

unir

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

La cuantificación económica de daños en la Directiva 2014/104/UE

Trabajo fin de máster presentado por:	Doña Carmen Mencia Bastanchury
Titulación:	Master en Ejercicio Profesional de la Abogacía
Área jurídica:	Derecho de la Competencia
Directora:	Doña Adriana Pascual Sequeros

Madrid
16 de diciembre de 2016
Firmado por: Doña Carmen Mencía Bastanchury

*A mi compañero de vida,
sin cuya comprensión, apoyo y paciencia
nunca hubiera concluido esta empresa.*

INDICE

1. Abreviaturas	2
2. Resumen	3
3. Introducción	4
4. La relevancia del contexto económico en el Derecho de la competencia	6
5. El concepto de daño económico en el marco del Derecho de la competencia	12
6. Principales cambios operados por la Directiva 2014/104	20
6.1 Objetivos de la Directiva 2014/104	21
6.2 La aplicación pública y privada del Derecho de la competencia	22
6.3 La práctica de las pruebas	23
6.4 La cuantificación del daño y los sobrecostos. La defensa del <i>Passing On</i>	25
6.5 La Propuesta de Ley de trasposición de la Directiva en España	28
7. La relevancia de la cuantificación económica del daño. La pericial económica en competencia tras la publicación de la Directiva 2014/104	31
8. Conclusiones	38
9. Bibliografía	42
10. Fuentes Utilizadas	45

1. Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
CC	Código Civil Español vigente
CE	Constitución Española de 1978
Directiva o Directiva 2014/104	Directiva 2014/104/UE del Parlamento y el Consejo
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley española 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
PLTD	Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFM	Trabajo de Fin de Master
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

2. Resumen

Tras un largo periplo legislativo, el Consejo y el Parlamento Europeo finalmente adoptaron la Directiva 2014/104/UE¹ de 26 de noviembre de 2014 (en adelante la Directiva o la Directiva 2014/104), 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 (en adelante la UE). Esta directiva tiene el objetivo de armonizar y mejorar los marcos jurídicos nacionales que regulan las acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia. Esta nueva regulación europea ha constituido un gran paso en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de reclamación de daños.

En este sentido, consideramos que el citado instrumento de regulación europeo en materia de Derecho de competencia carece de prescripciones metodológicas precisas, más allá de las meras directrices genéricas establecidas por la legislación europea o nacional que puedan guiar la cuantificación económica del daño ocasionado por una práctica anticompetitiva. Este Trabajo de Fin de Master (en adelante TFM) pretende, determinar la relevancia de la labor del perito económico en el ámbito de las reclamaciones de daño consecuencia de acciones anticompetitivas, así como servir de guía para el establecimiento de posibles cuantificaciones del perjuicio económico reclamable en este contexto.

After a long legislative journey, the European Council and Parliament finally adopted the Directive 2014/104/UE of 26 November 2014 (hereinafter the Directive or the Directive 201/104), relating to certain rules governing legal actions for damages resulting from infringements of the competition law of Member States and of the European Union (hereinafter EU). The objective of this Directive is the harmonization of and improvement in the national legal frameworks that regulate civil actions regarding damage claims for infringement of the competition law of Member States and of the EU. This new European regulation has constituted a big step in the process of harmonization of the national legislation of Member States regarding claims for damages.

In this respect, we believe that the aforementioned European instrument for regulating competition law suffers from a lack of precise methodological guidelines, beyond the mere generic directives established by European or national legislation, that could guide the economic quantification of the damage caused by an anticompetitive practice, as well as to be used as a guide to establish possible quantifications of economical damages in this context

This Master's Degree thesis attempts to determine the importance of the role of the economic expert to damage claims resulting from anticompetitive practices.

¹ 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 (DOUE nº L 349 de 5.12.2014, p. 1).

3. Introducción

La Directiva 2014/104, como ya hemos dicho, ha sido determinante para armonizar las distintas legislaciones de los Estados miembros en materia de reclamación de daños y ha propiciado que la aplicación de Derecho de la competencia, haya impulsado la importancia del análisis económico en la fundamentación de las resoluciones en este ámbito, trasladando su epicentro desde un análisis formal de las prácticas anticompetitivas hacia un examen profundo de sus efectos directos en la economía de mercado.

Este hecho, no debería resultar sorprendente dado que es, precisamente, el correcto funcionamiento de la economía de mercado, el bien jurídico protegido por las diversas legislaciones en materia de competencia dictadas a lo largo y ancho de las diferentes jurisdicciones mundiales.

Así pues, la defensa del indicado bien jurídico, supone, necesariamente, considerar elementos de puro carácter económico tales como el poder de mercado, la restricción de la competencia, la colusión o su impacto sobre el funcionamiento del mercado y el bienestar de los consumidores. La relevancia de los mencionados factores en cualquier análisis de una conducta susceptible de ser considerada anticompetitiva, nos obliga a determinar la incidencia de los mismos desde un punto de vista, ya no sólo jurídico sino en su vertiente material, constituida por el perjuicio económico directo y efectivo que dichas conductas causan al propio mercado.

Esta creciente importancia del análisis económico se hace fundamental para distinguir entre prácticas legítimas en un entorno de competencia y prácticas que excluyen a competidores del mercado perjudicando al consumidor y al mercado mismo.

Por ello, el objeto de la Directiva es garantizar que cualquier víctima de una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)² pueda reclamar del infractor el pleno resarcimiento del daño que dicha práctica pudiera haberle causado.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de un número importante de sentencias condenatorias por la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, son escasas las acciones subsiguientes, también denominadas *follow-on*³, que persiguen la reparación del daño causado por la práctica anticompetitiva concreta. Estas acciones son aún menos frecuentes en el caso de las denominadas *stand-alone*⁴ o acciones aisladas.

² Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE n° C 326 de 26.10.2012 p. 1 – 390).

³ Las acciones *follow-on* o *follow-on claims*, son aquellas en las que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la resolución que ha decidido si concurría la conducta ilícita, para lo cual, es preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva.

⁴ Las acciones *stand-alone* o acciones aisladas suponen reclamaciones de daños independientes o que no siguen a una previa decisión de las autoridades de competencia

Ante la inexistencia, por el momento, de una normativa de la UE relativa a la forma en que debe llevarse a cabo esta reparación, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio de tal derecho. Cabe señalar que la Directiva establece que todo juez civil, que conozca de una acción de daños, quedará vinculado por las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia en lo que se refiere a la existencia de una infracción del Derecho de la competencia. El damnificado tiene derecho a la reparación del daño emergente, el lucro cesante y los intereses derivados del perjuicio, de tal manera, que se le reponga en la posición que tendría de no haberse producido el acto ilícito.

En cuanto al método de cálculo del daño ocasionado, la UE sólo determina que ha de respetarse, por un lado, el principio de efectividad, es decir, que las normas procesales nacionales no deben hacer excesivamente difícil o económicamente inasumible por parte del afectado o afectados, conseguir una reparación de daños, y por otro lado, debe cumplirse el principio de equivalencia, es decir, que dicha legislación nacional no debe ser, a este respecto, menos favorable que las que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares.

Tanto la ausencia de prescripciones metodológicas precisas, más allá de las meras directrices genéricas, establecidas por la legislación europea o nacional que puedan guiar la cuantificación económica del daño ocasionado por una práctica anticompetitiva, como la práctica pericial en la jurisdicción civil⁵, que pone de manifiesto la escasa repercusión de la normativa de defensa de la competencia en la interposición de acciones de daños consecuencia de las prácticas prohibidas, son la justificación de la elección de la temática del presente TFM.

Este TFM pretende, además de constituir un ejercicio académico, determinar la relevancia de la labor del perito económico en el ámbito de las reclamaciones de daño consecuencia de acciones anticompetitivas, estableciendo posibles líneas de actuación metodológica en la determinación del perjuicio económico causado por las prácticas prohibidas por la normativa competencial, sin olvidar que dicha práctica pericial desempeña un papel clave como verdadero auxilio para el Juzgador en aspectos que exceden de su conocimiento. Así pues, este TFM aspira a contribuir a la reflexión sobre el papel de este medio probatorio en el ámbito del Derecho de la competencia.

⁵ La autora de este TFM tiene experiencia profesional para hacer esta afirmación, pues ejerce como perito financiero contable desde hace más de diecisiete años ante la jurisdicción ordinaria y arbitral.

Por lo tanto, y con la finalidad de abarcar los aspectos esenciales que nos conducirán a sostener la relevancia de la prueba pericial económica en los procedimientos de reclamación de daño en el ámbito de las conductas anticompetitivas, el presente TFM se subdividirá en los bloques temáticos siguientes:

- La relevancia del contexto económico en el Derecho de la competencia.
- El concepto de daño económico en el marco del Derecho de la competencia.
- Principales cambios operados por la Directiva 2014/104.
- La relevancia de la cuantificación económica del daño. La pericial económica en competencia tras la publicación de la Directiva 2014/104.

4. La relevancia del contexto económico en el derecho de la competencia

En su Boletín Económico de mayo, el BANCO DE ESPAÑA (2008) señala que: “Como es bien sabido, la teoría económica establece que la competencia perfecta, en ausencia de fallos de mercado, consigue una asignación óptima de los recursos; es decir, se alcanza la producción máxima, dados los recursos y la tecnología disponible, a los precios mínimos. De esta forma, un mayor grado de competencia genera un mayor nivel de producción y de empleo de la economía, así como una reducción de los precios y de los márgenes con que operan las empresas, en beneficio de los consumidores. Adicionalmente, en los últimos años la literatura teórica y empírica ha enfatizado el papel que desempeña la competencia en favorecer la incorporación de las tecnologías más eficientes en los aparatos productivos, elevando el nivel agregado de productividad y el bienestar de los ciudadanos.”

A pesar de las afirmaciones anteriormente citadas, en la práctica real lo que nos encontramos son situaciones denominadas por los economistas como competencia imperfecta que contemplan escenarios que van desde la ausencia de competencia hasta mercados que funcionan en competencia pura. Es decir, siempre es posible encontrar oferentes y demandantes que ostentan un mayor poder de mercado para la fijación de precios o hallar restricciones directas o indirectas para la entrada de nuevos competidores en un determinado mercado.

De este modo, la realidad económica nos conduce a pensar que tanto las condiciones para que se produzcan situaciones de competencia perfecta como las de monopolio puro son altamente improbables (Calvo Caravaca A.L y Carrascosa González J, 2002).

Señalado lo anterior, las líneas doctrinales generalmente aceptadas, determinan que la competencia perfecta no sólo no sería posible, sino que ni siquiera sería deseable para la política de competencia, ya que, por la atomización del mercado, los costes de producción resultarían muy elevados y, por ende, dicho aumento de los costes redundaría en un incremento de los precios de los productos que podrían alcanzar cotas inasumibles para los consumidores. En este sentido, sería más aconsejable la competencia practicable (Pascual y Vicente, J. 2002).

Competencia practicable significa competencia efectiva, eficaz en la práctica (Von der Groeben H., 1969). La competencia practicable exige que se den las siguientes condiciones:

- Que el acceso al mercado sea siempre libre.
- Que las variaciones en la oferta y la demanda se reflejen en el precio de los productos.
- Que la producción y la venta no esté limitada artificialmente.
- Que exista libertad de acción y elección por parte de los proveedores, los compradores y los consumidores.

Así, podemos afirmar que la competencia no sólo es básica sino esencial, y que está ligada, inseparablemente, a la economía de mercado (Korah, V., 1988). La existencia de competencia crea una economía de mercado, de modo que no hay economía de mercado sin competencia. Una economía de mercado en la que exista una gran variedad de oferta ocasionaría, necesariamente, que una empresa no competitiva se vea automáticamente expulsada del mercado o en serias dificultades para subsistir.

Todo ello implica que en las economías desarrolladas, los Gobiernos proclamen su interés por conseguir alcanzar un funcionamiento del sistema económico que resulte competitivo y que éste se articule de acuerdo con los principios de libre mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos que maximice el desarrollo económico. En este sentido, el Derecho de la competencia o Derecho *antitrust*, se configura como un sector del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados. Todo ello, responde a que si los operadores económicos pudiesen configurar las reglas por las que se rige el mercado sin determinación de un marco normativo que les indique el contexto permitido, sus actuaciones podrían hacer peligrar la subsistencia de la propia economía de mercado, que se basa en la libre competencia pero no en la ausencia de reglas.

