[2012] CAT 19	2 Travel Group PLC (in liquidation) contra Cardiff City Transport Services Limited
[2016] CAT 11	Sainsbury's Supermarket Ltd. contra MasterCard Incorporated and Others
[2017] CAT 9	Dorothy Gibson contra Pride Mobility Products Ltd.
[2017] CAT 16	Walter Hugh Merricks CBE c. Mastercard Inc. y otros

England and Wales High Court

<i>Neutral Citation</i>	<i>Partes</i>
[2009] EWHC 741 (Ch)	Emerald Supplies Ltd v British Airways plc

PAÍSES BAJOS

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>ECLI</i>	<i>Parte</i>
Hoge Raad de 8.07.2016	ECLI:NL:HR:2016:1 483	TenneT TSO BV y otros contra ABB BV y otros
Rechtbank Gelderland de 30.03.2017	ECLI:NL:RBGEL:20 17:1724	TenneT TSO BV y otros contra ABB BV y otros

FRANCIA***Cour de cassation***

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Número</i>
Cour de cassation, civile, Chambre commerciale	15 de junio de 2010	09-15.816, no publicada
Cour de cassation, civile, Chambre commerciale	15 de mayo 2012	11-18.495, no publicada

Cour d'Appel

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Número</i>
Cour d'Appel de Paris	27 de febrero de 2014	10/18285

ALEMANIA***Bundesgerichtshof***

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Neutral Citation</i>
BGH de 28.06.2011	KZR 75/10
BGH de 19.05.2020	KZR 8/18
BGH de 23.09.2020	KZR 4/19

Oberlandsgericht

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Neutral Citation</i>
OLG Karlsruhe de 11.06.2010	6 U 118/05
OLG Stuttgart de 4.04.2019	2 U 101/18

Landgericht

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Neutral Citation</i>
LG Mannheim de 29.04.2005	22 O 74/04 (Kart)
LG Berlin de 06.08.2013	16 O 193/11 (Kart)
LG Dortmund de 21.12.2016	8 O 90/14 (Kart)
LG Hannover de 18.12.2017	18 O 8/17
LG Stuttgart de 30.04.2018	45 O 1/17
LG Dortmund de 27.06.2018	8 O 13/17

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA***US Supreme Court***

<i>Número de sentencia</i>	<i>Partes</i>
<i>392 US 481 (1968)</i>	<i>Hanover Shoe v United Machinery Corp</i>
<i>431 US 720 (1977)</i>	Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros
<i>490 US 93 (1989)</i>	California contra ARC America Corp
<i>497 US 199 (1990)</i>	Kansas contra UtiliCorp Inc
<i>139 USSC 1514 (2019)</i>	<i>Apple Inc v Pepper et al</i>

Bibliografía

Hanns ABELE, Georg KODEK y Guido SCHAEFER (2011), “Proving Causation in Private Antitrust Cases”, *Journal of Competition Law and Economics*, Volume 7, Issue 4, December 2011, pp. 847-869.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2009a), “Passing on defense y compensatio lucri cum damno”, *Derecho Mercantil España*, 13 de junio de 2009,

<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2009/06/passing-on-y-compensatio-lucri-cum.html>.

— (2009b), “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret* 3.2009.

— (2015), “Compensatio lucri cum damno”, *Derecho Mercantil*, 6 de marzo de 2015

<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/03/compensatio-lucri-cum-damno.html>.

— (2018), “Economía de la cesión de créditos”, *Almacén de Derecho*, 28 de octubre de 2018, <https://almacenederecho.org/economia-de-la-cesion-de-creditos>.

Torbjörn ANDERSSON (2019), “The Binding Effects of Decisions and Judgments under EU Competition Law” en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, p. 97-106.

ANÓNIMO (2019), “Apple Inc. v. Pepper”, *Harvard Law Review*, Vol. 133, núm. 1, pp. 382-391.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), *Report and Recommendations*.

Rafael AMARO (2017), “Recent Developments in the Application of Articles 101 and 102 TFEU by French Courts” en Adriana Almășan y

Peter Whelan (Eds.), *The Consistent Application of EU Competition Law*, Springer, pp. 221-242.

Rafael AMARO, María José AZAR-BAUD, Sabine CORNELOUP, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Fabienne JAULT-SESEKE y otros (2018), *Collective redress in the Member States of the European Union. Study requested by the JURI committee*, PE 608.829 – October 2018.

Arianna ANDREANGELI (2012) “Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions”, *World Competition*, Vol. 35, núm. 3, pp. 529-558.

— (2014), *Private enforcement of antitrust. Regulating corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Edward Elgar.

Alicia ARMENGOT VILAPLANA (2020), “La cosa juzgada en las acciones colectivas”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 253-272.

