

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS POR RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN A NORMAS DE COMPETENCIA EN UN CÁRTEL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO 1680/19, VALENCIA, DEL DIECISÉIS DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE

MSc. Warren Corrales Castillo*

RESUMEN

El desarrollo de nuevas pautas y acontecimientos en las relaciones jurídicas entre particulares que se han visto dañados en su esfera personal y patrimonial ante situaciones de infracción a normas de la competencia por parte de las empresas, y el derecho, quien siempre es llamado a resolver conflictos nuevos que suceden en la realidad social, han venido de manera inicial a tratar de proteger y ampliar su esfera de resguardo a estas nuevas situaciones. Considero que el derecho seguirá innovando y aplicando nuevos criterios bajo nuevos institutos para tratar de preservar y aumentar la protección al derecho a la competencia, buscando siempre el mayor bienestar posible para la sociedad.

Palabras clave: Responsabilidad civil, derecho civil, reclamación por daños, normas de competencia, carteles.

ABSTRACT

The development of new guidelines and events in the legal relations between individuals who have been damaged in their personal and patrimonial sphere in situations of infringement of competition rules by companies; and, the law, which is always called to solve new conflicts that occur in social reality, has come initially to try to protect and expand its sphere of protection to these new situations. I truly believe that the law will continue to innovate and apply new criteria under new institutes to try to preserve and increase the protection of the right to competition, always seeking the greatest possible welfare for society.

Keywords: Liability, civil law, claims for damages, competition rules and proceedings, cartels.

Recibido 17 octubre 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

* Máster en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid, máster en Derecho Comercial y Compliance por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Derecho de la Empresa por la Universidad para la Cooperación Internacional. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: corrales_warren@hotmail.com

Introducción

En el ámbito del derecho de la competencia, se ha discutido, y mucho, la relación que puede haber entre una infracción a una norma de competencia y el daño que se pueda producir a consecuencia de ello.

Sobre ese tema en particular se han escrito mares de tinta y, en general, podemos indicar que hay una aceptación generalizada y no mucho margen para la discusión al respecto; es decir, se ha superado dicha discusión y se imponen multas y sanciones ante los daños producidos por tal relación. En otras palabras, el derecho ha realizado su tarea al evidenciar una situación específica que requería de su intervención y ha solucionado el problema al imponer multas o sanciones.

Sin embargo, este tema ha ido más allá, se han desarrollado nuevas pautas y acontecimientos en las relaciones jurídicas entre particulares que se han visto dañados en su esfera personal y patrimonial ante situaciones de infracción a normas de la competencia por parte de las empresas; y el derecho, quien siempre es llamado a resolver conflictos nuevos que suceden en la realidad social, ha venido de manera inicial a tratar de proteger y ampliar su esfera de resguardo a estas nuevas situaciones.

Este es precisamente el tema que ocupará este trabajo de investigación con el afán de suministrar un criterio novedoso desde el abordaje técnico, pretendiendo aportar un insumo más a la discusión jurídico-académica del tema desde la óptica de un abogado o una abogada costarricense.

Es interesante adentrarse en el tema porque definitivamente ha sido un progreso en cuanto al derecho de la competencia se trata, y el derecho, en general, siempre propugna brindar soluciones en la sociedad. En especial, el derecho de la competencia siempre busca proteger situaciones que se den en la sociedad y se refieran a aquellos

hechos que atañan a la competencia y la forma de regularla para evitarlos.

Para lo anterior, este trabajo se dividirá en tres capítulos. El primer capítulo hará un abordaje más teórico sobre los conceptos más importantes de la sentencia. El segundo brindará una serie de instrumentos para la interpretación de la sentencia y el nuevo paradigma de la reclamación por daños frente a terceros. Por último, el tercer capítulo versará sobre aspectos prácticos de la responsabilidad como tal, analizando las doctrinas que desarrolla la sentencia.

Así, bajo ese capitulado, abordaré los siguientes temas: reclamación por daños - infracción normas competencia, análisis de los artículos 1902 - 1106 del Código Civil, legitimación pasiva y *ad causam*, prescripción, acción *follow on*, acción *passing on*, responsabilidad solidaria matriz-filial, sobrecostes, intercambio de información sobre precios (ilícito por objeto), acción consecutiva, principios de equivalencia y efectividad y la doctrina *in re ipsa*.

1. Reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de competencia

a) Análisis somero de la sentencia

Para iniciar con el abordaje de estas situaciones a las que nos referimos, es importante saber de qué estamos hablando y cuál fue el progreso que, en criterio de este autor, se llevó a cabo con esta sentencia, en la que inicialmente se condenaron empresas¹ (sociedades mercantiles) al pago de una suma de dinero en concepto de daños a una persona física.

Esta condena tuvo éxito gracias al ejercicio de una acción de reclamación por daños derivados de la infracción de las normas de la competencia en el

1 FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.

marco del denominado cártel de los fabricantes de camiones².

En términos generales y, para no pretender resumir la sentencia que no sería el objeto de esta investigación, debo señalar que la situación jurídica versa sobre un proceso anterior y previo. Este fue el análisis de una situación donde unas empresas que, al final, fueron condenadas, participaron en un cártel de fabricantes de camiones, donde se pusieron de acuerdo en precios, lo cual fue debidamente probado.

Esta situación generó otro daño, ahora no a la competencia en su faceta general, sino en particular a una persona que compró un camión para su trabajo justo en esas fechas. Lo que el actor demandaba, justificado de manera amplia, fue que dicho cártel le generó un daño y pidió compensación³ por ello.

Lo interesante es que se ha entendido, desde el punto de vista del derecho de la competencia, que lo que generaba el daño de un cártel o de cualquier otro acuerdo de este tipo era un daño a la sociedad en general, a la competencia y, por lo tanto, se condenaba a las empresas por tal accionar antijurídico y se les imponían multas. Sin embargo, en este caso que analizo, va mucho más allá y ahí radica, en mi opinión, lo relevante del caso.

Así, el actor consideró que tal actuación lo dañó en su esfera personal patrimonial. No es una actuación que directamente las empresas hicieron para generarle el daño. Pero, se podría señalar de manera indirecta que se le generó un daño a su persona.

Esto lo logró demostrar en el proceso y logró evidenciar la relación de causalidad y demás criterios. Pero el aporte jurídico radica precisamente en que, ante una actuación particular de empresas en cuanto a precios, no solo daña a la sociedad (competencia), sino también puede dañar a las personas individualmente consideradas y como tal ser objeto de discusión jurídica y, aún más, de indemnización ante el daño generado.

b) Análisis de los artículos 1902, 1106 y 1908 del Código Civil, criterios jurisprudenciales y otros instrumentos jurídicos

En este apartado, se revisarán los presupuestos de estimación de la acción del artículo 1902 del C. Civil, que considero que concurren para completar este análisis. Para ello, es menester realizar un análisis y copia integral de los artículos para encuadrar la redacción a lo indicado por ellos.

El artículo 1902 señala claramente lo que se conoce como la teoría general de la responsabilidad: quien causa un daño por acción u omisión tendrá la responsabilidad de repararlo. Así indica que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Por su parte, el artículo 1908 amplía tal esfera de protección y de responsabilidad. Este artículo versa sobre la responsabilidad de los propietarios por daños causados a ciertos supuestos:

1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias

2 Decisión de la Comisión Europea del 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones.

3 F. Díez Estella. “Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación”. En I. Ruiz Peris (dir), La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 261 a 284, Valencia 2016; F. Díez Estella y P. Pérez Fernández. “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?”. Revista Aranzadi de la Unión Europea, n.º 7 (año XL), julio de 2014.

explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado, 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades, 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; y, 4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.

