

La defensa basada en la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del derecho de la competencia

Sumario

El sobreprecio causado por las infracciones del Derecho de la competencia puede ser total o parcialmente repercutido hasta puntos muy distantes de la cadena de producción o distribución, propagando el daño incluso a mercados diferentes del afectado directamente por aquéllas. De ahí que, de acuerdo con lo previsto en la Directiva de Daños, en la Ley de Defensa de la Competencia se establece ahora que, cuando el perjudicado “haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, a sus propios compradores, la pérdida repercutida ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida. Por consiguiente, en principio conviene autorizar al infractor a que invoque la repercusión del daño emergente como defensa frente a una reclamación de daños y perjuicios.” El objeto de este trabajo es examinar los requisitos exigibles para la aplicación de dicha defensa, analizando las consecuencias de su carácter de norma especial, las exigencias del principio de efectividad sobre su existencia y alcance, así como los problemas de prueba que plantea.

Abstract

The overcharge caused by the infringements of competition law can be totally or partially passed on to points far away from the production or distribution chain, spreading the damage even to markets other than the one directly affected by them. Therefore, in accordance with the provisions of the Damages Directive, the Spanish Antitrust Act now provides that, when an injured party “has reduced its actual loss by passing it on to its own purchasers, the loss which has been passed on no longer constitutes harm for which the party that passed it on needs to be compensated. It is therefore in principle appropriate to allow an infringer to invoke the passing-on of actual loss as a defence against a claim for damages.” The purpose of this paper is to examine the requirements for the application of such defense, analyzing the consequences of its character as a special rule, the requirements of the principle of effectiveness on its existence and scope, as well as the problems of evidence it raises.

Title: *The passing-on defense of damages caused by competition law infringements*

Palabras clave: Defensa de la competencia, daños y perjuicios, repercusión del sobreprecio, relación de causalidad, carga de la prueba

Keywords: *Competition law, damages, passing-on, causal relationship, burden of proof*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i1.01

1.2021

Recepción
01/09/2020

-

Aceptación
19/11/2020

-

Índice

-

1. Introducción*

2. La competencia de los Estados miembros sobre los efectos jurídicos de la repercusión del daño.

3. Las exigencias del principio de efectividad en relación con los efectos jurídicos de la repercusión.

4. La defensa basada en la repercusión del daño en nuestro régimen general sobre responsabilidad por daños.

5. Alcance de la defensa basada en la repercusión del daño.

6. La prueba de la repercusión del daño.

6.1. Carga de la prueba.

6.2. Objeto de la prueba.

6.3. Estándar de prueba.

7. Conclusiones

8. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Los compradores de bienes afectados por infracciones del Derecho de la competencia resultan perjudicados porque han de pagar un sobreprecio (o recibir a cambio del mismo una menor cantidad, calidad o variedad) en relación con el que existiría a falta de la infracción (daño emergente). Además, si los bienes afectados por el sobreprecio constituyen un insumo necesario para la fabricación de los productos o la prestación de los servicios comercializados en un mercado descendente, el aumento del coste de producción causado por el sobreprecio puede provocar que el perjudicado, a su vez, incremente el precio de sus propios productos, lo que produce un doble efecto: por una parte, disminuyen las cantidades demandadas y vendidas en dicho mercado (lucro cesante); por otra, al menos una parte del daño se traslada a los clientes de aquél (compradores indirectos que, a su vez, podrían repercutir, a su vez, a sus propios clientes, y así sucesivamente).¹

De esta forma, los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia pueden ser repercutidos -fragmentándose en cada eslabón- hasta puntos muy distantes de la cadena de producción o distribución, propagándose incluso a mercados diferentes del afectado directamente por la infracción. La repercusión del daño, cuya existencia y alcance resultan determinados de manera interdependiente por una serie de factores que varían según las circunstancias de cada caso concreto (la naturaleza de los costes de los insumos, la naturaleza de la demanda del producto, la fuerza y la intensidad de la competencia en los mercados en los que operan los clientes directos o indirectos, etc.), puede ser alegadas tanto por el comprador indirecto demandante (como “espada”) como por el infractor demandado (como “escudo”). El comprador indirecto fundamenta la acción de reparación de daños y perjuicios en el argumento de que los compradores directos de los infractores le han repercutido total o parcialmente el sobrecoste derivado de la infracción, y que, por lo tanto, ha sufrido un perjuicio en forma de precios más altos y menores cantidades compradas. El infractor demandado puede alegar que el demandante (comprador directo o indirecto) ha repercutido el sobrecoste, total o parcialmente,

¹ Autor de contacto: Antonio Robles Martín-Laborda, antonio.robles@uc3m.es (ORCID: 0000-0003-1179-0426).

El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad “Infraestructuras e instituciones de Derecho Privado, nacional e internacional, en mercados en red: entre la regulación y la competencia” (DER2016-78572-P).