La Constitución Española (en adelante CE) proclama en su artículo 38 que nuestro sistema económico se basa en una economía de mercado:

“Artículo 38:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Así pues, la economía de mercado constituye uno de los pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho que ha de ser garantizado por los poderes públicos para que el reconocimiento de la libre competencia sea efectivo en la práctica.

En pos de materializar la garantía predicada por el precepto constitucional anteriormente reproducido, es necesario que se aprueben determinadas medidas orientadas a proteger la competencia frente a comportamientos y actuaciones que puedan hacer peligrar su existencia o deteriorarla (Botana Agra, M., 1984-85); estas medidas se materializan en las normas de defensa de la competencia.

Además del imperativo constitucional aludido, no podemos olvidar las numerosas ventajas de la libre competencia, ya que la misma permite que, devenido del esfuerzo que realizan las empresas en sus prácticas y en el mercado para intentar obtener ventajas allí donde operan, se produzca una mejora de su oferta respecto de la de sus competidores, permitiendo no sólo un ajuste de la misma a los intereses de los consumidores, sino una mejora de las condiciones de la oferta general (García Cachafeiro, F., 2009). De este modo, éste área concreta del derecho constituye un complejo normativo de características singulares, en el que la piedra angular es la protección del sistema de economía de mercado, constituyéndose en elemento esencial de cualquier sistema democrático (Pérez, P., 2012).

Con la generalización de las leyes de defensa de la competencia, los empresarios no sólo tienen el derecho, sino también la obligación de competir que les reconoce dicho principio constitucional de libertad de empresa (Robles Martín-Laborda, A., 2001).

Todas estas circunstancias coadyuvan a que el Derecho de la competencia sea necesario para crear las condiciones apropiadas para que la economía de mercado funcione correctamente, lo que implica que la oferta y la demanda se adecuen la una a la otra de la forma más transparente, en beneficio de los consumidores y de la creación de mercados eficientes que generen prosperidad económica para todos los intervinientes en el mismo.

De hecho, y al menos en los países desarrollados, como ha señalado la doctrina (Bercovitz Rodríguez-Cano, A., 2001), la economía de mercado basada en la libre competencia es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos y, en consecuencia, el sistema que mejor sirve para impulsar el desarrollo económico. Así mismo, la libre competencia y la transparencia del mercado favorecen una mejor asignación de recursos, aumentando la productividad y el crecimiento económico. Para ello resulta imprescindible que los vendedores y los compradores actúen de forma independiente, lo que ocasionará, necesariamente, que los empresarios se esfuercen en perfeccionar su oferta para obtener una mayor cuota de mercado en detrimento de sus competidores y por reacción, estos dediquen parte de sus recursos a la mejora de su política de precios y productos que evite la minoración de su posición y su ulterior desaparición. El funcionamiento del libre mercado desencadena una suerte de mecanismo de expulsión de los integrantes del mercado que no se adaptan a las necesidades, gustos o calidad del producto deseada por el cliente final, forzando a los proveedores de productos y servicios a un constante esfuerzo de mejora, si no quieren desaparecer de su mercado objetivo.

Todos estos mecanismos favorecen de manera directa e incontrovertible a los consumidores finales, que en un mercado competitivo, verán incrementarse la calidad de los productos y servicios, y disminuir el precio que se ven obligados a pagar por ellos. Los beneficios que generan las normas de defensa de la libre competencia para los consumidores son, en consecuencia, muy relevantes.

Por otro lado, y en opinión de Fikentscher, W. (1984), los mercados competitivos contribuyen, además, al fomento de la libertad individual, permitiendo a los ciudadanos la toma de decisiones sin interferencias, siendo eficientes en términos no sólo de libertad de elección sino de oportunidad.

De este modo, parece relevante impulsar el buen funcionamiento de la economía del libre mercado, que maximizará el bienestar de los consumidores, y, en consecuencia, el bienestar social, que parece ser, en el caso de nuestro ordenamiento constitucional el objetivo trazado por el artículo 38 de la CE, que lo configura como un elemento crítico y un principio rector de la vida política y social del Estado.

Así pues, y determinado que es el buen funcionamiento del mercado el bien protegido por el Derecho de la competencia, parece evidente, que deberemos comprender correctamente el funcionamiento de dicho mercado para poder realizar una correcta aplicación de los instrumentos normativos disponibles. La comprensión del funcionamiento del mercado, requiere, necesariamente, la realización de un análisis en clave económica, en el que los elementos que manejaremos serán realidades insertas en dicha disciplina científica.

En este sentido y en palabras de Amadeo Petibò, J. (2010, pp. 7-8) la aplicación del Derecho de la competencia “[...] exige la consideración simultánea de los aspectos jurídicos y económicos de las conductas sometidas a análisis. Hasta ahora el análisis jurídico ha sido predominante. En escasas ocasiones el análisis económico ha sido determinante en el enjuiciamiento de conductas. Donde ha tenido más relevancia ha sido en el control de cambios estructurales cuyo ejemplo más claro son las operaciones de concentración empresarial. Sin embargo, paso a paso, el análisis económico va ganando importancia y no parece arriesgado sostener que en una década se convertirá en el núcleo alrededor del cual girará la aplicación del derecho de la competencia. Este hecho supondrá que los juristas interesados en la aplicación del derecho de la competencia deberán conocer los principios fundamentales del análisis económico de los mercados y que los economistas interesados en dicho campo deberán tener conocimientos básicos de derecho, principalmente de sus ramas administrativa y procesal.”

Para este autor, la correcta aplicación del Derecho de la competencia, supone, considerar elementos de puro carácter económico tales como el poder de mercado, la restricción de la competencia, la colusión o el impacto sobre el funcionamiento del mercado y el bienestar de los consumidores. La relevancia de los mencionados factores en cualquier análisis de una conducta susceptible de ser considerada anticompetitiva, nos obliga a determinar la incidencia de los mismos desde un punto de vista, ya no sólo jurídico sino material, que engloba el perjuicio económico directo y efectivo que dichas conductas causan al propio mercado.

En este mismo sentido, se refiere Amadeo Petitbò J. (2010) a la Sentencia de 13 de diciembre de 2004⁶, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante TS) que se pronunció relación con el recurso de casación interpuesto por Altadis contra la Sentencia de 2 de noviembre de 2001 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (en adelante AN) en el caso del expediente 375/96 del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) en cuya parte dispositiva se declaraba que Tabacalera, S. A. posteriormente Altadis, ostentaba una posición de poder de mercado, al vender algunos tipos de cigarros a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, incurriendo en una práctica de abuso de posición dominante.

La citada Sentencia, en opinión de este mismo autor, pone de manifiesto, por un lado, la ausencia de análisis económico bastante en el citado procedimiento no existiendo este análisis en el sentido exigido por el TS, y por otro, señala que las cuestiones relacionadas con los costes marginales son fácilmente abordables desde una perspectiva teórica, pero difícilmente determinables en su vertiente fáctica. Esta tarea se complica según la citada Sentencia cuando nos encontramos ante productos producidos por empresas de gran dimensión, con varias líneas de actividad. Por lo tanto su determinación requiere de una labor exhaustiva de investigación económica que nos conduzca a resultados objetivos y concluyentes.

Dicha Sentencia, pues, parece afirmar que la correcta aplicación del Derecho de la competencia requiere de un análisis jurídico coexistente con un análisis económico que resulta igualmente imprescindible.

A pesar de que la Sentencia aludida aborda una conducta considerada predatoria, nada hace pensar que las conclusiones de la misma, en relación a la necesidad de un análisis económico profundo, no sean aplicables al resto de las conductas del elenco anticompetitivo. La necesidad de una comprensión exacta de la realidad, no sólo de la ocurrencia de la conducta anticompetitiva, sino de sus consecuencias económicas, así como de la relación de causalidad entre la primera y las segundas, sólo puede abordarse desde un análisis económico riguroso tanto en términos fácticos como metodológicos. Esto resulta de crucial importancia en un entorno empresarial en el que se ha producido un incremento exponencial de la complejidad y una proliferación de los medios informáticos en el tratamiento de transacciones masivas, así como un componente transnacional de la realidad empresarial.

Todas estas circunstancias, nos abren un abanico de posibilidades ingente para la realización de un análisis económico completo, pero a la vez requieren la aplicación de técnicas encuadradas en disciplinas económicas como la contabilidad, la auditoría, la econometría o la estadística.

⁶ Sentencia del TS (Sala 3ª) de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8055).

En este mismo sentido se pronuncia Franco y Sala, LL (2010 p. 129) cuando dice: “La defensa y promoción de la competencia debe aplicar el análisis económico. En este sentido, por ejemplo, al examinar las posibles conductas anticompetitivas de agentes económicos que pueden perjudicar a ciudadanos y a empresas es necesario analizar desde una perspectiva económica, entre otros aspectos, la estructura del mercado donde se desarrolla la actividad o los posibles efectos restrictivos de dichas conductas. Además, en materia de defensa y promoción de la competencia, es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados (operador dominante, mercado relevante ...), cuya determinación conlleva la aplicación de análisis fundamentados en criterios económicos. Esta aplicación proporciona una mayor objetividad y transparencia en la evaluación de las conductas en la medida que los criterios utilizados son conocidos por la pluralidad de agentes económicos y por las autoridades administrativas y judiciales (Gutiérrez, I. y Padilla, A. J.; 2005: pp. 55-56). Asimismo, el análisis económico debe de realizarse utilizando reglas flexibles, coherentes y claras; cuyos resultados puedan ser contrastados mediante evidencias empíricas.”

Alude este mismo autor, a que prueba de la relevancia que el análisis económico tiene en la aplicación el Derecho de la competencia es el estudio⁷ que el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia impulsó durante el año 2005 con la finalidad de determinar una metodología para el análisis de la competencia en los mercados. Dicho estudio parte de las prácticas que en este ámbito se realiza indicando los pasos que deberían guiar un análisis económico de la competencia en los mercados, definiéndolos como sigue:

- Identificación del mercado relevante: geográfico y de producto.
- Evaluación del grado de concentración.
- Evaluación del poder de mercado.
- Análisis de la competencia dinámica.
- Análisis de la eficiencia productiva y de los riesgos de crisis y de insolvencia.

De todo lo señalado hasta ahora podemos afirmar, sin riesgo de error lo siguiente:

- La aplicación material del Derecho de la competencia requiere una comprensión exacta de la realidad económica cada vez más compleja y multinacional y por lo tanto, exige la realización de un análisis económico profundo.
- Este análisis requieren la aplicación de técnicas encuadradas en disciplinas económicas como la contabilidad, la auditoría, la econometría o la estadística.

Este análisis es aplicable tanto a acuerdos y prácticas colusorias o abusivas; concentraciones; o promoción de la competencia.

⁷ Una metodología per l'anàlisi econòmica de la competència. Lliçons de l'experiència comparada. El estudio puede consultarse en www.tcdc.cat

Así pues, un entorno económico cada vez más globalizado, y complejo, exige desde nuestro punto de vista, un conocimiento, cuando menos suficiente, de dicha realidad por parte del Juzgador, con el objeto no sólo ya de deslindar la cualidad de prohibida de una determinada conducta, sino determinar el alcance de sus consecuencias económicas en los diferentes integrantes del mercado y en el funcionamiento del mercado mismo.

La globalización, ha ocasionado que los efectos restrictivos de la competencia que puede producir una determinada conducta antitrust, trasciendan las fronteras de los Estados, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la conducta y también a la hora de determinar y cuantificar los daños por ella producidos.

En este contexto, entendemos que la existencia de una prueba pericial económica, así como la precisa apreciación de sus conclusiones por parte del Juzgador, es una variable imprescindible a incluir en cualquier reclamación de daños y perjuicios derivada de una conducta anticompetitiva.

Determinada la relevancia del contexto económico y su incidencia en la disciplina del Derecho de la competencia, abordaremos a continuación concepto de daño económico.

5. El concepto de daño económico en el marco del Derecho de la competencia

Ya hemos indicado que la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial en un modelo económico eficiente. Frente a ella, hay dos tipos de prácticas que restringen o eliminan la libre competencia: las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante.