Por último, con respecto a la indemnización por daños y perjuicios, el artículo 1106 es claro al afirmar que: *“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, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

No se debe desconocer el anterior desarrollo jurisprudencial que se ha venido articulando por parte del Tribunal Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), el cual indica las pautas que deben seguirse al interpretar el derecho español y, de modo particular, el artículo 1902 en conexión con el artículo 1106, antes citados, cuando la acción que se ejercita es la de reclamación de daños por infracción de las normas de la competencia, como indicamos *supra*.

De hecho, el Tribunal Supremo ha venido definiendo los criterios y parámetros necesarios y utilizados para la interpretación, los cuales serán de aplicación por referencia a la jurisprudencia del TJUE, al combinar el análisis de las cuestiones controvertidas y, en particular, la defensa del “*passing on*” por la parte demandada, cuestión

que analizaremos luego, al “*principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia*”⁴. Y, en defecto de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el derecho de la competencia, afirmó que debía resolverse la cuestión aplicando las normas de derecho interno⁵.

Además, las sentencias han señalado e incluido también en su análisis a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) en el sentido de que “*producen efectos directos en las relaciones entre particulares, generando para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar*”⁶.

Otro importante instrumento jurídico que debemos analizar es la Directiva 2014/104, la cual se sustenta en los criterios jurisprudenciales que, a su vez, proceden del TJUE, y, en su doceavo considerando, indica, en lo literal, lo siguiente:

La presente Directiva confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no prejuzga ninguna evolución posterior del mismo.

4 Sentencia del 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819).

5 Ver, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, del 20 de septiembre de 2001, caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera del 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

6 Sentencia del TJCE del 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99-.

Lo que estas sentencias han desarrollado, inspirándose en la doctrina del alto tribunal, versan sobre distintas materias, y las más características son las que tienen que ver con la eficacia directa de los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE en las relaciones entre particulares⁷; la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia⁸; y el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos⁹.

La sentencia Manfredi añade un elemento adicional con mediana claridad al exponer lo que sucede ante la inexistencia de una normativa de la Unión sobre la materia:

corresponderá al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluso a la aplicación del concepto de relación de causalidad, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad¹⁰.

De dicha sentencia se pueden extraer varios elementos interesantes que nos sirven para sustentar lo que hemos venido desarrollando, en cuanto a que, basándose en el principio de efectividad, toda persona tiene el derecho de 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 solo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.

Sobre la acción de una persona particular para solicitar el resarcimiento, es importante estudiar cuáles son los elementos que un juez o una jueza deberá entrar a valorar y analizar al estar atento una posible indemnización por daños y perjuicios. Así se ha indicado que “*el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, su poder de negociación, la posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte; y la capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía¹¹*”, entre otros, son elementos que necesariamente se deberán tener en consideración.

Aunado a la directiva, también es menester citar la comunicación oficial de la Comisión y la *Guía práctica* sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimientos de los artículos 101 o 102 del TFUE¹², que lo exponen de manera magistral: “*el mero hecho de que las empresas participen en las actividades ilegales propias de un cártel, pese al riesgo que entraña para ellas la infracción de las normas de la competencia, indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes*”.

Bajo este mismo análisis, se concluyó, en concordancia con otros análisis, que “*en el 93%*

7 Sentencia del TJUE (Sala Quinta) del 5 de junio de 2014 (caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive)

8 Sentencias BRT/SABAM, 127/73, EU:C:1974:6, apartado 16.

9 Sentencias Courage y Crehan, EU:C:2001:465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C 199/11, EU:C:2012:684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11, EU:C:2013:366, apartado 21).

10 C-295/04 a C-298/04) del 13 de julio de 2006, mejor conocida como “caso Manfredi”.

11 En el marco del ejercicio de una acción de resarcimiento, sin desconocer la situación concreta examinada por el TJCE, véase la sentencia del 20 de septiembre de 1999 (“Courage”).

12 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 13 de junio de 2013.

de los casos se producen sobrecostes, siendo el coste excesivo medio (resultante de los datos analizados) del 20%¹³”.

La importancia transcendental de esta *Guía* es palpable, ya que introduce el criterio de los efectos de los carteles, dotando a los tribunales nacionales de insumos para resolver casos de difícil cuantificación:

*Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, **los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto**¹⁴”.* (El resaltado es nuestro).

El asunto que dio paso a esta investigación también radica en que había una dificultad probatoria y que una parte era muchísimo más débil que la otra, lo cual la ponía en una seria desventaja.

Sin embargo, la *Guía* también nos brinda una solución a ese problema al afirmar que:

un escenario de dificultad probatoria no debe impedir que las víctimas reciban

un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que tal dificultad justificaría una mayor amplitud o flexibilidad de los jueces para estimar el perjuicio en la medida en que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente. Ello no permite, sin embargo, la arbitrariedad ni la confusión entre flexibilidad” y solución salomónica carente de justificación.

En ese mismo sentido, no solo la *Guía* ha tocado el tema, sino también la doctrina consolidada relativa a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria ya ha analizado con extrema claridad e integralidad estos conceptos destacando que su aplicación “*hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable, por la disponibilidad o proximidad a su fuente*¹⁵”.

Esto significa que se excluye de su aplicación cuando ambas partes litigantes se encuentran en la misma posición jurídica, cuestión que resulta obvia del análisis literal de dichos pronunciamientos. Pero, lo que sí se exige y funge como requisito *sine qua non* es que se dé una ponderación de quien ostenta la posición prevalente y la facilidad de acceso a la información¹⁶.

Por tanto, en el análisis de los presupuestos que resultan del artículo 1902 citado, en relación con la interpretación conforme con los criterios jurisprudenciales que hemos citado, podemos arribar a la conclusión lógica de que existe y

13 Las conclusiones que se expresan en los párrafos 139 a 145 de la *Guía* se apoyan en un estudio encargado por la Comisión, sustentado, a su vez, en una serie de estudios empíricos ya existentes sobre los efectos de los cárteles.

14 Ver conclusión 145 de la *Guía*.

15 Ver entre otras, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2014. (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5212) en la que, con cita de la sentencia del 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1866).

16 Criterio que se reitera en la sentencia de 5 de octubre de 2016. (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:4273) y en la sentencia del 7 de septiembre de 2019. (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES:TS: 2019:2854).

concorre el primero de los presupuestos exigidos por dicho artículo. Por ello se justifica el ejercicio de la acción planteada por el actor en reclamación de daños y perjuicios, frente a quienes han sido destinatarios de la sanción impuesta por ella, cuestión que pasamos enseguida a analizar.

c) **Legitimación pasiva - *ad causam* y *prescripción***

Inicialmente, debemos advertir que este apartado es un tema más procesal, pero me parece conveniente introducir y analizar, ya que su argumentación fue utilizada como uno de los pilares de las empresas demandadas para defenderse y alejar su no responsabilidad en el caso bajo examen. Es muy interesante el abordaje jurídico teórico detrás de ello, por lo que pasamos de inmediato a realizarla. Aunado a ello, también es relevante para el caso el tema de la prescripción, el segundo de los argumentos esbozados para evitar una condena por parte de las personas demandadas.