Teresa ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons.

— (2016), *Lecciones de derecho procesal civil*, 9ª ed., Marcial Pons.

— (2020), “La legitimación en las acciones colectivas”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 103-148.

David ASHTON (2018), *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 2ª ed., Edward Elgar.

María José AZAR-BAUD (2020), “The effects of the Directive on representative actions for the protection of the collective interest of consumers on the French group action regime”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol 2, Año 2020, pp. 109-126.

María José AZAR-BAUD y Miguel SOUSA FERRO (2020), “Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf’s clothing?”, *EU Law live*, Op-Ed de 4 de diciembre de 2020, <https://eulawlive.com/op-ed->

[directive-on-consumer-representative-actions-a-sheep-in-wolfs-clothing-by-maria-jose-azar-baud-and-miguel-sousa-ferro/](#).

José Antonio BADILLO ARIAS (2017), “Artículo 17”, en José Antonio Badillo Arias (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3ª ed., pp. 431-447.

Ferran BADOSA COLL (2012), “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, en Esteve Bosch Capdevila (Dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Editorial Bosch, pp. 71-138.

Tomas BALCIUNAS y Jasper P. SLUIJS (2020), “The Case for Harmonizing Fault in Private Enforcement of EU Competition Law” (December 16, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3750240>.

Cristián BANFI DEL RÍO (2013), “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 21, pp. 217-258.

— (2014), “Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, núm. 1, pp. 37-58.

Xabier BASOZABAL ARRÚE (2018), ““Enriquecimiento injusto” comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 71, núm. 1, pp. 13-78.

Rafael BELLIDO PENADÉS (1998), *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares.

Ulf BERNITZ (2016), “Introduction to the New EU Directive” en Maria Bergström, Magnus Strand, y Marios C. Iacovides (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 3-14.

Peter BIRKS (2005), *Unjust Enrichment*, 2ª ed., Oxford University Press.

Simon BISHOP y Mike WALKER (2010), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3ª ed., Sweet & Maxwell.

Marco BOTTA (2017), “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, *European Review of Private Law*, Vol. 25, núm. 5, pp. 881-908.

Helmut BROKELMANN (2015), “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 37, octubre 2015 (versión online).

Ángel CARRASCO (2020), “Daños competenciales difusos fuera de la cadena de distribución de los productos del cártel. STJUE 12 de diciembre 2019, C-435/18, Schindler y otros”, *Diario la Ley*, núm. 9561, de 27 de enero de 2020 (versión online).

Karl E. CASE, Ray C. FAIR y Sharon M. OSTER (2012), *Principles of Economics*, 10ª ed., Pearson.

Pedro CARO DE SOUSA (2018), “EU and national approaches to passing-on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance”, *Common Market Law Review*, Vol. 55, núm. 6, pp. 1751-1784.

Michele CARPAGNANO (2007), “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción. Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-295-298/04”, *InDret* 1.2007.

Suzanne CARVAL, Mauriel CHAGNY, Anne-Sophie CHONE-GRIMALDI, Constance MONNIER y Jean-Philippe TROPEANO (2016), “L'évaluation des préjudices concurrentiels”, en Martine Behar-Touchais, David Bosco y Catherine Prieto (Dirs.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, IRJS Éditions, pp. 149-192.

Fernando CASTILLO DE LA TORRE and Eric GIPPINI FOURNIER (2017), *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Edward Elgar.

COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Libro Verde - Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM(2005) 672 final.

— (2005b), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2005) 1732.

- (2008a), *Libro Blanco Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM(2008) 165 final.
- (2008b), *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2008) 404.
- (2013a), *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, DOUE C 167, 13.6.2013.
- (2013b), *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 and 103 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, SWD(2013).
- (2013c), *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, DOUE L 201, 26.7.2013.
- (2019), *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, DOUE C 267 de 9.8.2019.
- (2020), *Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, SWD(2020)338 final, 14.12.2020.
- Robert COOTER (1981), “Passing on the Monopoly Overcharge: a Further Comment on Economic Theory”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 129, pp. 1523-1532:
- CORE TEAM (2017), *The Economy: economics for a changing world*, Oxford University Press.
- Paul CRAIG (2018), *EU Administrative Law*, 3ª edición, Oxford University Press.
- Elena DE LUIS GARCÍA (2020), “La tutela colectiva del medio ambiente”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 345-358.

Fernando DÍEZ ESTELLA (2021), “Acciones resarcitorias antitrust y el cártel de los fabricantes de los camiones: a vueltas con la cuantificación y estimación judicial del daño”, *Almacén de Derecho*, 1 de marzo de 2021, <https://almacendederecho.org/acciones-resarcitorias-antitrust-y-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-a-vueltas-con-la-cuantificacion-y-estimacion-judicial-del-dano>.