Las prácticas colusorias se refieren a todo tipo de concertación entre empresas con la finalidad o efecto de restringir la competencia en el mercado. El abuso de posición dominante se refiere a la conducta que lleva a cabo una empresa con posición de dominio en el mercado, mediante la cual, recurriendo a métodos diferentes de los que usaría en el caso de que la competencia fuera eficaz y sin que exista una justificación objetiva para ello, trata de restringir la competencia existente en el mercado.

Ambos tipos de conductas están prohibidas por la legislación comunitaria y española de competencia. En Europa, el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) las regula en sus artículo 101 y 102. En España están reguladas por la Ley 15/2007, de 3 de julio Ley de Defensa de la Competencia⁸ (en adelante LDC) en sus artículos 1 y 2.

⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

Ambos tipos de conductas *antitrust*, además de causar daños al propio mercado, puede ocasionar daños sobre empresas concretas que operan en él. Cuando estos daños concretos pueden probarse, los perjudicados, pueden, interponer una reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales. La reclamación de los daños derivados de las prácticas colusorias y de los abusos de posición dominante ante los tribunales españoles, se ha enfrentado en el pasado, cuando estaba vigente la anterior Ley de Defensa de la Competencia, de 1989⁹, con una problemática que, sin embargo, con la actual LDC ya no existe.

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989 preveía que para hacer una reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales ordinarios, derivados de conductas anticompetitivas, era preciso que, previamente, la autoridad de competencia, es decir, el TDC, se hubiera pronunciado sobre la existencia de infracción contra la Ley de Defensa de la Competencia. Esto suponía un grave problema para los perjudicados, porque se dilataban excesivamente los procesos y, por consiguiente, la recepción de las indemnizaciones. Con la intención, entre otras, de solventar esta problemática se elaboró la actual LDC, la cual incluyó la posibilidad de iniciar el procedimiento administrativo del expediente ante la autoridad de competencia y, de forma simultánea, instar la reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales ordinarios, sin necesidades de esperar a la declaración de infracción por parte de la primera.

Determinado el cambio procedimental operado por la LDC, abordaremos, a continuación, la determinación de qué debe entenderse por daño, a los efectos que examinar la normativa a aplicar para determinar la cuantificación del mismo.

En el marco del artículo 13.2 de la LDC, y de acuerdo con Brokelmann, H. (2007, p. 54) “En las acciones de indemnización de daños y perjuicios que hasta ahora se han planteado en aplicación exclusiva de los arts. 1 y 6 LDC (sin recurrir paralelamente a los arts. 81 y 82 CE), la labor del juez civil era un tanto limitada, por cuanto se circunscribía a cuantificar los daños, dado que la resolución (firme) del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y, en su caso, las posteriores sentencias de lo contencioso-administrativo que la confirmaban, ya establecían los demás requisitos que conforme al art. 1.902 del Código Civil deben concurrir para fundamentar la acción de resarcimiento.”

Brokelmann, H. (2007, p. 71) afirma que, de acuerdo con el artículo. 1106 CC “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, ha interpretado ampliamente la jurisprudencia [...]”.

⁹ Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE nº 170, de 18 de julio de 1989).

Señala este autor, que la citada jurisprudencia del TS afirma que “la entidad del resarcimiento (según lo proclama el art. 1.106 del Código Civil), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo”.

En igual sentido se manifiestan la Sentencia del TS de 13 abril 1987¹⁰ y la de 28 abril 1992¹¹, al decir que “no existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma”.

En este sentido, en nuestro ordenamiento el artículo 1106 CC establece que la indemnización debe abarcar daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente se refiere a la pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona como consecuencia de un acto u omisión ilícita civil. Se caracteriza por ser un daño cierto y actual. Por su parte, el lucro cesante se refiere a las ganancias dejadas de obtener, que deben ser futuras previsibles y no meramente hipotéticas. La prueba del lucro cesante no puede fundarse en simples conjeturas, sino que ha de apoyarse en la efectividad de su falta de obtención.

En relación a este último concepto jurídico, la Sala Primera del TS, en sentencia de 5 de junio de 2008¹², tiene declarado que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse exclusivamente en el precepto enunciado en el artículo 1106 CC que reza “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”, sino que ha de probarse que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes¹³.

¹⁰ Sentencia del TS (Sala 1ª) de 13 abril 1987 (RJ 1987/2706).

¹¹ Sentencia del TS (Sala 1ª) de 28 abril 1992 (RJ 1992/4466).

¹² Sentencia del TS (Sala 1ª) de 5 junio de 2008 (RJ 2008/525).

¹³ Sentencias del TS (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 1954, de 6 de mayo de 1960, de 30 de diciembre de 1977, mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 (Recurso 5049/2000) (RJ 2007/7175).

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 14 de julio de 2003¹⁴, reiterada en la de 30 de octubre de 2007, determina que "a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; y añade esta sentencia que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener".

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de julio de 1996¹⁵ del TS, que señala "que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico".

Abundando en esta corriente jurisprudencial, señala la Sentencia número 515/2008 de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso de 31 de octubre de 2008 en su Fundamento de Derecho Segundo que: "Dicho lo cual debemos indicar que conforme ha precisado la jurisprudencia, así por todas la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 2 octubre 2007, de la que ha sido Ponente Don Antonio Martí García, y en cuyo Fundamento de Derecho Primero se recoge que: "Dado que la parte actora formula expresa reserva de reclamar indemnización por daño emergente, la cuestión litigiosa a resolver en el presente incidente versa sobre la indemnización que pueda corresponderle por lucro cesante, que ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo (STS de 11 de junio de 2002),excluyendo la posibilidad de que a través de ese concepto tenga lugar un enriquecimiento injusto (STS de 21 de noviembre de 1999), de forma que no es admisible atender a una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios (SSTS de 25 de marzo de 2002 y 21 de noviembre de 1999), y la valoración no puede comprender las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, ya que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (STS de 15 de octubre de 1986)."

Definidos ambos componentes del daño indemnizable y las exigencias que la jurisprudencia española determina en relación a su reclamación, debemos afirmar que, el lucro cesante es el que suelen contener las reclamaciones de daños por prácticas anticompetitivas excluyentes que perjudican a un competidor. Ello se debe a que en este tipo de casos el lucro cesante es el que supone una cuantía económica mayor. Sin embargo, cuando, es el consumidor final el que reclama indemnización a los miembros de un cártel o a una empresa que haya explotado su posición de dominio, los daños que suelen indemnizarse son los emergentes.

¹⁴ Sentencia del TS (Sala 1ª) de 14 julio de 2008 (RJ 2003/753).

¹⁵ Sentencia del TS (Sala 1ª) de 8 julio de 1996 (RJ 1996/119).

La afirmación anterior se fundamenta en las razones siguientes:

- Como hemos mencionado, en el caso de reclamaciones instadas por competidores de la empresa infractora de las normas de Derecho de la competencia, esto es, por otros operadores de mercado que ostentan carácter empresarial, el daño emergente, suele suponer un porcentaje inferior sobre el montante total reclamado, siendo el lucro cesante el concepto con mayor relevancia cuantitativa en el importe total reclamado. Y esto es así porque son los empresarios, ostenten la forma jurídica que ostenten (personas jurídicas o personas físicas operando en condición de autónomos), los que en virtud del desarrollo de su actividad empresarial albergan una expectativa lícita de generación de beneficio que no debiera verse truncada por conductas anticompetitivas. Es decir, la expectativa de negocio y consecución de beneficio es connatural a la actividad empresarial. Por ello, esta puede verse frustrada o minorada, indebidamente, por las conductas prohibidas por las normas antitrust.

Por otro lado, los daños emergentes se circunscriben al periodo de ocurrencia de la conducta anticompetitiva, es decir, entre el momento de su inicio y el de su cesación. Sin embargo, el lucro cesante o beneficio dejado de percibir se materializa en el curso temporal en el que se produce la conducta *antitrust* y se prolonga, habitualmente, a un horizonte posterior a la cesación de la citada conducta. Encontraremos sustento a esta aseveración, si por ejemplo, analizamos una conducta anticompetitiva que haya supuesto una merma de la cuota de mercado del operador afectado que haya redundado en la minoración del importe de sus ventas. La indicada merma de cuota de mercado supondrá una pérdida de beneficios en el periodo en el que la conducta *antitrust* ha estado vigente y se prolongará hasta que la empresa afectada recupere el umbral de beneficio que hubiese obtenido de no haberse producido ésta. Evidentemente, la recuperación de la tendencia de beneficio razonable que se hubiera producido de no acontecer la práctica *antitrust* no es automática, no se produce por la mera finalización de la misma, y necesariamente requiere del transcurso de un periodo temporal más o menos dilatado que conduzca a la empresa afectada a la senda que hubiera registrado en condiciones de competencia practicable.

- Por lo que se refiere a las reclamaciones de consumidores finales las mismas suelen centrarse en los daños emergentes. En primer lugar, porque el consumidor, en su condición de tal, no desempeña ninguna actividad susceptible de generar expectativas de beneficio que puedan resultar frustradas o reducidas. Los daños sufridos por los consumidores suelen materializarse en un incremento de los precios consecuencia del control de la oferta o en la menor calidad de los productos suministrados que puedan suponer un sobrecoste para los mismos.

Analizaremos ahora, la jurisprudencia comunitaria que se pronuncia de manera muy similar a la española. En este sentido, la denominada Sentencia Manfredi señala en su apartado 92 que “ante la inexistencia de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”¹⁶. Según la misma sentencia, en su apartado 95 “en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”. De hecho y como más adelante señala la misma Sentencia, “la exclusión total, en concepto de daño reparable, del lucro cesante no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, ya que, especialmente en materia de litigios de carácter económico o mercantil, tal exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar en la práctica la reparación del daño”. Por otro lado, respecto a la posibilidad de solicitar la inclusión en la indemnización de los intereses, la citada Sentencia Manfredi señala en su apartado 97, que “su concesión, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización”.

Además, la doctrina comunitaria señala que los tribunales nacionales que conozcan de la indemnización por infracción de los artículos 101 y 102 TUE, deben velar porque no se produzca un enriquecimiento injusto. De hecho, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el asunto Courage/Crehan¹⁷, señaló que está conforme con que “el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto, conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado (véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. p. 101, apartado 10), un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado”.

En este punto, no podemos dejar de reseñar la importancia en la cuantificación del daño del deber del perjudicado de mitigar el mismo. Esta carga obligacional ha sido desarrollada por la jurisprudencia comunitaria como “una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. En efecto, según un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola”.

¹⁶ TJCE, sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, EU:C:2006:461).

¹⁷ TJUE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-443/99, Rec. p. I-2725, EU:C:2001:465).

En la práctica, y como más adelante veremos, la cuantificación de los daños consecuencia de una acción anticompetitiva no es una tarea sencilla para el juzgador y su determinación estará supeditada a los informes periciales aportados por las partes o emitidos por un perito judicial, ya que, como señala el TS “en el art. 1.902 del CC no se contiene ninguna norma o regla secundaria relativa a la valoración del daño, siendo doctrina reiterada de esta Sala [...] que la fijación cuantitativa de los daños corresponde hacerla al juzgador de instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes” y “la apreciación del daño a indemnizar, en su existencia y alcance, es “cuestión de hecho” reservada única y exclusivamente al Tribunal de instancia”¹⁸

Otro aspecto que se plantea en relación a la cuantificación del daño es el denominado *passing-on defence*. Nos referimos a la problemática que se suscita en relación a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios para un intermediario en la cadena de distribución que sufre los daños de un cártel¹⁹; éste, en principio, no parece que pueda reclamarlos ya que, normalmente, no habrá sufrido ningún perjuicio económico por haber repercutido el sobreprecio abonado a sus clientes. La misma problemática se suscita en el caso de el que adquirió bienes con sobreprecio a una empresa que a su vez los haya adquirido a un miembro de un cártel y hubiera repercutido dicho sobreprecio al comprador final.