Queriendo aterrizar al trabajo con la definición que se utilizará, nos remitimos a la definición dada por el *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española: “*es la capacidad procesal para poder actuar como parte activa o pasiva en un proceso determinada por la posición en la que se encuentra la persona con el objeto litigioso*¹⁷”. La legitimación pasiva se define como: “*la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte recurrida en un recurso judicial*¹⁸”.

El tribunal desestimó la excepción alegada de falta de legitimación pasiva invocada por la parte

demandada por las razones que vimos *supra* y, de esta manera, se enlaza y adquiere sentido tanto lógico como jurídico. Más bien a dicha empresa se le reconoce legitimación *ad causam* para soportar la acción instada contra ella. Luego veremos que el tribunal incluso amplía dicha responsabilidad y, por ende, la legitimación, a la casa matriz.

Se parte de que la acción ejercitada es una acción consecutiva, cuestión que es muy importante y relevante para el análisis posterior que se hará de la temática.

En la sentencia donde fue condenada la empresa Mercedes Benz, sobre un caso similar al que estamos analizando en el presente trabajo, el juzgado señaló que:

*la parte demandante está ejercitando una acción consecutiva, esto es, derivada única y exclusivamente de la Decisión de la CE de 19 de julio de 2016, a cuyo contenido hemos de estar, constata que la sociedad MERCEDES BENZ TRUCKS ESPAÑA S.L. no aparece en la Decisión de la CE como infractora o responsable de la infracción. Únicamente lo es la matriz del grupo, la sociedad alemana DAIMLER AG*¹⁹.

Lo que se discute y es interesante para aportar al trabajo, en función de la sentencia, es el cómputo que se hace de este instituto jurídico y el momento a partir del cual debe computarse.

De igual manera, el tribunal desestimó la excepción de prescripción y dejó establecido que el día inicial del cómputo fue el 6 de abril de 2017 cuando la parte tuvo conocimiento “*de forma*

17 Real Academia Española. (2020). *Diccionario del español jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

18 Real Academia Española. (2020). *Diccionario del español jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

19 López y García de la Serrana, Javier. (Julio 2019). *Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”*. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en la Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil, editadas por SEPIN.

*efectiva de la existencia de la infracción y de la existencia de perjuicios derivados de ella*²⁰”. La demanda fue interpuesta por la parte actora el 4 de abril de 2018, dentro del plazo indicado y establecido por el artículo 1969 del Código Civil.

De conformidad con la lectura que el tribunal realizó de la cuestión, se fijó el día inicial del cómputo en conexión con el momento en que fue publicado el resumen de la decisión en el *Diario Oficial* de la Unión Europea, por lo que, al tiempo del registro de la demanda, esta no había prescrito, como se indicó en el párrafo anterior.

Se indicó claramente en la sentencia que la información generalista que resultaba de la nota de prensa inicial que fue publicada era insuficiente para el conocimiento de los aspectos en que deba fundarse la acción por los eventuales perjudicados.

La prescripción “*ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material*”²¹”.

Como sabemos de la teoría general del derecho, el plazo de prescripción²² es improrrogable, y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

Se añade que “*la aplicación de la prescripción por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva y que al llevar a cabo la*

labor interpretativa se ha de tener presente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción”²³, esto en virtud de que:

*la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida*²⁴.

Lo relevante y el criterio seguido en estos casos es que el conocimiento del daño sufrido determina el comienzo del plazo de prescripción. Por referencia al momento en que la demandante tuvo acceso a la información por la entrega de un soporte informático que la contenía, se afirma que “*sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización*”²⁵”.

La jurisprudencia ha sido conteste en adicionar otro elemento y presupuesto de lógica jurídica que conviene destacar para incluir en nuestra argumentación. Utiliza una frase muy sencilla y simple, pero con un alto índice de importancia de índole y contenido jurídico: “*la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir*”.

20 Este criterio ha sido el seguidamente mayoritariamente por los juzgados de lo mercantil que han dictado los primeros pronunciamientos en los procesos iniciados en esta materia, con sustento en el artículo 1969 del C. Civil y los propios principios orientadores de la Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

21 Ver entre otras, la sentencia del STS número 326/2019 del 6 de junio.

22 J.M. Baño Fos. “El dies a quo del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la Competencia”. En el blog Derecho mercantil, 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta, el 14 de diciembre de 2018).

23 Sentencia 721/2016 del 5 de diciembre.

24 STC 148/2007 del 18 junio.

25 Sentencias del 19 de octubre de 2009 y del 16 de marzo de 2010, entre otras.

Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar [...]”²⁶”.

Esto es muy relevante en virtud de la transcendencia, ya que, primero, determina la necesidad de que nazca la acción para que el instituto de la prescripción también aflore, y, segundo, entre muchos otros, que la parte tenga los elementos de hecho y de derecho para litigar.

Este tema de la aptitud plena para litigar ha traído consigo un desarrollo posterior jurisprudencial interesante y aplicable al análisis. Como en este caso y, siendo normales y comunes de las prácticas colusorias las conductas de carácter complejo mantenidas en el tiempo y en las que intervienen varias personas o entidades mercantiles, *“se es claro en indicar que la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, pese a representar un indicio de esa clase de prácticas, constituya a su receptor en una situación de aptitud plena para litigar”²⁷”.*

Debemos advertir, entonces, bajo esa premisa, que tampoco poseería dicha capacidad para litigar la sola noticia de que el órgano administrativo de defensa de la competencia esté llevando a cabo una investigación, al menos mientras no se tenga constancia del resultado final de dicha investigación en sede administrativa.

La argumentación dada en esta sentencia es clara y contundente al afirmar que *“la publicación de una nota informativa de dos o tres páginas, respecto de la extensión de la versión no*

confidencial de la Decisión, no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa”.

La sentencia también le dedica a este tema una buena argumentación, ya que la defensa de la parte demandada pretende desvincularse del caso alegando la prescripción, basándose en que ya había conocimiento, mediante esta famosa carta y, que desde ahí, empezaría a contar el plazo, estando prescrita la acción.

Asimismo, argumenta y basa su razonamiento en el desequilibrio existente entre las partes y, por ende, la asimetría informativa que existe en el caso. *“no basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados”*.

La conclusión a la que se llegó con respecto a las argumentaciones soslayadas en la sentencia para este extremo es que, en el momento de la publicación de la nota de prensa, el eventual actor perjudicado no estaba en condiciones de poder ejercitar de una manera eficaz su derecho y lograr su total efecto, teniendo en cuenta y en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño, a lo que nos referiremos también luego.

26 La sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid del 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM: 2017: 9034 – relativa al cártel del seguro decenal, resolución de la CNC del 12 de noviembre de 2009), con cita – entre otras – de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016 y del 20 de octubre de 2015.

27 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016.

2. Responsabilidad solidaria matriz filial

a) Responsabilidad solidaria de la sociedad matriz frente a la filial

Otra argumentación interesante que hace de esta sentencia un fallo que amplía conceptos y protección y que es progresiva es la cuestión de la que la responsabilidad del caso y la condena que hubo atañen también a la sociedad matriz, y no son válidas ni de recibo las justificaciones que pretendan desvirtuar ni desvincular a la sociedad matriz de su responsabilidad solo por el hecho de ser matriz.

Detengámonos un momento para establecer claramente lo que se entenderá en este trabajo por responsabilidad solidaria. El diccionario antes citado señala expresamente tres acepciones²⁸ de dicho instituto jurídico, ya sean la general, la penal o la administrativa.