Luis DÍEZ-PICAZO (1988), “La doctrina del enriquecimiento injustificado: discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número”, en Manuel de la Cámara y Luis Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas.

— (1999), *Derecho de Daños*, Civitas.

— (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción y Teoría del contrato*, 6ª ed., Civitas.

— (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas.

— (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V: la responsabilidad civil extracontractual*, Aranzadi.

Tomáš DUMBROVSKÝ (2013), “Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches”, *EUI Working Papers – MWP 2013/30*.

Niamh DUNNE (2014a), ““Umbrella effects” and private antitrust enforcement”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 73, núm. 3 (noviembre 2014), pp. 510-513;

— (2014b), “It Never Rains but It Pours: Liability for Umbrella Effects under EU Competition Law in Kone”, *Common Market Law Review*, Vol. 51, núm. 6, pp. 1813-1828.

— (2015), “Courage and compromise: the Directive on Antitrust Damages”, *European Law Review*, Vol. 40, núm. 4, pp. 581-597.

Benoît DURAND y Iestyn WILLIAMS (2017), “The importance of accounting for passing-on when calculating damages that result from infringement of competition law”, *ERA Forum*, Vol. 18, pp. 79-97.

James EDELMAN (Ed.) (2019), *McGregor on Damages*, 20ª ed., Sweet & Maxwell.

Elisabeth EKLUND (2016), “Indirect Purchasers – Is there Anything New in the Directive? An Introductory Overview of the Current and Future Status of Indirect Purchasers in the EU”, en Maria Bergström, Marios C. Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 261-278.

Carmen ESTEVAN DE QUESADA (2016), “Alguna reflexiones sobre la admisión de la *passing-on defence* en la Directiva 2014/104/UE”, en Juan Ignacio Ruíz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, pp. 339-354.

— (2018), “Repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en Juan Ignacio Ruíz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 291-314.

Michael G. FAURE y Franziska WEBER (2015), “Dispersed Losses in Tort Law – An Economic Analysis”, *Journal of European Tort Law*, Vol. 6, núm. 2, pp. 163-196.

Jens-Uwe FRANCK (2015), “Umbrella pricing and cartel damages under EU Competition law”, *European Competition Journal*, Vol. 11, núm. 1, pp. 135-167.

Ángel GALGO PECO (2019), “La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en AAVV, *Acciones follow-on: reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, pp. 59-76.

Paolo GALLO (2018), “La *compensatio lucri cum damno*”, *Responsabilidad civil y seguro*, Año XX, núm. 7, pp. 5-40 (traducido por Sabrina M. Berger: original en italiano).

Antón GARCÍA, Jorge PADILLA, Nadine WATSON y Elena ZOIDO (2018), “Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de

competencia”, en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre el Derecho, pp. 593-641.

Juan Antonio GARCÍA AMADO (2018), “Estándares de conducta y responsabilidad jurídica (lex artis, buen padre de familia, persona razonable...)”, *Almacén de Derecho* de 26 de noviembre de 2018, (<https://almacenederecho.org/estandares-de-conducta-y-responsabilidad-juridica-lex-artis-buen-padre-de-familia-persona-razonable>).

Ignacio GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ (2019), “Competition Authorities’ Decisions and Antitrust Damages Actions”, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, núm. 4, pp. 371-379, DOI: <https://doi.org/10.21552/core/2019/4/6>.

— (2020), “Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto””, *InDret* 3.2020, pp. 535-550.

Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2017), “La prueba del lucro cesante”, en Joan Picó i Junoy (Dir.) y Daniel Vázquez Albert (Ed.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Revista Jurídica de Catalunya-Thomson Reuters Aranzadi, pp. 33-56.

Germain GAUDIN y Franziska WEBER (2021), “Antitrust Damages, Consumer Harm, and Consumer Collective Redress”, *Journal of European Competition Law and Practice*, pp. 1-10.

Anna GINÈS i FABRELLAS (2013), “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *InDret* 3.2013.

Carlos GÓMEZ ASENSIO (2018), “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de defensa de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 333-384.

— (2020), “Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 27 (julio-septiembre 2020) (versión electrónica).

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2015), “Disgorgement of Profits Under Spanish Law”, en Ewoud Hondius y André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, pp. 199-206.

— (2019), *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons.

Fernando GÓMEZ POMAR (2000), “Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines”, *InDret* 1.2000.

— (2001), “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret* 1.2001.

Iván GONZÁLEZ BARRIOS (2007), “Artículo 43”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, Thomson-Aranzadi, pp. 762-783.