Como manifestación del carácter compensatorio de la indemnización, dicho deber de compensación del daño excluye del resarcimiento, las pérdidas que efectivamente haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras, exigiendo, además de éste, la adopción todas de aquellas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado (Díez-Picazo, L. p. 320)

Sin embargo y en opinión de Alfaro Águila-Real, J. (2009, p. 10) “la repercusión del sobreprecio no constituye una medida exigible al acreedor del resarcimiento -que, dado el carácter secreto del cártel, normalmente desconoce incluso la existencia de dicho sobreprecio- la defensa del “passing-on” no puede fundamentarse en el deber de mitigar el daño”

¹⁸ Sentencia TS (Sala 1ª), de 22 de mayo de 1995, RJ 1995/4088, y Sentencia TS (Sala 1ª) de 18 de julio de 1996, RJ 1996/5893. (

¹⁹ La Comisión Europea define lo que debe entenderse por cártel como: “acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como (...)”. Por su parte, la Disposición Adicional Cuarta, párrafo segundo, de la LDC dispone lo siguiente: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

Sin embargo, la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia ha realizado una interpretación extensiva del concepto de cártel, como en su Resolución en el asunto Peluquería profesional (Fundamento de Derecho Séptimo), cuando señaló que: “Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de las formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general”.

Por su parte, el TS ha analizado la cuestión del *passing-on* en su Sentencia de 7 de noviembre²⁰, en cuyo Fundamento de Derecho quinto, señala lo siguiente: “Sentado lo anterior, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados “aguas abajo”). Pese a la polémica existente sobre la idoneidad de este argumento defensivo (rechazado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 1968 , Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp ., 392 US 481 [1968]), los trabajos realizados en la Unión Europea (Libro verde, Libro blanco y propuesta de Directiva) admiten la oponibilidad de esta defensa, que ya ha sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la indemnización de daños y perjuicios por impuestos y cargas administrativas contrarios al Derecho comunitario. [...] 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 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.”

De la doctrina citada se concluye que, las indemnizaciones por acciones anticompetitivas deberán determinar los aspectos siguientes:

- Establecimiento de la relación de causalidad entre la conducta reputada anticompetitiva y el daño reclamado.
- Determinación del daño emergente como aquel perjuicio actual, efectivo y real.
- Cuantificación del lucro cesante como una pérdida de beneficio sufrida por el perjudicado por la acción *antitrust* en términos de probabilidad suficiente de su efectiva ocurrencia y no de expectativas dudosas o contingentes.
- Análisis de la repercusión “aguas abajo” por parte del perjudicado de los posibles sobrecostes consecuencia de la actividad anticompetitiva en atención a la posible alegación por parte del infractor de la denominada defensa del *passing-on*.

De todo ello se comprueba que es muy complejo la cuantificación de los daños y perjuicios causados por una práctica anticompetitiva, más aún cuando abordamos la determinación del lucro cesante. De este modo, parece no controvertido que las periciales económicas ostentarán un papel preeminente en los procedimientos en los que se deslinde el daño resarcible a los afectados por una conducta *antitrust*, tanto si el afectado es una empresa como si nos encontramos ante un consumidor final.

²⁰ Sentencia del TS (Sala1ª) de 7 noviembre de 2013 (RJ 2013/5819).

Así pues, y dada la dificultad puesta de manifiesto por la doctrina, así como la ausencia de prescripciones metodológicas precisas, más allá de las meras directrices genéricas establecidas por la legislación europea o nacional que puedan guiar la cuantificación económica del daño ocasionado por una práctica anticompetitiva, en los capítulos siguientes del presente trabajo, trataremos de ofrecer una aproximación tanto técnica como metodológica a una adecuada cuantificación económica del eventual perjuicio ocasionado por una acción anticompetitiva.

6. La Directiva 2014/104

A pesar de los denodados impulsos por uniformizar y ofrecer un marco normativo que posibilite la aplicación privada del Derecho de la competencia, esto es, la aplicación que hacen los jueces y tribunales de las disposiciones de competencia en los conflictos entre particulares, hasta hoy en día, dicha aplicación privada no ha tenido un gran recorrido en las jurisdicciones de los Estados miembros.

Así lo ponen de manifiesto Callol, p. y Yuste, M. (2015, p. 299) “[...] entre 2008 y 2013, las estadísticas señalan que únicamente el 25% de las decisiones a nivel comunitario de “aplicación pública” de Derecho de la competencia han ido seguidas de demandas judiciales por daños. Igualmente, se aprecian profundas diferencias entre, por un lado, jurisdicciones más progresivas en este sentido, cuya normativa procesal nacional favorece este tipo de reclamaciones y, normalmente protege los intereses de las víctimas de los carteles en cuanto a la búsqueda de resarcimiento (tales como Reino Unido, Alemania y Países Bajos) y por otro, las jurisdicciones de Estados miembros menos desarrolladas en este ámbito. Ello ha favorecido la aparición del fenómeno *forum shopping*, así como la creciente inseguridad jurídica para los distintos operadores de mercado. Se calcula, que debido a esta aplicación privada inefectiva del Derecho de la competencia, los consumidores y empresarios pierden aproximadamente veintitrés millones de euros cada año en concepto de indemnizaciones.”

Así pues, la Directiva 2014/104 se propone impulsar, en los distintos Estados miembros, la efectiva reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por conductas calificadas como anticompetitivas.

6.1 Objetivos de la Directiva 2014/104

La motivación de la Directiva se fundamenta en el efecto directo de las prohibiciones establecidas por los artículos 101 y 102 del TFUE, a los que ya hemos aludido, para acabar concluyendo que cualquier afectado por una conducta *antitrust* debe poder hacer valer su derecho al resarcimiento de los indicados daños, cuando exista una relación causal entre dicho perjuicio y la infracción de las normas de competencia de la UE.

El marco jurídico actual no regula correctamente las interrelaciones existentes entre la aplicación pública (administrativa) y privada del Derecho de la competencia, pues existe un escollo relevante entre una y otra que ocasiona, por ejemplo, una incertidumbre entre las empresas a la hora de cooperar con las autoridades de competencia en el contexto de los programas de clemencia²¹, pues desconocen si las víctimas de la infracción tendrán acceso a la información facilitada voluntariamente en el momento de la cooperación con la autoridad de la competencia.

En primer lugar, la Directiva facilita en su artículo 2, ofrece veinticuatro definiciones que homogeneizan en los distintos idiomas oficiales la traducción de la jerga forense de uso generalizado en materia de competencia y además, propicia en su artículo 18 la resolución extrajudicial de conflictos mediante cualquier procedimiento, bien sean acuerdos, convenios extrajudiciales, arbitraje, mediación o conciliación.

Por otro lado, en relación al objetivo de garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento, en primer lugar se determina que dicho derecho ya se encuentra recogido en el TFUE, a pesar de que su efectiva aplicación confronta con la diversidad de normas nacionales que regulan las acciones de reclamación de daños. En esta línea Ordoñez Solís, D. (2015), señala que "El punto de partida de la Directiva se apoya directamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por una parte, confiesa su propósito de «garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación» (artículo 1.1 de la Directiva -EDL 2014/203469-). Y seguidamente determina que el ámbito de la armonización será, no solo el Derecho de la Unión Europea de la competencia, sino los distintos Derechos nacionales (artículo 1.2 de la Directiva -EDL 2014/203469-).

²¹ Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia fue la introducción de los programas de clemencia. El programa de clemencia es un instrumento para las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles. La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNMC la detección del cártel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida. El programa de clemencia supone, para las empresas que forman parte de un cártel una suerte de vía de salida, ya que, si cumplen determinados requisitos, podrán beneficiarse de la exención o reducción en el pago de la multa que les habría correspondido por su participación en el acuerdo prohibido.

Inspirándose en la jurisprudencia europea, la Directiva enuncia en su artículo 3 el principio del derecho al pleno resarcimiento, lo que significa, en particular, que “abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses” pero, en cambio, “no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”. Del mismo modo y como reflejo directo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva proclama los principios de equivalencia y efectividad de los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños derivados de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE -EDL 1992/17993- (artículo 4 de la Directiva -EDL 2014/203469-). Esto significará, al menos, en este ámbito, que los Estados deberán adoptar en la práctica casi los mismos procedimientos de las acciones por daños derivados de la violación del Derecho europeo de la competencia o de los respectivos Derechos nacionales de la competencia.

6.2 La aplicación pública y privada del Derecho de la competencia

La máxima preocupación de la Directiva es conseguir una coherente aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, tanto europeo como nacional (Soriano García, J.E., 2014). De hecho, en el apartado 6 de su preámbulo, la propia Directiva subraya: “Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia”.

Del mismo modo, la Directiva reseña en el apartado 13 de su preámbulo que “El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia”.

En este sentido, la Directiva se ha ocupado especialmente de las acciones *follow-on* o dependientes de intervenciones públicas previas, considerando que las mismas tienen más probabilidades de éxito que las denominadas acciones *stand-alone* o acciones autónomas, en las que se da un pronunciamiento previo de las autoridades administrativas (Aresu, A., 2010).

En su artículo 9, aborda la Directiva la necesidad de coherencia entre la aplicación pública y privada del Derecho comunitario de la competencia, donde distingue entre resoluciones dictadas por las autoridades y jueces de un mismo Estado o de otro Estado miembro, determinando que, entre resoluciones de un mismo Estado constituye una prueba irrefutable: “la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente [...] a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE -EDL 1992/17993- o el Derecho nacional de la competencia”.

Sin embargo, en el caso las resoluciones nacionales adoptadas en otro país, éstas deben tener, al menos, el valor de principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, es preciso que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

El artículo 11.1 de la Directiva declara solidaria la responsabilidad por los daños causados por violación del Derecho de la competencia de suerte tal que “las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada”. Sin menoscabo de las excepciones consideradas en el caso de que se trate de pequeñas y medianas empresas o que nos encontremos ante beneficiarios de un programa de clemencia.

El plazo de prescripción de la acción de indemnización de acuerdo con el artículo 10.3 de la Directiva, se fija en un mínimo de cinco años, con la excepción de aquellos casos en los que haya existido una investigación de una autoridad de la competencia, europea o nacional, hecho que según el artículo 10.4 interrumpiría el plazo de prescripción de la acción, terminando la suspensión como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

6.3 La práctica de las pruebas

Como señala Ordoñez Solís D. (2015) “es habitual en las acciones indemnizatorias la cuestión de la prueba resulta crucial hasta el punto de que la Directiva establece una regulación detallada de la práctica de las pruebas. En la Directiva se hace referencia a lo que denomina 'exhibición de las pruebas' que no es otra cosa que la traducción de las expresiones inglesas 'disclosure of evidence' y francesa 'production de preuves'.”

En este sentido, y en palabras de este mismo autor “la Directiva reconoce que la acción de resarcimiento requiere un análisis fáctico y económico complejo y con el fin de facilitar a los demandantes la prueba del daño cuya reparación se pretende establece unas reglas detalladas tanto respecto de particulares como de organismos públicos.”

La Directiva exige en su artículo 5.1, en cuanto a los particulares, que en las legislaciones nacionales los órganos jurisdiccionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado, enunciando los principios aplicables a la práctica de tales pruebas, entre los que señala la razonabilidad, la proporcionalidad, la confidencialidad y el derecho de ser oído por quien se pretenda obligar a practicar las pruebas.

Por su parte, el artículo 6.6 de la Directiva establece normas específicas sobre la práctica de pruebas derivadas de un expediente de una autoridad de la competencia, aludiendo de nuevo al principio de proporcionalidad y estableciendo límites a la actuación administrativa y a la aplicación de programas de clemencia o en solicitudes de transacción. Además, el artículo 8 de este mismo texto normativo determina sanciones potestativas y sometidas al criterio de los jueces nacionales, encaminadas a que se cumplan los deberes de facilitar las pruebas o a mantener la confidencialidad sobre el acervo probatorio. Así mismo, el artículo 15.3 contempla la intervención procesal de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia motu proprio o requeridas por los jueces nacionales para que realicen las alegaciones que tengan por convenientes o a través de la figura del *amicus curiae* con el objeto de contestar dudas que se susciten.