La primera se define como: *“responsabilidad civil cuyo importe total se puede exigir a cualquiera de los causantes del daño, el cual podrá reclamar a los otros la parte correspondiente”*.

La penal se refiere a la *“responsabilidad civil cuyo importe total se puede exigir a cualquiera de los autores o cómplices del delito, el cual podrá reclamar a los otros la parte correspondiente”*.

Por último, la administrativa²⁹ se determina como *“responsabilidad sancionadora indirecta que obliga al cumplimiento o satisfacción de toda la sanción, no solo de la parte o cuota por la que se sea directamente responsable, sin perjuicio de la posterior acción de regreso contra los demás”*.

El tribunal logró constatar y reconocer que, en su condición de sociedad matriz, ejerció influencia decisiva sobre su filial, así como sociedad matriz (indirecta) sobre ella. Por ello, se deduce, *“a priori, su legitimación para soportar las acciones de reclamación de daños consecuencia de la infracción sancionada, sin necesidad de mayor razonamiento”*.

En el caso bajo examen, no hay ningún impedimento legal para establecer responsabilidad también a la casa matriz; de hecho, considero que es lo adecuado con arreglo a derecho, específicamente de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esto significa que el actor tiene el derecho y la posibilidad real de dirigir su acción contra quien aparezca como destinatario y comercialice los productos afectados por la infracción a través de sus filiales nacionales, a tenor de la estructura de ventas que tenga la empresa, ya sean distribuidores y concesionarios propios o empresas concesionarias independientes. La idea detrás de ello es de mera lógica, no queriendo desproteger al actor ni tampoco eliminar la posibilidad real de encontrar sustento jurídico y protección ante un daño, ni hacerlo imposible.

Precisamente, para evitar la falta de legitimación pasiva de quien no ha sido objeto de sanción (en la relación directa entre el comprador y la filial), se plantea la reclamación frente al responsable originario, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso. Así, las empresas destinatarias de la decisión *“son una serie de sociedades de los grupos de los fabricantes, y ellas deben ser las demandadas si no se quiere incurrir en falta de legitimación pasiva, o en cualquier caso para*

28 Real Academia Española. (2020). Diccionario del español jurídico. Consejo General del Poder Judicial.

29 Ver Ley 40/2015, art. 28.3; sentencia STC 76/1990.

poder beneficiarse del efecto vinculante de la Decisión en estas acciones de tipo consecutivo³⁰”.

Como podemos ir concluyendo, en este caso específico, estamos ante la responsabilidad solidaria³¹, y así la sentencia lo manifiesta con atino. El derecho, si es concebido como aquel garante de derechos, no puede obligar a lo imposible lo que se traduce como el exigir al eventual perjudicado que *“haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación”*.

Por ello, la doctrina calificada y la jurisprudencia han indicado que, en estos casos, opera la responsabilidad solidaria, entendida esta como la que afecta a los coinfractores de una actividad lesiva a la competencia; en virtud de lo cual, serán conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por esa infracción, siempre sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores. Esto es lo que se conoce como la relación externa, la primera; y la relación interna, la segunda.

Esto deviene de un análisis previo que ha sido parte de una discusión a nivel de Tribunal de Justicia de la Unión Europea³², específicamente sobre las modificaciones estructurales, los términos de empresa y de unidad económica y la responsabilidad de las sucesiones empresariales que, por su importancia medular, me permitiré copiar textualmente el apartado 38 y el 46:

38 En el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad sí, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad³³.

46 Por tanto, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad

30 López y García de la Serrana, Javier. (Julio de 2019). Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en las Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil, editadas por SEPIN. Julio 2019.

31 Este principio ha sido sentado en la jurisprudencia reciente del TS por la sentencia 709/2016 del 25 de noviembre, en relación con las reclamaciones derivadas del cártel de los sobres de papel. Esta solidaridad impropia es alegada para determinar si la prescripción de la acción de daños para uno de los reclamantes afecta al conjunto de los demandados, y también para dilucidar hasta qué punto responden del daño los que no han tenido relaciones comerciales directas con el que reclama los daños. La respuesta a estas cuestiones, según la SJMerc n.º 3 de Madrid del 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162), en su fundamento jurídico 4º es: “no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta [...]”.

32 Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que, en relación con los conceptos de “empresa” y “unidad económica”, es posible la extensión de la responsabilidad en el ámbito de la sucesión empresarial derivada de las modificaciones estructurales que es cuestión que se aborda en la sentencia apelada que cita, a su vez, la sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2019, C- 724/17.

33 Véanse, en este sentido, las sentencias del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 42, del 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C: 2013: 801, apartado 22, y del 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C: 2014: 2456, apartado 40.

se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas³⁴.

Por último, tras analizar si cabe extender esa responsabilidad, cerramos con que, conforme al concepto de empresa, se señala que:

el concepto de infractor, en la aplicación privada del derecho de la competencia, debe imputarse también a una persona jurídica a la que pueda condenarse a un resarcimiento de daños, sin perjuicio de que, además de una consideración individual pueda ampliarse hacia otros entes que integran el concepto comunitario de empresa, como unidad económica de decisión, se concluye que en este caso se extiende a la filial aquí demandada la responsabilidad declarada en la decisión administrativa para la matriz, sin que ello comprometa el derecho al pleno resarcimiento, ni el principio de efectividad, al haber podido demandar en España a las sociedades infractoras³⁵.

b) Sobrecostes³⁶, intercambio de información sobre precios (ilícito por objeto) y acción consecutiva

Llegados a este punto, es menester comenzar a analizar los vínculos entre la infracción sancionada con los precios de venta de los camiones en general y como efectivamente se

llegó a imponer un monto, en específico, por el daño causado.

Para ello, introducimos el concepto de sobrecoste. Esta cuestión, de una lectura expresa, nos indica rasgos generales de lo que significa, es un sobrecoste, un coste adicional mayor. Sin embargo, es menester entenderlo desde su óptica de nacimiento, la ingeniería civil. Así se le ha definido como: “*incremento de costo o sobrepasar el presupuesto, es un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto. Un sobrecoste es algo común en los proyectos de infraestructura, construcción de edificios y tecnología³⁷*”.

También, se ha señalado sobre este precepto que:

diferencia existente entre el costo final de la inversión necesaria para realizar un proyecto versus el estimado inicial del mismo con el cual se firma el contrato y que corresponderá a un estudio previo cuyo nivel será de perfil; factibilidad o estudio constructivo que será contrastado con la realidad en el momento de la ejecución de las obras. Los sobrecostos existen en todas las obras de ingeniería puesto que provienen de caracterizaciones aproximadas de los proyectos antes del inicio de los mismos, versus la realidad del terreno, el entorno y los factores de diverso tipo que se presentan durante la ejecución y si ellos son

34 Véase, por analogía, la sentencia del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 41.

35 Cohen Benchetrit, Amanda. (1 de abril de 2017). La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. Artículo publicado en la Revista de Jurisprudencia. Málaga, España.

36 Ver la Guía sobre el passing on de los sobrecostes; además ver análisis hecho por E. Sanjuan y Muñoz, “The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)”, (June 24, 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>

37 Delgado Sayán, Raúl. (11 de marzo, 2019). ¿Estamos hablando de un delito o de algo de común ocurrencia en obras públicas y privadas? Para Lampadía, Perú.

*necesarios y están incorporados en la obra no constituyen delito*³⁸.