Vicente C. GUZMÁN FLUJA y Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2008), “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: Arts. 71 a 73 LEC”, *InDret* 3.2008.

Birke HÄCKER (2013), “Direct and Indirect Enrichment at the Claimant’s Expense in Three-Party Cases”, en Charles Mitchell y William Swadling (Eds.), *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment. Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, pp. 31-57.

Dorothy HANSBERRY, Christina HUMMER, Morvan LE BERRE, Mélanie LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, núm. 4, pp. 196-205.

Robert G. HARRIS y Lawrence A. SULLIVAN (1979), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128, núm. 2, pp. 269-360.

— (1980), “Passing on the Monopoly Overcharge: A Response to Landes and Posner”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128, núm. 5, pp. 1280-1290.

Katri HAVU (2014), “Fault in EU Law Based Competition Restriction Damages Cases”, *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No. 2014/16, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2465912>, pp. 1-24.

— (2016), “Practical Private Enforcement: Perspectives from Finland – Causal Links, the Principle of Effectiveness and Requirements for National Solutions”, en Maria Bergström, Marios C Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 221-234.

— (2018), “Full, Adequate and Commensurate Compensation for Damages under EU Law: A Challenge for National Courts?”, *European Law Review*, Vol. 43, núm. 1, pp. 24-46.

— (2019), “Causation and Damage: What the Directive Does Not Solve and Remarks on Relevant EU Law”, en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, pp. 187-200.

Martin F. HELLWIG (2006), Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective (September 2006). *MPI Collective Goods* Preprint No. 2006/22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=936153>.

Lars HENRIKSSON (2016), “Welfare Effects of Right to Damages – A Practical Approach and the Swedish Perspective”, en Maria Bergström, Marios Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: the New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 43-64.

Carmen HERRERO SUÁREZ (2016), “La transposición de la Directiva de Daños *Antitrust*. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

Herbert J. HOVENKAMP (2019), “Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule”, *Columbia Law Review Forum*, Vol. 120, núm. 1 pp. 14-28.

Marios C. IACOVIDES (2016), “The Presumption and Quantification of the Harm in the Directive and the Practical Guide”, en Maria Bergström, Marios Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 295-313.

Pablo IBÁÑEZ COLOMO (2018), *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press.

Roman INDERST, Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2014), “Umbrella effects”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, núm. 3, pp. 739-763.

Alison JONES (2000), *Restitution and European Community Law*, Mansfield Press.

— (2016), “Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US” en Maria Bergström, Magnus Strand, y Marios C. Iacovides (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 15-41.

Alison JONES y Albertina ALBORS-LLORENS (2016), “The Images of the ‘Consumer’ in EU Competition Law”, *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 17/2016, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2750922>.

Alison JONES, Brenda SUFRIN y Niamh DUNNE (2019), *Jones & Sufrin’s EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7ª edición, Oxford University Press.

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1990), “Economic analysis of law”, *NBER Working Paper* 6960, <http://www.nber.org/papers/w6960>.

Bruce H. KOBAYASHI and Joshua D. WRIGHT (2018-2019), “What’s next in Apple Inc. v. Pepper: the Indirect-Purchaser Rule and the Economics of Pass-through”, *Cato Supreme Court Review*, 2018, pp. 249-270.

Assimakis P. KOMMINOS (2008), *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing.

Jean François LABORDE (2019a), “Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2018 ed.)” *Concurrences: competition law review*, 1-2019, pp. 1-11.

Jean François LABORDE (2019b), “Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2019 ed.)” *Concurrences: competition law review*, 4-2019, pp. 1-9.

Robert H. LANDE y Joshua P. DAVIS, (2008), “Benefits from private antitrust enforcement: An analysis of forty cases”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 42, núm. 4, pp. 879-918.

William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws – An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 46, núm. 3, pp. 602-635.

— (1980), “The Economics of Passing on: A Reply to Harris and Sullivan”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 128, núm. 5, pp. 1274-1279.

— (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press.

Ioannis LIANOS (2015), “Causal Uncertainty and Competition Law Claims for Damages”, *Yearbook of European Law*, Vol. 34, núm. 1, pp. 170-231.

Marc-Roger LLOVERAS FERRER (2002), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, *InDret* 3.2002.

Claudio LOMBARDI (2020), *Causation in Competition Law Damages Actions*, Cambridge University Press.

Frank P. MAIER-RIGAUD (2014), “Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, núm. 4, pp. 247-251.

Frank P. MAIER-RIGAUD, Christopher MILDE and Moritz HELM (2015), Textbook Cartels versus the Real Deal: Should We Be Surprised if Some Cartels Do Not Lead to Damage? (March 14, 2015). Forthcoming in Concurrences. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2578317>.