Agradezco los comentarios de los profesores Pedro del Olmo y Francisco Marcos, así como de Marcos Araujo y los dos atentos revisores anónimos de la revista. Los errores subsistentes, obviamente, son sólo responsabilidad del autor. Si bien he elaborado un informe sobre el tema a petición de la parte demandante en un procedimiento de reclamación de daños, el presente trabajo refleja únicamente la opinión de su autor.

Vid. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. C 167, de 13 de junio de 2013, págs. 19-21), así como el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Guía práctica - Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea, que la acompaña (disponible en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf) y la Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (DOUE núm. C 267, de 9 de agosto de 2019, págs. 4-43), disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019XC0809(01)).

a sus propios compradores, por lo que -al menos en parte- no ha sido finalmente asumido por aquél. Ambos aspectos son contemplados en la *Directiva de Daños*,² cuyo contenido ha sido incorporado a nuestro ordenamiento interno por el *Real Decreto-ley 9/2017*:³ los elementos sustantivos mediante los nuevos artículos 71-81 de la *Ley de Defensa de la Competencia* (LDC), y procesales a través de los nuevos artículos 283 bis (a)-(h) de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC).

En relación con la defensa basada en la repercusión del sobreprecio, en la *Directiva de Daños* se establece que, cuando el perjudicado haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o

² *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 L 349, de 5 de diciembre de 2014, págs. 1-19). Puesto que la bibliografía sobre la Directiva resulta inabarcable, *vid. ad ex* I. LIANOS; P. DAVID; P. NEBBIA: *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford (2015); B. RODGER; M. SOUSA FERRO; F. MARCOS: *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, Oxford (2018), P.L. PARCU; G. MONTI, M. BOTTA: *Private Enforcement of Eu Competition Law. The Impact of the Damages Directive*, Cheltenham (2018).

³ *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores* (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872). Para una aproximación, *vid.* H. BROKELMANN: “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo* 37 (2015); C. HERRERO: “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183; I. RUIZ PERIS (dir.): La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE, Cizur Menor (2016); A. ZURIMENDI ISLA, “La indemnización de daños y perjuicios”, en A. ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Granada (2017), págs. 269-306; P. VIDAL; T. ARRANZ: “Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la directiva de daños por infracciones del derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, n.º 38 (2017); F. MARCOS, “Spain”, en B. RODGER; M. SOUSA FERRO; F. MARCOS: *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, cit., 327-357; I. RUIZ PERIS (dir.): *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Valencia (2018); F. PEÑA LÓPEZ: *La Responsabilidad Civil por Daños a la Libre Competencia*, Valencia (2018); F. Díez, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Madrid (2018), págs. 215 a 248; AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Valencia (2018); F. Díez: “La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 267-305; P. PÉREZ: *Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, Madrid (2019); F. MARCOS: “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 26 (2020). Sobre la situación anterior a la Directiva de Daños, por ejemplo, F.L. DE LA VEGA: *Responsabilidad civil derivada del ilícito oconcurrential*, Madrid (2001); I. Díez-PICAZO, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia 1989-2007*, Libro Marrón-C. Empresarios. Madrid (2008), págs. 53 a 74; I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, núm.1 (2009); J. ALFARO: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” *InDret*, núm. 3 (2009); I. ORTIZ BAQUERO, “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia”, *La Ley* (2011), págs. 177 y ss.; A. FONT I RIBAS Y B. VILÁ COSTA (Dirs.): *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, (2012); A. FONT I RIBAS Y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.): *Competencia y acciones de indemnización*, Madrid (2013); F. MARCOS FERNÁNDEZ: “La aplicación privada del Derecho de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española – ICE: revista de economía*, n° 876 (2014), págs. 91-104; F. MARCOS, “Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Madrid (2015), págs. 186 y ss.

parcialmente, a sus propios compradores, ese daño repercutido ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida, por lo que en principio conviene autorizar al infractor para que emplee la defensa basada en la repercusión del sobreprecio, debiendo acreditar la existencia y el grado de repercusión del sobreprecio (considerando 39, art. 13).⁴ Incorporando esta regla especial a nuestro ordenamiento, el nuevo artículo 78.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) establece ahora que el demandado

*“podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobreprecio resultante de la infracción del Derecho de la Competencia”.*⁵

El objeto de este trabajo es analizar los requisitos exigibles para la aplicación de la defensa basada en la repercusión del daño. Tras determinar la competencia de los Estados miembros sobre la regulación de la relación de causalidad y, en consecuencia, sobre los efectos jurídicos de la repercusión (apartado 2), se analizan las exigencias del Derecho de la Unión y, en particular, de los principios de equivalencia y efectividad sobre los mismos (apartado 3) y la consideración de la defensa basada en la repercusión del daño en nuestro régimen general sobre responsabilidad por daños (apartado 4). A la vista del régimen jurídico aplicable y su carácter de norma especial, se analizan a continuación el alcance de la defensa (apartado 5) y los requisitos de prueba exigidos para su aplicación (apartado 6). Finalmente, se incluyen algunas conclusiones, señalando la conveniencia de una interpretación restrictiva de la figura (apartado 7).