De hecho, se desprende de la Decisión de la Comisión que esta no establece ningún efecto ni vínculo entre la infracción sancionada y los precios de venta de los camiones en España, los cuales fueron realizados por la filial de dicha empresa española, la cual no fue destinataria de la decisión.

La Decisión fue muy clara al argumentar que la conducta sancionada consistió esencialmente en el *“intercambio de precios brutos paneuropeos en los que no participó IVECO ESPAÑA y de los que no hay constancia de incidencia en los precios de lista brutos españoles”*.

También se tocó el tema de los precios brutos y se agregó un elemento adicional: los descuentos que ha implementado la empresa en otros momentos. La Decisión de la Comisión no demostró que las conductas investigadas tuvieran algún efecto en los precios finales de venta de los camiones, de conformidad con la conducta investigada.

Sí se afirmó, por otra parte, que los precios brutos guardaban escaso o nulo parecido con los precios netos, y se añadió que IVECO aplicaba, con bastante frecuencia, grandes descuentos, *“que pueden superar incluso el 40%”*.

Se debe advertir, por la importancia que el tema amerita, que el cártel de los camiones *“no es un cártel duro desde el punto de vista de la ciencia económica ni desde el punto de vista de la propia Decisión de la Comisión, no se trata de un cártel de fijación de precios sino de intercambio de*

información sobre incrementos de precios brutos, que no afecta al precio final”.

Este tema es muy relevante para comprender, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad de las empresas y la comisión de un daño en virtud de una acción prevista en un cártel, si bien no de precios, sí de intercambio de información.

Podría perfectamente darse en un supuesto de incremento de los precios brutos. Pero ello no conllevaría por sí solo y de manera necesaria un incremento del precio neto. El producto objeto del cártel *“no es homogéneo, sino heterogéneo, y ello dificulta la eficacia del propio cártel; no se acredita la relación causal entre las conductas sancionadas y el sobrecoste aplicado, máxime cuando cada país tiene sus listas de precios brutos y el intercambio de información se centra en Alemania”*. Esto es lo que lo hace complicado, pero a la vez susceptible de estudio y de desarrollo ulterior.

Al incorporar un país distinto del que hemos estado hablando, queremos introducir de manera muy breve y con ocasión de lo dicho cómo ha analizado Alemania este tema. Con respecto a ello, han sido varias las resoluciones dictadas por tribunales alemanes³⁹, y entre ellos, vemos que han desarrollado la temática introduciendo la tesis conceptual de:

la incorporación de un elemento para verificar la existencia de procedimientos de reclamación de daños y perjuicios contra los fabricantes de camiones destinatarios de la Decisión de la Comisión, en las que se ha estimado la reclamación de adquirentes de camiones de 18 toneladas, con sustento en la

38 Delgado Sayán, Raúl. (11 de marzo, 2019). ¿Estamos hablando de un delito o de algo de común ocurrencia en obras públicas y privadas? Para Lampadia, Perú.

39 Entre ellas, constan tres de la Corte General de Hannover del 16 de abril de 2018, una cuarta del 15 de octubre del mismo año y dos de la Corte General de Stuttgart del 30 de abril y del 12 de noviembre de 2018.

aportación de la correspondiente factura de compra, en las que se ha apreciado el efecto de los acuerdos colusorios en el mercado y el carácter vinculante de la Decisión de la Comisión (el resaltado es propio).

Así podemos notar cómo, en otras legislaciones y ordenamientos, a pesar de ser miembros de la Unión Europea y tener ordenamientos jurídicos similares, se introduce el elemento de la aportación de la factura de compra para hacer esa relación entre el daño sufrido y la acción realizada. Con ello se verifica la existencia de dichos procedimientos contra fabricantes de vehículos para reclamar daños y perjuicios.

Pero ¿qué ha sido y dónde se ha centrado la defensa de las empresas demandadas en este caso específico? La parte demandada soslayó en su escrito de contestación que el cártel sancionado no es un cártel de fijación de precios, sino que la conducta consistió en intercambio de listas de precios brutos e información sobre precios brutos, cuestión que ya señalamos, agregando que no tiene incidencia en el mercado y no ha producido como efecto sobreprecio, ni, consecuentemente, perjuicio económico al demandante por la compra del camión que titula. Lo que ello significa al resumir sus dos argumentos es que no hubo sobreprecio ni perjuicio porque no es un cártel de fijación de precios, sino un intercambio de información, ello no ocasiona daños.

Sin embargo, la sentencia nos brinda una luz para resolver la cuestión. La sentencia concluye que, si bien del cártel no resulta que hubiera fijación de precio, sino intercambio de información, esto se hizo con la finalidad de fijarlos, introduciendo la teoría finalista o del fin que es de las más razonables y, a la vez, comúnmente es utilizada, en estos casos, cuando se analizan dos tesis predominantemente diferentes y debe ser la persona juzgadora la que, al echar mano de ella, decida sobre la cuestión.

Añade también el elemento del tiempo, ya que, para construir su argumento, señala que en:

un período de cartelización tan alto (14 años) ese intercambio informativo constituye instrumento idóneo para la progresiva alineación de precios, lo que, junto con la presunción que resulta de la directiva, le induce a concluir en la existencia de elementos de prueba suficientes de su incidencia en los precios por la duración del cártel e intercambio de información para la limitación del calendario de introducción de tecnologías acordes con las nuevas normativas en materia de emisiones.

De esta manera, no se deja margen a la discusión y, con buen tino, se desvirtúa el argumento que la parte demandada pretendía desarrollar.

La argumentación de fondo es que efectivamente sí hay una incidencia de los precios brutos hacia los precios finales, y esto afecta a una persona en su esfera patrimonial, causando un daño. De hecho se contienen apreciaciones sobre la influencia en los precios de venta a los consumidores de la coordinación anual de los precios de las listas de los fabricantes (con incidencia primero, en el nivel fijado para los mayoristas, y después para el destinatario final del producto), y se aprecia la posibilidad de que los incrementos coordinados de los precios de catálogo repercutan en los precios pagados por mayoristas y consumidores finales.

En el párrafo 27 de la decisión de la comisión, se describe el proceso de fijación de precios en el sector de los camiones, esto para fortalecer la argumentación mediante elementos objetivos. Su punto de partida es el “*precio de lista bruto inicial fijado en la sede central (objeto de la conducta sancionada)*, al que sigue la fijación de precios de transferencia a través de las filiales de

distribución, ulteriores precios a concesionarios – en su caso –, y finalmente los precios netos de venta a clientes, que, según se indica reflejan descuentos sustanciales sobre el precio de lista bruto inicial”.

Sobre la relación de causalidad y los indicios del proceso, debemos advertir y apuntar que, al acreditarse la compra del vehículo dentro del período en que se dio el cartel, en su área de influencia geográfica y en el marco de la distribución de una de las empresas afectadas, existen suficientes indicios para considerar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta sancionada y su incidencia en el precio de adquisición del camión, por lo que el daño producido sí debe ser objeto de responsabilidad y, por ende, de indemnización.

c) La acción *follow on*⁴⁰ y la acción *passing on*⁴¹

El siguiente argumento esbozado por la Comisión introduce dos conceptos muy interesantes y que se deben desarrollar ampliamente, los cuales corresponden a la defensa del *follow on* y al *passing on* junto con el objeto de ambos. Para desarrollarlos, se añaden a este el tema de los sobrecostes y la famosa frase de “aguas abajo”.