Frank P. MAIER-RIGAUD y Ulrich SCHWALBE (2018), “Quantification of antitrust damages”, en David Ashton, *Competition Damages Actions in the EU. Law and Practice*, 2ª ed., Edward Elgar, pp. 401-465.

Geoffrey A MANNE and Kristian STOUT (2019), “The evolution of antitrust doctrine after Ohio v. Amex and the Apple v. Pepper decision that should have been”, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, núm. 2, pp. 425-459.

N. Gregory MANKIW y Mark P. TAYLOR (2017), *Economía*, Paraninfo.

Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2013), Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012) (June 26, 2013). Working Paper IE Law School AJ8-202, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2351770>.

— (2014), “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-212 01-04-2014.

— (2018a), “Spain”, en Barry Rodger, Miguel Sousa Ferro and Francisco Marcos (Eds.), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition Across the Member States*, Oxford University Press.

— (2018b), “The Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working paper IE Law School*, AJ8-241-1, 13-02-2018.

— (2019), “La prescripción de las acciones de reclamación de daños causados por el cártel de los fabricantes camiones”, *Almacén de Derecho*, 28 de junio de 2019, <https://almacenederecho.org/la-prescripcion-de-las-acciones-de-reclamacion-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-camiones>.

— (2020a), “De nuevo, sobre la prescripción de las acciones de daños causado por el cártel de los camiones”, *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020, <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la->

[prescripcion-de-las-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-camiones.](#)

— (2020b), “Antitrust Damages Claims in Spain”, *Working Paper IE Law School* AJ8-256-I.

— (2020c), “La decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-257.

— (2020d), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (I)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones>.

— (2020e), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (II)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>.

— (2020f), “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones (y III)”, *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020, <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones-y-iii>.

Jaume MARTÍ MIRAVALLS (2019a), “La aplicación privada del derecho de la competencia. Sobre las particularidades de las acciones de nulidad y de daños y perjuicios”, *III edición del premio de estudios jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, (<http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo118.pdf>).

— (2019b), “Comentario al artículo 73 LDC”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Problemas actuales en las acciones d compensación de daños por infracciones de las normas de competencia*, Aranzadi, pp. 167-186.

Miquel MARTÍN CASALS (2005), “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil””, *InDret* 2.2005.

Gustavo Andrés MARTÍN MARTÍN (2019), *Competencia, enriquecimiento y daños*, Tirant lo Blanch.

José MARTÍN PASTOR (2016), “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi, pp. 187-229.

— (2019), *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch.

Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2017), “Artículo 63”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Guitérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1348-1364.

Purificación MARTORELL ZULUETA (2018), “La cuantificación del daño desde la perspectiva de un experto”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 157-174.

Henry B. MCFARLAND (2010), “The European Commission Study on Quantifying Damages and Indirect Purchasers”, *ABA International Committee – Section of Antitrust Law*, Vol. 2, pp. 9-10.

Ben MCFARLANE (2009), “Unjust Enrichment, Property Rights and Indirect Recipients”, *Restitution Law Review*, Vol. 17, pp. 37-59.

Ewan MCKENDRICK (2015), “Article 7.4.8”, en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the unidroit principles of international commercial contracts (PICC)*, Oxford University Press, pp. 1008-1011.

María MEDINA ALCOZ (2019), “Inversión financiera que ocasiona perjuicios por asesoramiento defectuoso y computación de los rendimientos percibidos en aplicación de la regla de la "compensatio lucri cum damno". Comentario a STS de 6 de marzo de 2019”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 111, pp. 241-252.

María MEDINA ALCOZ y Mariano MEDINA CRESPO (2005), “La compensatio lucri cum damno en la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 3, pp. 16-28.

Mariano MEDINA CRESPO (2015), *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño producido*, Bosch.

Edward S. MILLER y Marjorie C. HOLMES (2016), “Mobilising competition class actions in the UK”, *ReedSmith – perspectives* (<https://www.reedsmith.com/es/perspectives/2016/07/mobilising-competition-class-actions-in-the-uk>).

Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and practice*, Cambridge University Press.

Renato NAZZINI (2011), “The Objective of Private Remedies in EU Competition Law”, *Global Competition Review*, Volumen 4, pp. 131-146.

Paolisa NEBBIA (2008), “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, *European Law Review*, Volúmen 33, Número 1, pp. 23-43.

Oriol MIR PUIGPELAT (2000), “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *InDret* 1.2000.

OCDE (2011a), *Roundtable on the quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*, DAF/COMP(2011)1.

— (2011b), *Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*, DAF/COMP(2011)25.