En la actualidad, y hasta la implementación de la Directiva, sigue correspondiendo a los jueces nacionales decidir sobre la base de los criterios legislativos nacionales y de las circunstancias concretas del caso, si la documentación aportada en los programas de clemencia debe exhibirse o no. Para ello, el juez nacional debe colocar en la balanza, tanto, el interés público relativo a la protección de la eficacia de los programas de clemencia como, el interés individual de las víctimas de la infracción en obtener la compensación que les corresponde por los perjuicios sufridos. A esto se le denomina *balancing test* propugnado por la Sentencia Pfeleiderer²². La Directiva en su artículo 6 pretende zanjar esta cuestión en el ámbito europeo a través de la armonización normativa estableciendo los parámetros que conducirán a la misma.

En este sentido, señala Van Cleybreugel P. (2016) que de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales deben considerar los intereses legítimos de todas las partes incurso en el procedimiento antes de determinar el nivel de revelación razonable del acervo probatorio y que nivel de exhibición documental ha de ser proporcionado. Los Tribunales nacionales deben asegurarse que la revelación probatoria es razonable en atención a los factores siguientes:

- El grado en el que los hechos y las pruebas disponibles avalan la reclamación.
- El alcance y los costes de la obtención de determinadas pruebas, evitando búsquedas no específicas de información o documental que tengan poca relevancia para el procedimiento.
- La confidencialidad y los medios a adoptar para de proteger la información sensible cuando su revelación sea necesaria para el desarrollo del procedimiento.

Antes de ordenar cualquier exhibición documental a realizar por cualquiera de las partes implicadas en el procedimiento, esta debe ser oída y deben proporcionarse por parte del órgano jurisdiccional las oportunas garantías de mantenimiento de confidencialidad de la información exhibida.

²² Sentencia TJUE de 14 de junio de 2011, PfeleidererAG/Bundeskartellamt (C-360/09, Rec. P. I-5161, EU:C:2011:389)

Además del régimen de exhibición de prueba general, la Directiva desarrolla las obligaciones específicas en relación con pruebas incluidas en el expediente de la autoridad de competencia. Como principio básico, las normas procesales nacionales deberán asegurar que los órganos jurisdiccionales sólo la ordenarán la exhibición de documentos contenidos en el expediente cursado por la autoridad de competencia cuando ninguna de las partes en el procedimiento o ningún tercero sean capaces de proporcionar aquellas pruebas acudiendo al régimen general de exhibición. Antes de ordenar la exhibición de tales documentos, los tribunales nacionales han de evaluar dos elementos de proporcionalidad adicionales: la petición de exhibición ha de estar relacionada con documentos específicos contenidos en el expediente de autoridad de competencia y no pondrá en riesgo la eficacia de la aplicación de la ley de competencia.

6.4 La Cuantificación del daño y los sobrecostes. La Defensa del *Passing on*

A pesar de que dedicaremos el capítulo siguiente de este trabajo al análisis de la cuantificación del daño, realizaremos una introducción sucinta sobre las novedades que, en relación a este aspecto, introduce la Directiva 2014/104, en esta sección.

El principio básico establecido por la Directiva en su artículo 3, es el derecho al pleno resarcimiento, entendiendo este precepto que "el pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo" el cual comprenderá el derecho a la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, más el pago de los intereses.

En este sentido, el artículo 17 establece, con carácter general, un principio facilitador de la cuantificación de daños en favor del demandante, estableciendo una presunción *iuris tantum* en favor de los demandantes, cuando dice "las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios", aunque, no obstante, "al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción". Así mismo, y vinculada a la cuantificación del perjuicio, se regula el concepto de sobrecoste. La Directiva ofrece en su artículo 12.2 esta definición de sobrecoste como: "la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia". Del mismo modo, la Directiva también pretende evitar la sobrecompensación, es decir, que "el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel".

El artículo 13 se refiere a la defensa basada en la repercusión de sobrecostes o defensa del *passing on* cuando señala que "el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia" señalando expresamente: "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 del demandante o de terceros".

En relación a este concepto, cuando manifiestan que, como ya señalamos en el capítulo 5 de este TFM, dentro de las acciones de resarcimiento de daños se incluyen los conceptos daño emergente y el lucro cesante sufridos por el afectado por la conducta anticompetitiva en atención a los dispuesto en el artículo 1106 CC (Velasco San Pedro, L.A. y Herrero Suárez C., 2011).

En opinión de los indicados autores, el fenómeno del *passing-on* se produciría sólo en el primero de los componentes del perjuicio, esto es el daño emergente como consecuencia del sobreprecio que soportaría el comprador directo, repercutido por su proveedor y debido a la actividad de los miembros del cartel o del monopolio y que supone una pérdida patrimonial en el montante en el que se vieron incrementados indebidamente sus costes.

Como ya hemos indicado, la defensa del *passing-on* se fundamenta en la minoración del daño sufrido por el perjudicado, consecuencia de la repercusión de dichos sobre costes a sus clientes finales.

En este sentido señalan Velasco San Pedro, L.A. y Herrero Suárez C. (2011, p. 601) que “Pese a su aparente contundencia, no es fácil engarzar esta última conclusión con las exigencias de la doctrina general de la responsabilidad civil, que parte de que los daños indemnizables son los que sean consecuencia del incumplimiento del deudor(30), sin que deban tenerse en cuenta las consecuencias de otros actos ajenos(31), máxime si estos no son coetáneos, como sucedería con la repercusión de los precios, en manos exclusivamente de los compradores directos, y necesariamente diferidos en el tiempo.”

La defensa del *passing-on*, como ya indicamos el apartado 5 de este TFM, se fundamenta en dos instituciones generales de la responsabilidad civil española: la obligación de mitigación del daño consecuencia de las exigencias de la buena fe y el principio de la *compensatio lucri cum damno*, conforme al cual, en el cálculo del daño deben compensarse las ventajas que hubiera obtenido el perjudicado como consecuencia del hecho dañoso.

A pesar de las prescripciones de la Directiva en relación a la posibilidad de alegación por parte del demandado de la defensa del *passing-on*, resultan de especial interés las reflexiones de los autores anteriormente citados cuando reseñan que resulta difícil cuando no imposible la aplicación de dicha defensa en determinadas situaciones de infracción de Derecho de la competencia.

Esto se debe a que para poder mitigar el daño el perjudicado ha de conocer que este se está produciendo. En este sentido, en el caso de los daños antitrust el perjudicado normalmente no es consciente de la actividad anticompetitiva y por lo tanto, desconoce que se le está dañando. Resulta meritorio que si por ejemplo, nos encontramos ante un cartel, estando prohibidos e incluso penados criminalmente en algunos ordenamientos, estos han de ser secretos para cumplir sus objetivos. Tampoco suelen ser evidentes los daños producidos por los monopolios.

En todo caso, y aunque el perjudicado conociera la conducta competitiva dañosa, no sólo no resultaría jurídicamente exigible que traslade esos daños a sus clientes, sino que no sería deseable en términos de su propia competitividad. Si el eventualmente perjudicado incrementase los precios finales de sus productos consecuencia de la repercusión de los sobrecostes, este perjudicaría su posición de mercado y probablemente agravaría el daño que quería mitigar.

En términos económicos, habremos de analizar la posibilidad real y efectiva de repercusión de los sobrecostes sufridos por el comprador directo. Habremos de tomar en consideración en este sentido, que si el comprador directo intentara repercutir íntegramente a sus propios clientes el sobreprecio que tuvo que pagar a su proveedor que infringió el Derecho de la competencia, en general esto no sería posible y acabaría siendo soportada por ambos. El reparto del indicado sobrecoste dependerá, de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y mercados concretos. En el caso de demandas muy inelásticas en relación con la oferta, la carga del sobreprecio recaerá principalmente sobre el comprador final. Pero si fuera al contrario, recaería en los vendedores.

Si nos referimos al *compensatio lucri cum damno*, Santos Briz J. (1993 p. 275) señala que “es claro que no habrán de computarse los beneficios que el propio perjudicado haya obtenido a raíz del hecho dañoso en virtud de su actividad o de negocios jurídicos independientes para obtener la reparación del daño”.

En opinión de Velasco San Pedro, L.A. y Herrero Suárez C. (2011, p. 603) “Así las cosas, debe remarcarse que la eventual (no necesaria) repercusión de costes en los compradores indirectos procede de actos o negocios jurídicos independientes realizados por el propio perjudicado, por lo que quedaría fuera del alcance de la aplicación de tal principio.” Sin embargo, más allá de las consideraciones jurídicas arriba indicadas, nos parece especialmente interesante la perspectiva de los autores citados en el párrafo precedente, cuando mencionan que la línea doctrinal establecida en relación al *passing-on* se olvida de la reclamación del lucro cesante. En este sentido, La doctrina jurídica general no parece tomar en consideración que cualquier repercusión de coste “aguas abajo”, como ya hemos indicado, supondría una depauperación de la posición competitiva del perjudicado fruto del incremento de los precios finales de sus productos o servicios. Si esto se itera en el tiempo, y el comprador directo quisiera recuperar su posición de mercado debería reducir sus precios a estándares competitivos que reducirían o anularían la traslación del sobreprecio. Así mismo, si el perjudicado por la conducta anti competitiva consecuencia de la repercusión del sobrecoste, ve reducida su posición en el mercado y por lo tanto registra un beneficio inferior o incluso pérdidas consecuencia de la citada repercusión, lejos de mitigar el perjuicio lo agravaría.

De este modo, la valoración de la defensa del *passing-on* requiere la evaluación no solo de la repercusión de los sobrecostes, sino de las ganancias dejadas de percibir por los compradores directos, consecuencia de este hecho.

6.5 La propuesta de Ley de trasposición de la Directiva en España

No podemos concluir este apartado de análisis de las novedades introducidas en materia de competencia por la Directiva, sin dedicar una breve reseña a la Propuesta de trasposición que de la misma pretende realizar el legislador español que ha de producirse antes de 26 de diciembre de 2016.

El Ministerio de Justicia ha hecho pública el 15 de enero de 2016 la Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104, 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 (en adelante PLTD). España se suma, así, a los Estados que ya han publicado propuestas de transposición, como Holanda y Finlandia. Para que esta Propuesta pueda iniciar su tramitación parlamentaria, es necesario que sea aprobada, en su versión actual o con modificaciones, por el Consejo de Ministros. Además, tendrá que recibir los informes preceptivos, como el del Consejo General del Poder Judicial.

La propuesta da obedece al encargo del Ministerio de Justicia a la comisión especializada de buscar el mecanismo más adecuado para dar cumplimiento al mandato comunitario y encajar en el ordenamiento jurídico español las exigencias de naturaleza procesal y sustantiva contempladas en la Directiva. En la PLTD se ha descartado la regulación de todos los aspectos en un único texto y se ha optado por incorporar las normas sustantivas en la LDC y las cuestiones de naturaleza procesal en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil²³ (en adelante LEC) (Herrero Suarez, C. 2016)

Como señala Herrero Suarez, C. (2016, p. 156) "La modificación propuesta de la LDC más importante, consiste en la introducción de un nuevo Título: el Título VI, denominado: "De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia" que, en once artículos, recoge la totalidad de las cuestiones planteadas en la Directiva en relación a las acciones de daños, con la única excepción de las disposiciones en materia de acceso a pruebas, cuya regulación se remite a la LEC. Un primer examen de este Título revela un apego estricto al contenido e, incluso, a la redacción, de la Norma europea. Si bien es cierto que la Directiva deja poca libertad a los Estados miembros en la incorporación de sus disposiciones, como regla general, con la excepción más significativa de la fuerza vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas extranjeras, en la Propuesta se ha optado por no separarse de la norma europea ni en los escasos campos en los que se confería mayor flexibilidad a los Estados miembros (ad.ex. en relación a los términos de prescripción). Tampoco se ha aprovechado esta ocasión para introducir la regulación de cuestiones que, aunque hayan quedado fuera de la Directiva, son de enorme interés para el ejercicio de las acciones de resarcimiento por ilícitos antitrust, como, fundamentalmente, el recurso colectivo, superando algunos de los inconvenientes que plantea la actual regulación procesal general"

²³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000)

De este modo, la PLTD se decanta por incorporar las normas de carácter sustantivo de la Directiva en la LDC, mientras que incorpora las referentes a cuestiones procesales en LEC. Por último, en cuanto a las definiciones de la Directiva, la PLTD opta por incluirlas conjuntamente en una Disposición Adicional de la norma de transposición.