Así, con sustento en que “*cualquier supuesto sobrecoste ha sido trasladado por el demandante a sus clientes aguas abajo*”, se afirman la exigencia y la existencia del daño y una referencia a la amortización fiscal del sobrecoste.

Íntimamente relacionado con este tema, tenemos la noción introducida del *follow on*⁴². La Comisión identifica la acción ejercitada como *follow on*⁴³ y determina la normativa aplicable al caso en relación con el momento en que se produjeron los hechos, anteriores a la directiva 2014/104.

En el caso de las acciones de daños y perjuicios derivados de las actuaciones ilícitas, cuestión que ha sido compleja de desentrañar, resultan ser clave para la valoración de las pruebas en general y, en particular, de los informes periciales, los parámetros que se fijan en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 7 de noviembre de 2013, la cual hemos desarrollado previamente.

Con ocasión de la defensa del “*passing on*⁴⁴” utilizada como argumento por la parte demandada en el denominado cártel del azúcar⁴⁵, se introdujo la imposibilidad de realizar una “*reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación de no haberse producido la conducta ilícita*”.

40 P. Vidal; A. Capilla y C. Gual. (2017). “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 47, pp. 39-53.

41 R. Sarazá Jimena. (2018). “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch CGAE, Valencia, p. 16

42 I. Sancho Gargallo. (2018). “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia, p. 107.

43 P. Martorell Zulueta. (2018). “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”. En Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia pp. 78, 79 y 87, respectivamente.

44 Díez Estella, Fernando. (2019). Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar. Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil Centro Universitario Villanueva, ORCID ID: 0000-0002-5011-0051.

45 Cuestión ampliamente discutida, al respecto ver, Francisco Marcos. (2017). Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar. CPI, Competition Policy International. Profesor IE Law School.

Esta es la cuestión que nos interesa para nuestro caso, ya que el juzgador de antemano, sabiendo que la situación que se pudo haber producido es imposible de reproducir, debe ir más allá y no quedarse con un argumento tan pobre y débil, jurídicamente. Esta situación deriva de una condición lógica, constituyéndose en un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en “*proyecciones de lo que habría sucedido si aquella no hubiera tenido lugar*”.

Concluyendo, estamos ante una acción judicial que se ejerce después de que la *Comisión haya declarado y constatado en su decisión que se ha producido una conducta antitrust*, con reconocimiento de los hechos por las sociedades integrantes del cártel:

Se trata por ello de acciones de tipo consecutivo o follow on, según las denomina la doctrina científica. Pues bien, en este tipo de acciones, existe un efecto vinculante de la Decisión de la Comisión para el órgano jurisdiccional nacional, en cuanto a la admisión de la existencia de una conducta prohibida.

Así se desprende de lo dispuesto en el art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado: Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión⁴⁶.

3. Principios de equivalencia y efectividad

a) La doctrina *ex re ipsa*

Con esto quiero cerrar el trabajo, ya que considero que esta doctrina es sumamente relevante y quisiera profundizar su estudio.

El Tribunal Supremo español estimó que era correcta la presunción de existencia del daño cuando se producía una situación en que su existencia “*se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas*”. *Se produce una situación en que habla la cosa misma (“ex re ipsa”), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa y se basa en ella⁴⁷”.*

En la sentencia del 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP Z 1823/2015 - ECLI:ES:APZ: 2015: 1823), la Audiencia de Zaragoza, sección quinta, se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la indemnización correspondiente a los casos de daños o perjuicios causados como consecuencia de actos de competencia desleal, y la aplicación, por lo general, salvo ciertas excepciones de la doctrina *ex re ipsa*.

Ante tal panorama, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) en principio, se presume la existencia del daño cuando deriva de actos de los que por la propia razón de las cosas el daño ha de haberse causado,

46 Reglero Campos, L. Fernando y Badillo Arias, José Antonio (coordinador). En Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Responsabilidad Civil y Seguro. Aranzadi, n.º 67, tercer trimestre.

47 Así resulta, entre otras, de la sentencia de la Sala Primera del 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o, más recientemente, de la del 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3936).

2) se requiere que tales actos o conductas sean de tal entidad o naturaleza que deba entenderse que producen necesariamente el daño, en cuyo caso, el afectado solo ha de probar el hecho del comportamiento desleal y la relevancia del mismo; y,

3) La aplicación debe hacerse con cautela y prudencia⁴⁸: la flexibilidad probatoria no obsta al hecho de que a quien reclame la indemnización de unos daños y perjuicios corresponda su prueba inicial, o cuando menos la exposición razonada y convincente de los hechos que permitan valorarlo en su justa medida, conforme a jurisprudencia mantenida constantemente, sin tener que pasar por el reconocimiento de cantidades por esta vía de indemnización claramente fuera de lugar; que carezcan del debido fundamento, sin prueba suficiente que permita con cierta claridad precisarla⁴⁹.

Esto también ha sido analizado por parte de la Audiencia de Alicante, sección octava, la cual revisó el tema de la dificultad probatoria con que “en ocasiones, se encuentra la parte que reclama, y así lo indica, cuando toma en consideración que la iniciativa probatoria ha partido del demandante que ha contado con unas fuentes de información limitadas y condicionadas por el propio demandado⁵⁰”.

Adicionalmente, la aplicación al caso de la doctrina *ex re ipsa* resulta ser de total relevancia e importancia con la cautela y prudencia que deriva de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materias cercanas a las que hemos estudiado, y es interesante adicionalmente, porque incluye una serie de parámetros porcentuales:

Los estudios estadísticos de la guía de la comisión ponen de relieve el altísimo porcentaje en el que los cárteles producen efectos, un 93%. En la propia nota de prensa de la Comisión publicada el 19 de julio de 2016, en el último de sus apartados, se hace expresa referencia al ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios respecto de los afectados por las conductas sancionadas.

La cautela que se señala *supra* impone la aplicación de la doctrina *ex re ipsa* (como, cuando proceda la apreciación judicial del daño a que se refieren la directiva y la norma transpuesta) y no permite equiparar los supuestos en que se ha cumplido con la efectiva carga de la prueba, con aquellos otros en que la parte, pese al intento realizado (que puede abrir la puerta a la ponderación judicial), no lo ha conseguido por errar en el método, en el objeto o en la identificación de los elementos (datos y bases) que le hayan permitido expresar unas conclusiones válidas, aun en términos de probabilidad.

Como vemos, son dos cuestiones distintas. No es lo mismo lo que hemos venido exponiendo, en el sentido de la dificultad de obtener y suministrar pruebas por ser la parte más débil o porque, en la práctica, le sea muy difícil, sino que, en el caso de que la supuesta obtención de las pruebas no ha sido por una imposibilidad material, sino más bien ha sido por un error en el método, en el objeto o en la identificación de los elementos, entonces la conclusión y su efecto directo señalan que no sería admisible la aplicación de la doctrina ni servirá para la apreciación del daño.

Ahora bien, ¿cómo se expone esto en la demanda? El informe emitido no trae intrínseco una

48 Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de septiembre de 2014.

49 Entre otras, ver sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 2014.

50 Sentencia del 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI:ES:APA:2019:2183.

“*cuantificación alternativa del daño*” a pesar de que las sociedades demandadas, que se entiende que han infringido un acto de competencia, de acuerdo con la Decisión, “*se encuentran en una posición de prevalencia y de facilidad probatoria que no tiene el perjudicado*”. Las empresas demandadas en su escrito de defensa rechazan la argumentación de la existencia de un “*sobrecoste repercutido y reiteran que la prueba del daño y de su importe es carga de la parte actora*”.