— (2019), *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, OECD/LEGAL/0452 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

Eugenio OLMEDO PERALTA (2014), “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing)”, *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, núm. 15, pp. 107-130.

Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi.

Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2020), “El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva”, *InDret* 3.2020, pp. 25-60.

Manuel ORTELLS RAMOS (Dir.) (2018), *Derecho Procesal Civil*, 17ª ed., Aranzadi.

— (2020), “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 49-102.

OXERA (2007), *Passing the buck: the passing-on defence in cartel damages claims*, OXERA Agenda.

— (2009), *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1988), “Cesión de créditos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, núm. 4, pp. 1033-1132.

— (1991), “Artículo 1902”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Pablo Salvador Coderch y Cándido Paz-Ares (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, pp. 1971-2003.

— (2000), “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (2000), pp. 167-191.

Juan PASCUAL y VICENTE (2002), *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y en Europa*, Civitas.

Eduardo PASTOR MARTÍNEZ (2019), “Cartelista con esfera reflectante: sobre la “passing-on defense””, *Boletín Mercantil Lefebvre – El Derecho*, número 71, febrero 2019 (versión electrónica).

— (2020), “Acciones “follow on”: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 317 (Julio-Septiembre 2020).

Fernando PEÑA LÓPEZ (2000), *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares.

— (2018), *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch.

Carlo PETRUCCI (2008), “The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law”, *European Competition Law Review*, pp. 33-42.

Sebastian PEYER (2012), “Private antitrust litigation in Germany from 2005 to 2007: empirical evidence”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8, núm. 2, pp. 331-359.

Andrea PLANCHADELL GALLARDO (2020), “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 175-205.

A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (2000), “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII (Marzo 2000), pp. 45-76.

Richard A. POSNER (2001), *Antitrust Law*, 2nd Ed., University of Chicago Press.

— (2007), *Economic Analysis of Law*, Aspen.

RBB ECONOMICS (2014), *Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications*, Report prepared for the Office of Fair Trading.

RBB ECONOMICS y CUATRECASAS (2016), *Study on the Passing-on of Overcharges*, final report for the European Commission.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].

Stéphan REIFEGERSTE (2002), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Presses universitaires d’Aix-Marseille.

Encarnació RICART MARTÍ (2009), “El enriquecimiento injustificado en el draft CFR”, en Esteve Bosch Capdevila (Coord.), *Derecho contractual*

Europeo: problemática, propuestas y perspectivas, JM Bosch Editor, pp. 321-346.

Barak D. RICHMAN y Christopher R. MURRAY (2007), “Rebuilding Illionis Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule”, *Southern California Law Review*, Vol 81, pp. 69-109.

Kent ROACH y Michael J. TREBILCOCK (1996), “Private Enforcement of Competition Laws”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, Núm. 3 (otoño), pp. 461-508. Disponible en <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol34/iss3/2/>.

Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2020a), “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (*passing-on*) a los casos de los carteles de sobres y camiones”, *Almacén de Derecho*, 9 de marzo de 2020, <https://almacenederecho.org/la-inaplicabilidad-de-la-defensa-basada-en-la-repercusion-del-dano-passing-on-a-los-casos-de-los-carteles-de-sobres-y-camiones>.

— (2020b), “La defensa de la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, *Almacén de Derecho*, 15 de junio de 2020, <https://almacenederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba>.

— (2021), “La defensa basada en la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del derecho de la competencia”, *InDret* 1.2021, pp. 1-45.

Encarna ROCA TRIAS (2004), “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, núm. 3, pp. 901-928.

Encarna ROCA TRIAS y Mónica NAVARRO MICHEL (2016), *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed., Tirant lo Blanch.

Barry J. RODGER y Angus MACCULLOCH (2015), *Competition Law and Policy in the EU and the UK*, 5ª ed., Routledge.

Barry J. RODGER, Miguel SOUSA FERRO and Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2018), “Promotion and Harmonization of Antitrust

Damages Claims by Directive 2014/104/EU?” in Barry Rodger, Miguel Sousa Ferro and Francisco Marcos Fernández (Eds.), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition Across The Member States*, Oxford University Press, pp. 24-57.

Barry J. RODGER (2020), “Private Enforcement in the UK: Effective Redress for Consumers?”. Chapter 12 in B. Rodger, P. Whelan and A MacCulloch (eds), *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*, Oxford University Press, 2021, Forthcoming, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3667324>.

Albert RUDA GONZÁLEZ (2008), *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Aranzadi.

Jakob RÜGGERBERG (2018), “Private enforcement of EU competition law and obstacles on the path towards true compensation”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, pp. 261-290.

Juan Ignacio RUIZ PERIS (2016), “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición*, Tirant lo Blanch.

— (2019), “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Aranzadi, pp. 39-54.