Respecto a la transposición de las normas sustantivas establecidas por la Directiva, éstas se han reproducido de modo casi literal, salvo en los siguientes aspectos, en los que la PLTD ha ido más allá (Cuatrecasas Goncalves Pereira, 2016):

- Actos desleales: La nueva normativa sería aplicable, no sólo a las reclamaciones de los daños derivados de prácticas colusorias (arts. 101 TFUE y 1 LDC) y de abuso de posición de dominio (arts. 102 TFUE y 2 LDC), sino también a los daños derivados del falseamiento de la libre competencia por actos desleales previsto en el artículo 3 LDC, para los que la Ley de Competencia Desleal ya prevé una acción de daños propia.
- Responsabilidad de la matriz: Se establece expresamente la responsabilidad de la matriz por las actuaciones realizadas por sus empresas controladas. Si bien esta responsabilidad ya existía en vía administrativa (art. 61.2 LCD, “Del régimen sancionador”), en la Propuesta se aclara su extensión a la vía civil de resarcimiento del daño.
- Efecto de las resoluciones nacionales: La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia (sea española o de otro Estado Miembro) o de un órgano jurisdiccional competente, se considerará irrefutable y el tribunal estará vinculado al pronunciamiento declarativo de la infracción. La regulación establecida en la Directiva solo preveía este efecto para las decisiones nacionales, mientras que para las decisiones de otros Estados miembros preveía que estas fueran, al menos, un principio de prueba.

En cuanto a las modificaciones en el ámbito procesal que se realizaran en la LEC, la PLTD, en aplicación de las normas sobre exhibición en la Directiva, propone reemplazar la regulación actual sobre diligencias preliminares y exhibición documental por una regulación completamente novedosa en materia de acceso a lo que denomina “fuentes de prueba”. Sobrepassando las exigencias de la Directiva, la Propuesta extiende estos nuevos mecanismos a “todo actor, todo demandado o todo sujeto que se proponga demandar”, y no sólo a las acciones de daños previstas en la Directiva.

De aprobarse esta PLTD, se incorporaría en la LEC una nueva sección sobre el acceso a las fuentes de prueba, dentro del cual se incluirían disposiciones comunes a todos los procedimientos civiles, así como disposiciones específicas para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

Los aspectos más importantes a destacar del novedoso sistema general propuesto son, entre otros:

- La solicitud de exhibición de prueba podrá hacerse antes de la incoación del proceso, en demanda o después, tanto por el demandante como por el demandado y se podrán hacer solicitudes tanto de la otra parte como de terceros.
- La posibilidad de solicitar categorías de pruebas delimitadas por naturaleza, contenido o fecha cuando no sea posible una mayor concreción.
- La previsión de adopción de medidas eficaces para proteger la confidencialidad, entre las que se incluye un catálogo ejemplificativo.
- La obligación del solicitante de hacerse cargo de los gastos y el otorgamiento o no de caución, en función del criterio del tribunal, tras la petición del afectado por la solicitud.
- La inclusión de un elenco ejemplificativo de medidas de acceso a fuentes de prueba, que recoge medidas actualmente reguladas en sede de diligencias preliminares.
- La previsión de solicitud de nuevas medidas a raíz del resultado de las practicadas, aunque no se regula de manera desarrollada, se prevé cuál es el tribunal competente en ese caso, por lo que la Propuesta la reconoce.
- La previsión de inicio de litispendencia con la solicitud de acceso a fuentes de prueba cuando ésta sea anterior a la demanda
- La obligación de presentación de la demanda en el plazo de 20 días desde la terminación de la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba, en caso de que la solicitud sea previa a la demanda.

En cuanto al procedimiento para la adopción de estas medidas, destaca la celebración de una vista oral a la que se citará a todas las partes. En caso de que sea necesario para ejecutar la medida, se prevé la posibilidad de acordar la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, así como la ocupación de documentos y objetos que se encuentren en ellos.

La PLTD prevé consecuencias negativas para el caso de obstrucción a la práctica de las medidas, las cuales podrán ser pedidas al tribunal por el solicitante. Entre las medidas recogidas se encuentran las inferencias negativas, la desestimación de pretensiones, la imposición de multas coercitivas de hasta 60.000 euros por día y la condena en costas. También se prevén consecuencias similares para el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad, tanto para las partes como para sus representantes y asesores legales, con multas que podrían alcanzar un millón de euros, sin perjuicio de la responsabilidad penal por desobediencia al tribunal o la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados, a la que se hace referencia expresamente.

Las disposiciones específicas a los procesos de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, establecen las medidas sobre exhibición de pruebas en este tipo de casos y los límites al uso de la prueba obtenida a través del acceso al expediente administrativo de una autoridad de la competencia. Estas medidas, que recogen las previsiones de la Directiva, se podrán aplicar con sujeción a estas normas específicas sin perjuicio de las medidas de acceso a fuentes de prueba que puedan formularse al amparo de las disposiciones generales.

Como corolario a este capítulo, nos gustaría reproducir una interesante reflexión manifestada por Callol, P. y Yuste, M. (2015, p.314), “es necesario no perder de vista el hecho de que la Directiva de Daños es un instrumento normativo de mínimos, lo que implica que, a la hora de proceder a su adopción, los Estados miembros podrán ir «más allá» de lo que la Directiva establece. Así, mientras que algunos Estados, por ejemplo, se limitaran a aumentar el plazo de prescripción de la acción de daños en cinco años como señala la Directiva, otros probablemente fijen plazos más elevados. Por ello, es posible que el fenómeno del *forum shopping* no desaparezca y, por ende, las empresas situadas en los distintos Estados miembros seguirán compitiendo en este sentido en desigualdad de condiciones. Cuestión distinta es si el *forum shopping* es algo negativo en sí mismo, también puede ser que una suerte de competencia legislativa no fuera algo intrínsecamente malo. Competencia existe en todo caso en la medida en que unos Estado serán percibidos en general como mejores o más eficaces o mejor garantes de la seguridad jurídica que otros.”

7. La relevancia de la cuantificación económica del daño. La pericial económica en competencia tras la publicación de la Directiva 2014/104.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la aplicación del Derecho de la competencia, lleva inserta en su seno la necesidad de una comprensión precisa del contexto económico en el que se producen las infracciones competenciales. Si además reparamos en que la Directiva tiene entre sus objetivos y principios básicos, velar porque los perjudicados por conductas anticompetitivas puedan alcanzar la reparación completa del daño que éstas les hubiesen causado, concluiremos que el conocimiento de los mecanismos económicos que se desencadenan cuando se producen actuaciones que infringen las normas de competencia y la determinación de las consecuencias pecuniarias ocasionadas por los mismos, resulta crítica en el alcance de la finalidad que así misma se reconoce la Directiva 2014/104.

Ahora bien, cómo evaluar el perjuicio económico en un ámbito que abarca una variedad de sectores, tipologías empresariales y de negocios tan amplias como el propio mercado.

Para dar respuesta a esta pregunta debemos atender a las circunstancias propias de cada conflicto. Por esta razón es crucial la determinación tanto de los antecedentes del caso, el contexto sectorial, así como de la realidad particular de las compañías y de su posición dentro del mercado. Un entendimiento de la sucesión de hechos que han originado un posible conflicto de competencia nos ayudará a fijar tanto el alcance del daño como las variables a considerar en el cálculo del mismo. En esta labor previa al cálculo del perjuicio, es fundamental la identificación y establecimiento de la información necesaria y disponible en relación con el caso. Es de vital importancia entender las peculiaridades de funcionamiento del sector al que pertenece la compañía, su posicionamiento en el mercado con anterioridad a la situación denunciada, sus estrategias comerciales y empresariales y los resultados cosechados en el desarrollo de la misma, así como su situación financiera o la regulación específica del sector. En todo este proceso, la información aportada al expediente administrativo en curso será un factor determinante. Una vez establecido el escenario de partida, debemos determinar los conceptos en que se han lesionado los intereses de las compañías implicadas. El perjuicio económico causado por la práctica denunciada puede haberse materializado, por ejemplo, en un incremento de gastos o en un decremento de las cifras de negocio. En resumen, en una disminución de la rentabilidad y en la no consecución de beneficios previstos que redunde en un menor valor de la compañía y por lo tanto, en un perjuicio para sus accionistas. Todos estos aspectos requieren, para su cuantificación, la determinación no sólo de la situación inicial y de las variables afectadas, sino el empleo de métodos de valoración adaptados a cada caso.

Tendremos que adecuar los procedimientos aplicados a los ítems económicos afectados. Sería procedente el empleo de técnicas de variaciones relativas, en el caso de que existan indicios de incrementos de costes, que nos permitieran establecer la ocurrencia de un daño emergente. Para el establecimiento de un posible lucro cesante no serán de gran utilidad el empleo de métodos estadísticos y de probabilidad combinados con métodos valorativos como el descuento de flujos de caja libre que sustentado en hipótesis robustas de evolución del negocio excluida la conducta anticompetitiva, y basadas en procedimientos de *benchmark* apropiados, nos conducirán a la determinación objetiva de la pérdida probable de valor de la compañía consecuencia de la conducta *antitrust*.

En todos estos casos, el establecimiento de las hipótesis valorativas sólidas, independientes, prudentes y contrastadas debe ser la línea directriz de los cálculos que se realicen. La valoración de daños económicos consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia requiere, en todos los casos, un profundo entendimiento de la secuencia temporal de ocurrencia de los hechos, la determinación de la relación de causalidad económica entre la conducta anticompetitiva y el daño sufrido, el establecimiento de las reglas del juego del mercado o sector en el que opera la empresa, así como una perspectiva metodológica abierta y flexible que considere las múltiples alternativas de cálculo del daño.

Tras esta reflexión, parece incontrovertible que la reclamación de un daño ocasionado por una conducta anticompetitiva requerirá, necesariamente, la aportación de una pericial de contenido económico que, no sólo fije la cuantía del daño, sino que lo haga desde una perspectiva apropiada al caso y empleando una metodología íntegra en términos financieros. La actuación del perito en la determinación del perjuicio debe regirse por la integridad técnica y el rigor crítico, así como por el conocimiento profundo del sector y del mercado en el que operan las compañías implicadas en las actuaciones contrarias a las normas de competencia. Esto nos permitirá determinar los hitos relevantes en la causación del daño, así como los parámetros económicos afectados por las actuaciones consideradas contrarias a la libre competencia.

Del mismo modo, será objeto de la pericial económica la determinación de la relación de causalidad entre la actuación sancionada como anticompetitiva y los daños causados por ésta. Este análisis, deberá hacerse en la mayoría de los casos desde una perspectiva negativa, es decir, habrá que eliminar la posible existencia de factores alternativos a la propia conducta penalizada por la normativa de competencia que pudieran haber causado o agravado el daño finalmente acaecido.

Por otro lado, y en cuanto a las componentes del daño, habrá de determinarse la efectiva ocurrencia y registro del mismo por parte de los demandantes. Esto resulta ciertamente más sencillo en el caso del daño emergente por la propia definición de éste que, como ya hemos indicado, se encuentra constituido por aquellos costes o inversiones vinculados a la reparación del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio. Estos gastos o inversiones resultan fácilmente objetivables con soporte en los efectivos importes desembolsados por los perjudicados o en el caso de que aún no hayan sido asumidos, sosteniendo su alta probabilidad de ocurrencia y determinando su monto con base en presupuestos de proveedores que apliquen precios comprobados de mercado.

Sin embargo, y si nos remitimos al lucro cesante, concepto recogido por la Directiva y por el resto de normativa en materia de competencia tanto nacional como comunitaria, repararemos en la dificultad de su determinación. Como ya hemos indicado, el lucro cesante, se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo. Es precisamente el hecho de la no materialización de la ganancia esperada o debida lo que ocasiona las dificultades, ya no sólo de la determinación del perjuicio sufrido por este concepto, sino su apreciación por parte del juzgador del caso concreto. De hecho, es generalmente conocida la tendencia de los juzgadores mercantiles a calificar el daño emergente como como “sueños de ganancia”.