Incluso indica con atino con respecto a los porcentajes y a la presunción de la existencia del daño que: “*Sin embargo, no analizaron que en un ámbito en el que, en los estudios de la Comisión se estima que en el 93% de los casos de cartelización se producen efectos de diversa índole, es difícil vencer la presunción de la existencia de daño*”.

El razonamiento de base en esta sentencia y que agrega validez a esta es que tal presunción históricamente ha jugado a favor de la parte actora y no se desvirtúa por la simple afirmación de la inexistencia de sobrecoste, de manera que “*cualquier entidad sancionada por la infracción de las normas de la competencia siempre quedaría dentro de un margen residual [...]*”.

Aunque se indique que, si se ha producido un hipotético incremento en los precios brutos, ello no implicará necesariamente un incremento en los precios netos. No se desconoce, sin embargo, la probabilidad de la existencia de efectos. Tampoco se desconoce que la utilización de los métodos de la *Guía* dependa de los datos disponibles, los que se tengan a mano y hayan sido arrojados por el propio proceso.

Esto nos sitúa en el plano de la disponibilidad y facilidad probatoria de la que hemos hablado,

será imprescindible que el juez o la jueza y el conflicto como tal se circunscriban y se traben la litis, con base en la información y documentación disponible junto con la facilidad de obtener y aportar pruebas. En este supuesto, se deberá rechazar la conclusión *a priori* de la inexistencia de daño, como consecuencia irrefutable de lo anterior.

Es menester indicar que lo antes dicho no trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad bajo ningún caso, no se debería intentar con la argumentación desvirtuar el criterio que se ha utilizado, con el riesgo que ello entraña de “*banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del daño que incumbe al perjudicado*”.

En supuestos en los que, por la naturaleza del daño, es complicada su cuantificación; por ejemplo, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de determinados profesionales, por ser el daño hipotético e incierto, el Tribunal Supremo ha declarado desde hace ya algunos años que “*si bien las dificultades que presenta la cuantificación no impide que el juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los perjuicios sufridos, esa indemnización no puede consistir en lo que se hubiera podido percibir efectivamente en el proceso del que deriva el daño*⁵¹”.

El Tribunal Supremo incluso ha ampliado dicha argumentación al punto de afirmar que “*la aproximación al alcance de los posibles daños no debe pretender sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible*⁵²”.

Por su parte, se ha señalado y declarado que “*no es de aplicación el criterio de la libre*

51 Sentencia del 16 de diciembre de 1996 del Tribunal Supremo.

52 Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de julio de 2006.

discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia [...]”.

En este caso, se introducen dos términos interesantes: primero, la diferenciación que se hace de daño moral y patrimonial, al afirmar que es precisamente un daño patrimonial, y, segundo, la incertidumbre que surge del cálculo con la consecuente obligación de juicio de valoración y previsión de probabilidad.

Así aplicando estos criterios a la situación que hemos analizado, *“no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”.*

b) Los peritajes y los contrainformes

Ahora bien, entonces, cabe preguntarnos, ¿qué hacer ante este escenario de imposible dificultad probatoria? Lo ideal es recurrir a un informe pericial que parta de una hipótesis razonable y que sea técnica, fundamentada en datos que han adquirido intersubjetividad. Lo que se busca con un peritaje es que su objeto sea la cuantificación del perjuicio derivado de la infracción.

Al hablar de la persona perita como tal, debemos siempre tener en cuenta su cualificación, su conocimiento del mercado afectado, el método elegido y la fundamentación de sus conclusiones.

Lo que se quiere con el informe pericial, que debe estar necesariamente motivado y justificado, es que aporte conocimientos técnicos, científicos y prácticos al caso para permitir que el daño sea resarcido. El resultado y el fin en resumen es que el ejercicio del derecho a solicitar daños

y perjuicios, garantizado por el tratado, no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica.

La persona perita al realizar su examen debe basarse en cuestiones correctas y concretas (teniendo presentes la existencia y naturaleza del concreto cártel que examina y su incidencia en el mercado), utilizando un método adecuado e hipótesis de trabajo razonable y razonada técnicamente, sustentada sobre datos que puedan ser constatables, no erróneos, como indicamos antes, definiendo y delimitando el período temporal y debe contener las modulaciones necesarias, incluyendo variación de costes, desprecio de factores irrelevantes y aplicación de las oportunas actualizaciones.

Bajo esta argumentación, debemos dejar claro que lo que se busca es que se aporte un criterio probable y no cierto, cuando dicha certeza sea imposible de obtener.

La sentencia es clara al afirmarlo:

sin perjuicio de los soportes necesarios para justificar su opinión técnica sobre lo controvertido, y de la complejidad inherente a las cuestiones examinadas, lo que debe aportarse al Tribunal son sus conocimientos aplicados al caso (derivados de sus máximas de experiencia) que permitan el resarcimiento del daño, de acuerdo con lo que constituye su función en el proceso judicial, esto es, aportar los conocimientos científicos, técnicos o prácticos que requiere el asunto sometido a la decisión de los jueces”. Ello no implica una exigencia en términos de certeza cuando tal certeza no es posible, pero si una justificación completa y adecuada en términos de probabilidad.

Con respecto a los contrainformes, cuando estos sean presentados en un caso precisamente para desvirtuar a una persona perita que no ha seguido

ni obtenido las características y cualidades que hemos señalado antes, es menester indicar que no bastará con que estos *“se limiten a cuestionar la exactitud y precisión del que pretenden traerse abajo, sino que habrá de justificar una cuantificación alternativa mejor fundada”*.

Conclusiones

Después del análisis que se hace en este trabajo sobre la sentencia, la cual es su piedra angular, basada en la Decisión de la Comisión, queremos poner de manifiesto el objeto y el interés de aportar un grano de arena a la discusión teórico-jurídica que gravita sobre los temas en cuestión.

Como se indicó al inicio, de manera introductoria, para efectos de este trabajo, resultaba muy interesante y relevante ver cómo la responsabilidad civil por daños y perjuicios que, tanto en mi país⁵³ como en el vuestro, nace a la vida jurídica cuando se produce un daño, puede extenderse incluso en los casos de violación a las reglas de la competencia.

Como vimos, en este caso, se condenó a una empresa que había intercambiado información en un cártel (supuesto de daño a la sociedad como un todo) por ser prohibido y violatorio del derecho de la competencia. Sin embargo, una persona alegó que había sufrido un daño precisamente como consecuencia de tal actuación prohibitiva y violatoria, al haber comprado un camión de dicha empresa.

En la sentencia, con buen atino, se le dio la razón al actor y se le reconoció el derecho de reclamar los daños y perjuicios junto con la introducción de otros elementos que fueron analizados en el presente caso y que valía la pena mencionar por su importancia en la discusión jurídica y para

entender cómo se arribó a la imposición de la condena monetaria en el monto señalado.

Debemos manifestar que esta no es la única sentencia que ha tratado el tema ni tampoco lo único que se ha escrito sobre ello. Por ello, es necesario acudir a varias referencias a otras sentencias para dotar de sustancia el trabajo y la argumentación que se introduce en este. Sin embargo, consideré interesante analizar esta sentencia.