Pablo SALVADOR CODERCH y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons.

Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2005), “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *InDret* 1.2005.

Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Causalidad y responsabilidad. Tercera edición (enero 2006)”, *InDret* 1.2006.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2005), “Artículo 43”, en Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, pp. 764-787.

— (2010), “Artículo 17”, en Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 4ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, pp. 413-427.

Ignacio SANCHO GARGALLO (2009), “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1.2009.

— (2019), “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia” en AAVV, *Acciones follow on: reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, pp. 107-126.

— (2020), “*Judge craft*: el oficio o arte de juzgar”, *InDret* 4.2020, pp. 446-461.

Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (2004), “Artículo 1210”, en Manuel Albadalejo (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, Vol. 1º: Artículos 1156 a 1213 del Código Civil (2ª edición), Edersa (versión electrónica).

Jaime SANTOS BRIZ (1991), *La responsabilidad civil*, I, 6ª ed., Editorial Montecorvo.

Vasil SAVOV (2016), “Regroupement des créances indemnitaires dites « antitrust » par voie de cession en tant qu’alternative efficace pour l’obtention d’une réparation du préjudice subi” en Martine Behar-Touchais, David Bosco y Catherine Prieto (Dirs.), *L’intesification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, IRJS Ediciones, pp. 239-248.

Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT (1991), *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos.

Maarten Pieter SCHINKEL, Jan TUINSTRA y Jakob RÜGGERBERG (2005), “Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion”, *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-02*, pp. 1-24.

Ingeborg SCHWENZER (2016), “Article 77”, en Ingeborg Schwenger (Ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4ª ed., Oxford University Press, pp. 1104-1110.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press.

— (2007), “Liability for Accidents”, en A Mitchell Polinski y Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, North-Holland, pp. 139-182.

Juan Ignacio SIGNES DE MESA, Isabel FERNÁNDEZ TORRES y Mónica FUENTES NAHARRO (2013), *Derecho de la competencia*, Civitas.

Piet Jan SLOT y Martin FARLEY (2017), *An Introduction to Competition Law*, 2ª ed., Bloomsbury.

Ana SOLER PRESAS (1995), “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, núm. 2, pp. 951-970.

— (1998), “Artículo 77”, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, pp. 621-628.

— (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, *InDret* 2.2009.

Ana SOLER PRESAS y Pedro DEL OLMO (Eds.) (2019), *Practicum Daños 2019*, Thomson Reuters-Aranzadi.

Miguel SOUSA FERRO (2019), “Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions”, *Market and Competition Law Review*, Vol. III, Núm. 2, Octubre 2019, pp. 51-80.

Miguel SOUSA FERRO y Guilherme OLIVEIRA e COSTA (2020), “Otis: Another Great Judgment on Private Enforcement from the CJEU... But It Could Be Better”, *Competition Policy International*, 22 de enero de 2020, <https://www.competitionpolicyinternational.com/otis-another-great-judgment-on-private-enforcement-from-the-cjeu-but-it-could-be-better/>.

Magnus STRAND (2012), “Case C-398/09, *Lady & Kid A/S and others v. Skatteministeriet*, Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 September 2011, nyr”, *Common Market Law Review*, Vol. 49, núm. 1, pp. 381-400.

— (2016), “Beyond the Competition Damages Directive: What Room for Competition Law Restitution?”, en Maria Bergström, Marios Iacovides y Magnus Strand (Eds.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, pp. 279-294.

— (2017a), *The Passing-on Problem in Damages and Restitution under EU Law*, Edward Elgar.

— (2017b), “Labours of harmony: unresolved issues in competition damages”, *European Competition Law Review*, Vol. 38, núm. 5, pp. 203-208.

— (2020), “Competition damages betwixt and between past and future: Cogeco”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, núm. 2, pp. 569-590.

Magnus STRAND y Erik MONSEN (2019), “Passing-On Unlawful Charges: Still No Small Matter”, *European Public Law*, Vol. 25, núm. 2, pp. 249-274.

Konstantinos STYLIANOU y Marios C IACOVIDES (2020), *The Goals of EU Competition Law - A Comprehensive Empirical Investigation* (December 4, 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3735795>.

Áurea SUÑOL y Francisco MARCOS FERNÁNDEZ (2021a), “Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (I)”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021 (<https://almacenederecho.org/control-de-emisiones-contaminantes-en-los-motores-de-automoviles-y-competencia-desleal-i>).

— (2021b), “Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (y II)”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2021 (<https://almacenederecho.org/control-de-emisiones-contaminantes-en-los-motores-de-automoviles-y-competencia-desleal-y-ii>).