Para evitar la falta apreciación por parte del órgano jurisdiccional del lucro cesante, en su determinación debemos acudir a premisas de cálculo que incluyan hipótesis robustas en términos de probabilidad. Para ello, habremos, no sólo acudir a los resultados históricos recogidos por los demandantes antes y después de que tenga lugar la conducta anticompetitiva, sino a las tendencias del mercado o del sector en el que operen los damnificados por las mismas. Así mismo, y como ya se ha indicado, habremos de eliminar posibles factores alternativos de causación del perjuicio, fortaleciendo así la relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño.

De acuerdo con la Sentencia del TS relativa al caso Ebrofoods²⁴, el TS confirmó, que el uso por parte de los demandantes de un análisis contrafactual o *but for*²⁵, basado en un modelo de comparación diacrónica, es consistente con lo propugnado por la ciencia económica y apropiado para valorar la cuantía del daño. Por el contrario, el Tribunal determinó que el informe pericial de los demandados, el cual negaba la existencia del daño, era contrario a lo establecido por la decisión administrativa sobre la existencia de un cártel y sus efectos, y por lo tanto inadmisibles. Dado que el único informe admisible en el proceso era el de los demandantes y el Juzgado de Primera Instancia no había dado razones suficientes para reducir su cuantía, el TS sentenció que los demandantes tenían derecho al montante inicialmente reclamado, 4,1 millones de euros.

La controversia surgió de una decisión sancionadora de 1999 de la Autoridad española de competencia, posteriormente confirmada tanto por la AN como por el TS. La decisión determinó que desde 1995 a 1996 varios productores de azúcar pactaron precios y se repartieron clientes y territorios en España en vulneración de las normas de competencia.

En 2007, un grupo de compradores directos interpusieron una demanda *follow-on* reclamando 4,1 millones de euros en concepto de daños y perjuicios. En 2010, un Juzgado de Primera Instancia de Madrid falló parcialmente a favor de los demandantes concediendo solo la mitad de su reclamación. Posteriormente en 2011, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada declarando que los acuerdos en cuestión no podían considerarse un cártel. Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo que estimó su recurso concediendo lo inicialmente reclamado.

Así mismo, la constatación de la existencia de acciones con repercusión económica de minoración del daño contribuirá al sostenimiento de la reclamación del daño por parte de los perjudicados. Como decimos, esta circunstancia puede reforzar la apariencia de una reclamación razonable, a pesar de que el TS en la sentencia más arriba citada, señaló ante las argumentaciones de un miembro del cártel que los demandantes podrían haber reducido sus pérdidas si hubieran comprado el azúcar de otros países donde no existía un cártel. Sin embargo, el TS concluyó que una defensa de mitigación de daños requiere, al menos, una conducta negligente por parte de la víctima que positivamente contribuya al aumento del daño. El TS razonó que los tribunales no pueden proteger más al infractor que de manera voluntaria y consciente causa un daño que a sus víctimas que no han podido evitarlo.

²⁴ Sentencia (Sala 1ª) TS de 7 de noviembre de 2013 en el caso Ebro Foods (RJ 2013/5819).

²⁵ El análisis contrafactual o *but for* supone identificar un hito o punto de divergencia en una secuencia temporal y establecer con criterios objetivos cual hubiera sido la evolución lógica de los acontecimientos de no haberse producido el hecho relevante. Este análisis es de tremenda utilidad en los casos de prácticas anticompetitivas, ya que suponen eliminar el efecto de las mismas y establecer el curso de los acontecimientos si esta no se hubiera producido.

Por lo que respecta a la defensa del *passing on*, que, como ya hemos indicado, consiste en la imposibilidad de reclamar aquellos sobrecostos sufridos por el perjudicado por la acción anticompetitiva que hayan sido repercutidos en el precio de venta de sus productos o servicios, no cabe otra posibilidad que la adveración de la ocurrencia o no de estos extremos mediante la realización de procedimientos periciales económicos que tengan como soporte los estados financieros de la entidad que reclama el daño. En este sentido, en la Sentencia del TS en el caso EbroFoods, antes citada, nuestro alto Tribunal, confirmó que este tipo de defensa es admisible bajo derecho español y, en particular, es consistente con el principio que prohíbe que los demandantes se enriquezcan injustamente con sus reclamaciones judiciales. Sin embargo, el Tribunal estableció dos condiciones a esta defensa. La primera, que la carga de la prueba recae sobre el demandado. La segunda, que para satisfacer la carga de la prueba completamente, los demandados deben probar tanto que los demandantes han repercutido los sobrepuestos aguas abajo como que estos no han sufrido una reducción de sus ventas en consecuencia. Solo de esta manera, según el Tribunal, puede un demandado sostener que compensar a un demandante resultaría en un enriquecimiento injusto.

De todo lo señalado en el presente capítulo parece innegable que el papel de la prueba pericial económica en los procedimientos de reclamación de daños ocasionados por conductas anticompetitivas, no solo es relevante sino fundamental, ya que en la mayoría de estos casos dicha prueba pericial constituye el único acervo probatorio de ocurrencia efectiva del daño.

Dicho lo anterior, abordaremos por último, la incidencia en la litigiosidad existente en materia de competencia de la próxima transposición de la Directiva.

A pesar de que los precedentes de la Directiva, tanto nacionales como europeos, auguraban un aluvión de procedimientos mercantiles de reclamación de las cuantías indemnizatorias ocasionadas por conductas antitrust, este fenómeno no se produjo.

La razón de esta falta de ánimo litigante por parte de los perjudicados, al menos en el ámbito español, se debe a las características de los mismos que, como más adelante veremos, ven frenados sus deseos de iniciar acciones civiles encaminadas a reclamar el resarcimiento del daño, debido al elevado coste que esos procedimientos de reclamación les pueden ocasionar, a la dilación temporal en la obtención de una resolución firme y a lo incierto de su resultado.

Esta tendencia contraria al inicio de la *litis*, podría mitigarse cuando los perjudicados ostentan la condición de consumidores, ya que éstos tendrían la posibilidad de agruparse y ampararse en la figura de la *class action*²⁶ para obtener economías de escala en cuanto a los costes del procedimiento.

²⁶ Las *class action* son aquellas acciones que reúnen todas las demandas de un elevado número de demandantes frente al mismo demandado o demandados, cuando todas las demandas tienen, en esencia, el mismo contenido; ahora bien, la denominación viene de la pertenencia de todos los actores a un grupo o clase más o menos homogéneo, lo que posibilita que algunos miembros de la clase pueden ser indeterminados y, por lo tanto, no estar identificados. Su vigencia se da en el *common law*, básicamente en los Estados Unidos, el Derecho inglés y en zonas de Canadá

En este sentido, Martín López J.J (2001, p. 4) señala lo siguiente: “Las acciones de clase son reconocidas en la LEC para facilitar el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos por consumidores y usuarios (a los “consumidores del producto o usuarios del servicio” se refiere el art. 15.1 LEC). De esta afirmación se siguen dos consecuencias del máximo interés:

- a. En primer lugar, que las únicas personas que se pueden beneficiar del régimen procesal de las acciones de clase son aquellas que reúnen los requisitos legalmente exigidos para merecer la consideración de “consumidor” o “usuario”, a saber, ser destinatario final de bienes o servicios que no se integran en un ulterior proceso de transformación o comercialización (art. 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, y concordantes de las leyes autonómicas sobre protección de consumidores y usuarios). Una aplicación rigurosa de esa exigencia obligaría al Juez a indagar en cada caso si todos los miembros de la clase son consumidores o usuarios en el sentido legal del término, lo que constituye una tarea extraordinariamente costosa y prácticamente inasumible.
- b. En segundo lugar, que las acciones de clase no son de aplicación para daños colectivos no causados a consumidores y usuarios. Así por ejemplo, no son de aplicación a los daños colectivos medioambientales (p. ej., daños derivados de una inmisión dañosa o de un vertido incontrolado). Cuestión distinta es que se propugne una aplicación analógica para este tipo de casos del régimen previsto en la LEC para daños causados a consumidores y usuarios.”

A pesar de esta prescripción de la LEC las acciones de clase en derecho civil español, reconocidas a los consumidores pero vedadas a las empresas, encuentran ciertos escollos tales como la inflexible apreciación de homogeneidad en las reclamaciones individuales o la imposibilidad de legitimación activa de un afectado para representar al resto. Sin embargo, y aún con los obstáculos previstos en nuestro ordenamiento que limitan la proliferación de las acciones colectivas, cuya presencia es todavía simbólica en España en comparación con otras jurisdicciones, resulta factible iniciar una acción colectiva por parte un conjunto de consumidores finales que les posibilite asumir de forma conjunta el coste del procedimiento de reclamación del daño.

Sin embargo, considerando el veto a las empresas al acceso a la *class action* establecida en la LEC, que el tejido empresarial español se encuentra conformado por pequeñas y medianas empresas, y que la reclamación de daños, exige de manera innegable la aportación de informes periciales que resultan costosos, no es descabellado pensar que todas estas circunstancias se configuran como una barrera que impide, en muchos casos, la proliferación de tantos procedimientos como sería deseable.

Establecido el calado del problema, resulta llamativa la falta de precisiones en este sentido en el texto de la Directiva y en la normativa de transposición española a este respecto. Más aún, cuando uno de los objetivos que predica la Directiva es la consecución por parte de los perjudicados del resarcimiento efectivo del daño que necesariamente requiere la interposición de un procedimiento de reclamación del mismo.

En nuestra opinión, y hasta que no se permita un abaratamiento de los costes de los procedimientos por la vía de las reclamaciones colectivas o por otro cauce alternativo, el acceso a los mismos se verá limitado a compañías con capacidad económica suficiente para afrontar dichos costes. De este modo, y sin ánimo de ser pesimistas auguramos un moderado recorrido en términos de efectividad a esta Directiva y a su transposición nacional.

8. Conclusiones

Primera.- Los Gobiernos de los Estados desarrollados proclaman, de forma general, su interés por conseguir alcanzar un funcionamiento del sistema económico que resulte competitivo y que se articule de acuerdo con los principios de libre mercado, pues lo consideran como el mecanismo de asignación más eficiente de los recursos. En este sentido, el Derecho de la competencia o Derecho *antitrust*, se configura como un sector del ordenamiento jurídico cuya finalidad consiste en garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados. Todo ello, responde a que si los operadores económicos pudiesen configurar las reglas por las que se rige el mercado, sin determinación de un marco normativo que les indique el contexto permitido, sus actuaciones podrían hacer peligrar la subsistencia de la economía de mercado, basada en la libre competencia. En nuestro caso nacional concreto, este planteamiento no resulta baladí, si reparamos que el contenido del artículo 38 de la CE, que determina la economía de mercado como el sistema por el que se rige nuestro sistema económico y uno de los pilares básicos del estado social y democrático de Derecho.

Segunda.- En un entorno económico cada vez más globalizado, necesariamente el Derecho de la competencia es también cada vez más global, ya que, fruto de la transnacionalidad económica, se producen transacciones supranacionales que pueden ser objeto de infracciones competenciales que ocasionen la interacción de varias jurisdiccionales nacionales en esta materia. Dicha realidad económica, no sólo global, sino cada vez más compleja, exige un conocimiento adecuado de dicha realidad por parte del juzgador, con el objeto, no sólo ya poder determinar adecuadamente el carácter de anticompetitivo de una determinada conducta, sino determinar el alcance de sus consecuencias económicas en un mercado concreto.

Tercera.- El imparable incremento de la complejidad del contexto económico, y por ende, de las conductas comerciales que en este ámbito se llevan a cabo, ocasiona, que resulte de vital importancia la valoración de las circunstancias de índole puramente empresarial, en la apreciación no sólo de la conducta eventualmente restrictiva de la competencia, sino en el establecimiento de sus consecuencias, en la valoración pecuniaria de los daños que las mismas hayan ocasionado, así como en el establecimiento de la relación de causalidad del daño causado y de la conducta limitadora de la competencia.

En este contexto, entendemos que la existencia de una prueba pericial económica, así como la precisa apreciación de sus conclusiones por parte del juzgador, es una variable imprescindible en cualquier acción de resarcimiento del daño ocasionado por una conducta anticompetitiva.