De lo expuesto podemos arribar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, debemos advertir la naturaleza del cártel donde la conducta sancionada no fue la fijación de precios netos, sino el intercambio de información en relación con las listas de precios brutos, cuestión que trajo a colación mucha discusión y una argumentación para evitar la condena por parte de la demandada; además, las características del mercado de camiones que como se expuso resulta ser altamente cíclica; lo heterogéneo del producto final con la enorme posibilidad de variantes que inciden en el precio de venta de cada camión; y la política interna propia consistente en grandes descuentos que son aplicados a los compradores de camiones en los precios de venta sobre el precio de lista bruto inicial.

Podemos concluir también sobre lo meramente procesal en el sentido de que la manifestación tardía del daño derivada del desconocimiento del cártel, la dificultad probatoria y el desequilibrio en la posición de las partes fueron insumos utilizados de manera sobria para rechazar el argumento de daño cero a que se refiere la parte demandada, quien no ofreció ningún monto ni cuantificación alguna, limitándose a negar cualquier sobreprecio, daño o incidencia de la conducta infractora en el comportamiento

53 Código Civil de Costa Rica, artículo 1045: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

del mercado, la eventual incidencia de crisis económica y la ausencia de datos para valorar sus efectos en el amplio periodo de cartelización.

Así, estoy esperando en que el derecho siga encontrando soluciones innovadoras a nuevos casos planteados, teniendo una mente abierta para dilucidar cuestiones ambivalentes donde los asuntos planteados inicialmente no son de fácil regulación o atención.

Se tiene la fuerte convicción de que el derecho seguirá innovando y aplicando nuevos criterios bajo nuevos institutos para tratar de preservar y aumentar la protección al derecho a la competencia, buscando siempre el mayor bienestar posible para la sociedad, entendido esto como un todo, como el conjunto de personas que habitan en un sector y que desean beneficiarse de ese entorno y, a la vez, conocer que están bajo un Estado de derecho, sin indefensión y protección de su libertad, promoviendo, a través de ello, la riqueza y la igualdad.

Bibliografía

Baño Fos, J. M. (20 de noviembre de 2013). El *dies a quo* del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del derecho de la competencia, en el blog Derecho mercantil. Disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta el 14 de diciembre de 2019).

Cohen Benchetrit, A. (1 de abril de 2017). La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia. Artículo publicado en la *Revista de Jurisprudencia*, Málaga, España.

Delgado Sayán, R. (11 de marzo de 2019). *¿Estamos hablando de un delito o de algo de*

común ocurrencia en obras públicas y privadas?, para Lampadía, Perú.

Díez Estella, F. y Pérez Fernández, P. (Julio 2014). La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia? *Revista Aranzadi* de la Unión Europea, n.º 7 (Año XL).

Díez Estella, F. (2016). Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación. En I. Ruiz Peris (dir). *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*. Valencia: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 261 a 284.

Díez Estella, F. (2019). *Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar*. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Centro Universitario Villanueva.

López y García de la Serrana, J. (Julio 2019). Novedades sobre las reclamaciones judiciales del “cártel de los camiones”. Las diversas posiciones de los tribunales españoles. Artículo Monográfico publicado en las *Revistas Digitales de Consumo y de Responsabilidad Civil*, editadas por SEPIN.

Marcos, F. (2017). *Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar*. *Competition Policy International*. Profesor IE Law School.

Martorell Zulueta, P. (2018). *Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral en Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*. Editorial Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia.

Reglero Campos, L. F.; y, Badillo Arias, J. A. (Coordinador). En *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en*

Responsabilidad Civil y Seguro Responsabilidad Civil y Seguro. Editorial Aranzadi. N.º 67, tercer trimestre.

Sancho Gargallo, I. (2018). *El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia en acciones follow-on. Reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch – CGAE, p. 107.

Sanjuan y Muñoz, E. (June 24, 2018). *The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)*. Disponible en SSRN:.

Sarazá Jimena, R. (2018). El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia en Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones *del Derecho de la Competencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch CGAE, p. 16.

Vidal, P.; Capilla, A. y Gual, C. (2017). *El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia*. Actualidad Jurídica. Uría Menéndez, pp. 39-53.

Jurisprudencia

FIAT CHRYSLER AUTOMOBILES NV y CNH INDUSTRIAL NV.

Decisión de la Comisión Europea del 19 de julio de 2016, en el Asunto AT.39824- Camiones.

Sentencia del 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI: ES:TS: 2013: 5819).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, del 20 de septiembre de 2001. Caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera del 13 de julio de 2006. Caso

Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

Sentencia del TJCE del 20 de septiembre de 2001- Courage C453/99-.

Sentencia del TJUE (Sala Quinta) del 5 de junio de 2014. (Caso Kone), en sus apartados 20 a 26 (ambos inclusive).

Sentencia BRT/SABAM, 127/73, EU:C: 1974: 6, apartado 16.

Courage y Crehan, EU:C: 2001: 465, apartado 26; Manfredi y otros, EU:C:2006:461, apartado 60; Otis y otros, C 199/11, EU:C: 2012: 684, apartado 41, y Donau Chemie y otros, C 536/11, EU:C:2013: 366, apartado 21.

C-295/04 a C-298/04) del 13 de julio de 2006, mejor conocida como “caso Manfredi”.

Sentencia del 20 de septiembre de 1999 (“Courage”).

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5212/2014 - ECLI:ES:TS: 2014: 5212) en la que, con cita de la sentencia del 30 de marzo de 2010 (ROJ: STS 1866/2010 - ECLI:ES:TS: 2010:1866).

Sentencia del 5 de octubre de 2016 (ROJ: STS 4273/2016 - ECLI:ES: TS: 2016:4273) y en la sentencia del 7 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2854/2019 - ECLI:ES: TS: 2019: 2854).

Sentencia del STS n.º 326/2019 del 6 de junio.

Sentencia 721/2016 del 5 de diciembre.

STC 148/2007 del 18 junio.

Sentencias del 19 de octubre de 2009 y del 16 de marzo de 2010.

Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid del 3 de julio de 2017 (Roj: SAP M 9034/2017 - ECLI: ES: APM: 2017: 9034. Resolución de la CNC del 12 de noviembre de 2009.

Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016 y del 20 de octubre de 2015.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2016.
Sentencia STC 76/1990.

Sentencia del Tribunal Superior n.º 709/2016 del 25 de noviembre.

Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid, del 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES: JMM: 2018: 162).

Sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2019, C-724/17.

Sentencias del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007: 775, apartado 42; del 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22 y del 18 de diciembre de 2014. Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU: C:2014: 2456, apartado 40.

Sentencia del 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C: 2007: 775, apartado 41.

Corte General de Hannover del 16 de abril de 2018 y del 15 de octubre de 2018.

Corte General de Stuggart del 30 de abril y del 12 de noviembre de 2018.

Sentencia de la Sala Primera del 17 de julio de 2008 (Rec. 2268/2001) o más recientemente del 21 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3936/2014 - ECLI:ES: TS: 2014: 3936).

Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de septiembre de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 2014.

Sentencia del 31 de mayo de 2019, ROJ: SAP A 2183/2019 - ECLI: ES: APA: 2019: 2183.

Sentencia de 16 de diciembre de 1996 del Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de julio de 2006.

Normativa y documentos de interés

Código Civil de la República de Costa Rica.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario del Español Jurídico*. Consejo General del Poder Judicial.

Directiva 2014/104/UE (considerando 36).

Guía sobre el passing on de los sobrecostes.

Ley 40/2015 del 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, N.º 236 del 02/10/2015.