Victoria TORRE SUSTAETA (2016), *Daños y perjuicios por infracciones de las normas de derecho de la competencia. La tutela procesal del derecho de la competencia en el plano nacional español*, Aranzadi.

Akos George TOTH (1997), “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, en Tom Heukels y Alison McDonnell (Eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, pp. 179-198.

Elena Cristina TUDOR (2016), *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, Wolters Kluwer.

— (2018), “La causalidad en acciones de daños antitrust, a la luz de los dispuesto en la Directiva 2014/104/UE”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, enero-junio 2018, pp. 250-258.

UNIDROIT (2016), *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016* (<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>), Comment on Art. 7.4.2(1) UNIDROIT Principles 2016.

Juan VALLET DE GOYTISOLO (2002), “En torno al enriquecimiento injustificado con una relectura del discurso de ingreso de Luis Díez-Picazo en la Real Academia de Jurisprudencia”, en Antonio Cabanillas Sánchez (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 2, pp. 3187-3210.

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL (2019), “The Presumption of Harm and its Implementation in the Member States’ Legal Orders”, en Magnus Strand, Vladimir Bastidas Venegas y Marios C. Iacovides (Eds.), *EU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, pp. 202-214.

Cees VAN DAM (2013), *European Tort Law*, 2ª ed., Oxford University Press.

- Roger VAN DEN BERG (2013), “Violations of the Cartel Prohibition, Actions for Damages by Indirect Buyers and the Passing-On Defence”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 1, pp. 147-164.
- Walter VAN GERVEN (2007), “Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – *Courage v Crehan* and the Way Ahead”, en Jürgen Basedow (Ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, pp. 19-40.
- Hal R. VARIAN (2014), *Intermediate Microeconomics: a modern approach*, W. W. Norton & Company, 9ª ed. (international student).
- Abel B. VEIGA COPO (2017), *Tratado del Contrato de Seguro*, 5ª ed., Vol. I, Civitas.
- Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO y Carmen HERRERO SUÁREZ (2011), “La “passing-on defence”, ¿un falso dilema?”, en Luis Antonio Velasco San Pedro, Carmen Alonso Ledesma, Marina Echebarría Sáenz, Carmen Herrero Suárez, Javier Gutiérrez Gilsanz (Dirs.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, pp. 593-604.
- Frank VERBOVEN y Theon VAN DIJK (2009), “Cartel Damages Claims and the Passing-on Defence”, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 57, núm. 3, pp. 457-491.
- Elena VICENTE DOMINGO (2006), “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en Eugenio Llamas Pombo (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Wolters Kluwer, pp. 931-939.
- (2014a), “El Daño”, en Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Tomo I, Aranzadi, pp. 317-462.
- (2014b), *El lucro cesante*, Editorial Reus.
- Patricia VIDAL y Agustín CAPILLA (2017a), “Artículo 72”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Alfonso Gutiérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1471-1477.

— (2017b), “Artículo 76”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Antonio Gutiérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1501-1509.

— (2017c), “Artículo 78”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Antonio Gutiérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1512-1515.

— (2017d), “Artículo 79”, en José Massaguer Fuentes, Jaime Folguera Crespo, José Manuel Sala Arquer, Antonio Gutiérrez (Dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia*, 5ª ed., Civitas, pp. 1516-1519.

Graham VIRGO (2015), *Principles of the Law of Restitution*, 3ª ed., Oxford University Press.

Christian VON BAR, Erick CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (2010), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Articles and Comments*, Interim Edition, https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR.pdf.

Franziska WEBER (2018), ““A chain reaction” or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, núm. 2, pp. 208-230.

— (2020a), “Tackling pass on in cartel cases: A comparative analysis of the interplay between damages law and economics insights”, *European Competition Journal*, Vol. 16, núm. 2-3, pp. 570-594.

— (2020b), “The volume effect in cartel cases – a special challenge for damage quantification?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, 00, pp. 1-21.

Richard WHISH y David BAILEY (2018), *Competition Law*, 9ª ed., Oxford University Press.

Rebecca WILLIAMS (2010), *Unjust Enrichment and Public Law*, Hart Publishing.

Wouter P. J. WILS (2009), “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, Vol. 32, núm. 1, pp. 3-26.

— (2017), “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition*, Vol. 40, núm. 1, pp. 3-46.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2015), *Responsabilidad civil extracontractual: parte general: delimitación y especies, elementos, efectos o consecuencias*, Dykinson.

Laura ZUMAQUERO GIL (2017), “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, *InDret* 2.2017.

Aitor ZURIMENDI (2017), “La reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, *Revista de Derecho Mercantil*, 306/2017 (versión electrónica).

Isabel ZURITA MARTÍN (2016), “Duty of Mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales”, *InDret* 4.2016.