Cuarta.- En nuestro ordenamiento se establece que la indemnización de los daños derivados de una conducta anticompetitiva, debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente debe entenderse como la pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona. Se caracteriza por ser un daño cierto y actual. El lucro cesante, por su parte, se refiere a las ganancias futuras previsibles y no meramente hipotéticas que se han dejado de obtener. Ambos deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización. La prueba del lucro cesante no puede fundarse en simples conjeturas, sino que ha de apoyarse en la efectividad de su falta de obtención.

Así mismo, la relación de causalidad entre la conducta anticompetitiva y la realidad del daño sufrido, resulta crucial en la acción de reclamación del mismo ante la jurisdicción ordinaria.

Por su parte el infractor podrá acudir a la defensa del *passing-on* que podría excluir la existencia de un daño porque la mercancía o el servicio en cuestión hayan sido revendidos a un tercero repercutiendo el sobrecoste ocasionado al perjudicado por la acción anticompetitiva.

Quinta.- La Directiva ha constituido un gran paso en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de reclamación de daños y es uno más de los frutos alumbrados por la globalización. También es una muestra palpable del imprescindible papel que juega el análisis económico del Derecho en la aplicación de la normativa de competencia.

Por ello, el objeto de la Directiva es garantizar que cualquier víctima de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE pueda reclamar del infractor el pleno resarcimiento del daño que dicha práctica pudiera haberle causado. In embargo y a pesar de la existencia de un número importante de sentencias condenatorias por la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, son escasas las acciones denominadas *follow-on*, que persiguen la reparación del daño causado por la práctica anticompetitiva concreta. Estas acciones son, aún, menos frecuentes en el caso de las denominadas acciones aisladas o *stand-alone*.

Ante la inexistencia, por el momento, de una normativa europea que regule la forma en que debe efectuarse esta reparación, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio de tal derecho.

Sexta.- La Directiva europea de daños tiene, entre sus objetivos, conseguir una eficaz interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia y garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento en un marco normativo europeo armonizado. Para alcanzar este objetivo, la Directiva introduce directrices expresas en relación a la práctica de prueba y a la cuantificación del daño e incorpora dos principios básicos procedentes de la jurisprudencia del TJUE: El principio de efectividad, que establece que las normas procesales nacionales no deben hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario; y el principio de equivalencia, que impone que dichas normas no han de ser menos favorables que las que rigen el ejercicio de los derechos equivalentes conferidos por el ordenamiento jurídico interno.

Séptima.- La Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104, 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 que transpondrá la Directiva en España, se decanta por incorporar las normas de carácter sustantivo de la Directiva en la LDC, mientras que incorpora las referentes a cuestiones procesales en LEC.

Octava.- Para evaluar el perjuicio económico en un ámbito que abarca una variedad de sectores, tipologías empresariales y negocios tan amplias como el propio mercado, debemos atender a las circunstancias propias de cada conflicto. Por esta razón, es crucial la determinación de los antecedentes del caso, el contexto sectorial, así como la realidad particular de las compañías y de su posición dentro del mercado. Un entendimiento de la sucesión de hechos que han originado un posible conflicto de competencia nos ayudará a fijar tanto el alcance del daño como las variables a considerar en el cálculo del mismo. En esta labor previa al cálculo del perjuicio, es fundamental la identificación y establecimiento de la información necesaria y disponible en relación con el caso. Es de vital importancia entender las peculiaridades de funcionamiento del sector al que pertenece la compañía, su posicionamiento en el mercado con anterioridad a la situación denunciada, sus estrategias comerciales y empresariales y los resultados cosechados en el desarrollo de la misma, así como su situación financiera o la regulación específica del sector. En todo este proceso, la información aportada al expediente administrativo en curso será un factor determinante.

Novena.- Una vez establecido el escenario de partida debemos determinar cómo se han lesionado los intereses de las compañías implicadas. El perjuicio económico causado por la práctica denunciada puede haberse materializado, por ejemplo, en un incremento de gastos o en un decremento de las cifras de negocio. En definitiva, en una disminución de la rentabilidad y en la no consecución de beneficios previstos que redunde en un menor valor de la compañía y, por lo tanto, en un perjuicio para sus accionistas. Todos estos aspectos requieren, para su cuantificación, la determinación no sólo de la situación inicial y de las variables afectadas, sino el empleo de métodos de valoración adaptados a cada caso.

Tendremos, pues, que adecuar los procedimientos aplicados a los ítems económicos afectados: aplicaremos técnicas de variaciones relativas en el caso de que existan indicios de incrementos de costes o métodos valorativos como el descuento de flujos de caja libre en el caso de estimación de pérdida de valor de la compañía. En todos estos casos, el establecimiento de las hipótesis valorativas sólidas, independientes, prudentes y contrastadas debe ser la línea directriz de los cálculos que se realicen.

Por tanto, la valoración de daños económicos consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia requiere, en todos los casos, un profundo entendimiento de la secuencia temporal de ocurrencia de los hechos, un conocimiento de las reglas del juego del mercado o sector en el que opera la empresa, así como tener una perspectiva metodológica abierta y flexible que considere las múltiples alternativas de cálculo del daño.

Décima.- A pesar de que los precedentes de la Directiva, tanto nacionales como europeos, auguraban un aluvión de procedimientos mercantiles de reclamación de las cuantías indemnizatorias ocasionadas por conductas *antitrust*, este fenómeno no se produjo.

La razón de esta falta de ánimo litigante por parte de los perjudicados, al menos en el ámbito español, se debe a que las características de los mismos hacen que se vean frenados sus deseos de iniciar acciones civiles encaminadas a reclamar el resarcimiento del daño, dado el elevado coste que esos procedimientos de reclamación les pueden ocasionar. Distinta es la situación de los perjudicados que ostentan la condición de consumidores, que pueden agruparse y ampararse en la figura de la *class-action* para obtener economías de escala en cuanto a los costes del procedimiento. Sin embargo, y considerando que el tejido empresarial español se encuentra conformado por pequeñas y medianas empresas, el hecho de que la reclamación de daños exija de manera innegable la aportación de informes periciales rigurosos que permitan sostener adecuadamente su reclamación de daños, y el coste que ello supone, configura un obstáculo que impide en muchos casos la proliferación de tantos procedimientos como sería deseable al sostenimiento efectivo de su derecho a ser resarcidos.

Nada señala la Directiva ni la normativa española a este respecto. De este modo, y sin ánimo de ser pesimistas, auguramos un moderado recorrido en términos de efectividad a esta Directiva y a su transposición nacional.

9. Bibliografía

- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2009). Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement. *Revista para el análisis del Derecho*, nº3, pág. 10. ISSN: 1698-739X.
- AMADEO PETITBÒ, J. (2010). La relevancia del análisis económico en los procedimientos relacionados con el derecho de la competencia. En: Xunta de Galicia (ed.) *Economía y defensa de la competencia*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, págs. 7-8.
- ARESU, A. (2010). Optimal Contract Reformation as a New Approach to Private Antitrust Damages in Cartel Cases. *European Law Review*, nº 35, págs. 349-369. ISSN: 0307-5400.
- BANCO DE ESPAÑA (2008) La reforma del sistema de defensa de la competencia en España, pág. 57. Madrid. Disponible:<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/08/May/Fich/art4.pdf>
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2011). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi.
- BOTANA AGRA, M.J: (1984-85). Crisis económica y Derecho de la Competencia. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 10, págs. 185-209. ISSN: 1139-3289
- BROKELMANN, H. (2007). La indemnización de los daños y perjuicios. En: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO (ed.) *El Derecho de la competencia y los jueces*. Madrid: Marcial Pons, págs. 53-74.
- CALLOL, P. Y YUSTE, M. (2015). La Directiva Comunitaria Sobre Reclamación de Daños y Perjuicios Derivados de Infracciones del Derecho de la Competencia. Principales Novedades y Potencial Incidencia en el Ordenamiento Jurídico Español. En: *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia*. Barcelona: Civitas, págs. 297-315.
- CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZALEZ J. (2002). *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid: S.A. COLEX, Editorial Constitución y Leyes, págs. 247-248.
- CUATRECASAS GONCALVES PEREIRA (2016). Legal Flash I: Contencioso y derecho de la competencia enero 2016 aplicación privada del derecho de la competencia. Propuesta de ley de transposición de la directiva sobre daños de infracciones derivadas del derecho de la competencia. Disponible: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1412592757es.pdf

- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- FIKENTSCHER, W. (1984). Las tres funciones del control de la Economía (Derecho antimonopolio). *Revista de Derecho Mercantil*, nº 172-173, págs. 459-486. ISSN: 0210-0797.
- FRANCO I SALA, LL. (2010). El análisis económico en la defensa y promoción de la competencia. En: Xunta de Galicia (ed.) *Economía y defensa de la competencia*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, pág. 129.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009). Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia. En: BELLO MARTÍN-CRESPO M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ F. y GÓMEZ SEGADE J.A. (Coords.) *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*. Navarra: Thomson Aranzadi, págs 37-65.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. (2009). Prólogo. En: BELLO MARTÍN-CRESPO M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ F. y GÓMEZ SEGADE J.A. (Coords.) *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*. Navarra: Thomson Aranzadi, págs. 27-35.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2016) “La transposición en España de la directiva de daños antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, núm. 1, págs. 150-183. ISSN: 1989-4570
- KORAH, V (1988). *Introducción al Derecho y a la Práctica de la Competencia en la CEE*. Edición española a cargo de FERNANDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. Barcelona: Ariel.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. (2001). “Las acciones de clase en el derecho español”. Facultad de Derecho Universidad de Castilla La Mancha. Indret, 3/2001. Disponible: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80689/105025>
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2015). La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España. *Revista de Derecho Mercantil*. Disponible: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Directiva-derecho-competencia-transposicion-Espana_11_851680006.html
- PASCUAL Y VICENTE, J. (2002). *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ, P. (2012). La importancia del derecho de la competencia para el Correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis. *Strategy & Management Business Review*, nº 3 (1), págs. 59-64. ISSN: 0718-8714.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2001). *Libre competencia y competencia desleal* Madrid: La Ley.

-
- SANTOS BRIZ, J (1993). *La responsabilidad civil*. 7.^a ed. Madrid: Editorial Montecorvo.
 - SORIANO GARCÍA, J.E. (2014). Público y privado en Derecho de la competencia: entre Escila y Caribdis. En: *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España, Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, págs. 131-152.
 - VAN CLEYNENBREUGEL, P. (2016). Embedding Procedural Autonomy: The Directive and National Procedural Rules. En: BERGSTRÖM M., MARIOS IACOVIDES M., STRAND M. (ed.) *Harmonysing EU competition Litigation. The New Directive and Beyond*. Oxford: Hart Publishig, pág. 114.
 - VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SUÁREZ C. (2011). *Cuestiones de derecho material y derecho procesal*. Valladolid: Lex Nova..
 - VON DER GROEBEN H. (1969). *La politique dans la concurrence la CEE en Droit de Communautés Européennes*. Bruxeles: Nouvelles.

10. Fuentes Utilizadas

10.1 Legislación

- Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE nº C 326 de 26.10.2012 p. 1 – 390).
- 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 (DOUE nº L 349 de 5.12.2014, p. 1).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).
- Ley española 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000)
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE nº 170, de 18 de julio de 1989).

10.2 Jurisprudencia

- TJUE, sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, EU:C:2006:461).
- Sentencia TJUE de 14 de junio de 2011, PfleidererAG/Bundeskartellamt (C-360/09, Rec. P. I-5161, EU:C:2011:389)
- TJUE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-443/99, Rec. p. I-2725, EU:C:2001:465).
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 7 noviembre de 2013 (RJ 2013/5819).
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 14 julio de 2008 (RJ 2003/753).
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 5 junio de 2008 (RJ 2008/525).
- Sentencias del TS (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 1954, de 6 de mayo de 1960, de 30 de diciembre de 1977, mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 (Recurso 5049/2000) (RJ 2007/7175).
- Sentencia del TS (Sala 3ª) de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8055).
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 8 julio de 1996 (RJ 1996/5890)

- Sentencia TS (Sala 1ª) de 18 de julio de 1996 (RJ 1996/5893).
- Sentencia TS (Sala 1ª), de 22 de mayo de 1995, RJ 1995/4088)
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 28 abril 1992 (RJ 1992/4466).
- Sentencia del TS (Sala1ª) de 13 abril 1987 (RJ 1987/2706).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) (RJ 2008/515)