2. La competencia de los Estados miembros sobre los efectos jurídicos de la repercusión del daño.

Si bien el derecho a la reparación de los daños causados por infracción de las normas sobre competencia del Tratado es reconocido por el propio Derecho de la Unión originario, el establecimiento de los remedios necesarios para su plena efectividad corresponde, en lo no previsto por el legislador comunitario, al Derecho interno de los Estados miembros. Este principio de autonomía institucional y procedimental encuentra un límite en los principios de equivalencia y efectividad, conforme a los cuales la regulación nacional no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de

⁴ Sobre la regulación de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio en la Directiva, vid. M. STRAND: *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law*, Edwad Elgar (2017), págs. 342-353 ss. M. BOTTA: “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, *5 European Review of Private Law* (2017), págs. 881-90.

⁵ Sobre la transposición de la regulación de la defensa de costes repercutidos, L.A. VELASCO; C. HERRERO: “La “*Passing-on Defense*”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO *et al.* (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid (2011), págs. 593-604; C. ESTEVAN: “Algunas reflexiones sobre la admisión de la “*passing-on defence*” en la Directiva 2014/104/UE”, en J. I. RUIZ PERIS (coord.): *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE: directiva y propuesta de transposición* (2016), págs. 339-354; ÍD.: “Repercusión de sobreprecios y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en J. I. RUIZ PERIS (dir.): *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE* (2018), págs. 291-314.

equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).⁶

Las normas sobre competencia incluidas en el Tratado producen efectos directos inmediatos en las relaciones entre particulares, por lo que generan de forma directa en favor de estos derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.⁷ Entre esos derechos, las normas sobre competencia generan a favor de los particulares el de ser resarcido por los daños sufridos como consecuencia de su infracción. La existencia de este derecho es declarada expresamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Courage*, conforme al cual:

*“La plena eficacia del artículo 85 del Tratado [actual artículo 101 TFUE] y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.”*⁸

⁶ STJCE de 16 de diciembre de 1976 (asunto 33/76 – *Rewe*, apdo. 5). En relación con su aplicación en los procedimientos de reclamación de indemnización de los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, *vid. infra* nota núm. 16.

⁷ STJCE de 21 de marzo de 1974, C-27/73- *BRT/SABAM*, ap. 16.

⁸ STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99 - *Courage Ltd y Bernard Crehan*, ap. 26. La exigencia de la “plena eficacia” (*full effectiveness*) de las normas sobre competencia del Tratado no opera aquí como un mero límite (negativo) a la autonomía procedimental de los Estados miembros para garantizar la protección de un derecho reconocido por aquéllas, como en el asunto *Rewe* y su progenie, sino como una manifestación del principio de protección judicial efectiva que sirve para delimitar el contenido (uniforme) del propio derecho. Cabe entender, por lo tanto, que estamos ante dos principios distintos (S. PREECHAL; R. WIDDERSHOVEN: “Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection”, *Review of European Administrative Law*, vol. 4 (2011), págs. 31-50) o ante distintas funciones del principio de efectividad en sentido amplio (N. REICH, “The Principle of Effectiveness and EU Private Law”, en U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law* (Kluwer Law International, 2013), págs. 301-326; ÍD: *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia (2013), págs. 89-129). En este trabajo la referencia al principio de efectividad es empleada en este segundo sentido.

Sobre la relación entre la autonomía procedimental de los Estados miembros y el principio de efectividad (incluyendo el principio de protección judicial efectiva para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión), *vid. también* W. van GERVEN: “Of Rights, Remedies and Procedures”, *37 Common Market Law Review* (2000), págs. 501-536; M. ROSS: “Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?”, *European Law Review*, núm. 31 (2006), págs. 476-498; I. LIANOS: “The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication”, CLES Research Paper No. 6/2014, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2542940>; K. HAVU: “Adequate Judicial Protection and Effective Application of EU Law in the Context of National Enforcement, Remedies and Compensation”, Helsinki Legal Studies Research Paper No. 37, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2627109> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2627109>; M. STRAND: *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., págs. 24-49; D. LECZYKIEWICZ: “Effectiveness of EU Law before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability”, en D. CHALMERS; A. ARNULL: *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP (2015), págs. 212-248.

De esta forma,

*“cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE [actual artículo 101 TFUE]”.*⁹

Ahora bien, cuando el comprador indirecto de un producto o servicio afectado por una infracción del Derecho de la competencia alega la existencia de un daño como consecuencia de la repercusión (total o parcial) del sobreprecio realizada por el comprador directo es necesario determinar si existe una relación de causalidad entre la infracción y el daño. Lo mismo sucede cuando es el demandado el que alega que el eventual sobreprecio ha sido repercutido por el comprador directo a sus propios compradores. Sin embargo, la relación de causalidad entre la infracción y el daño supuestamente repercutido por el comprador directo -alegada por el infractor demandado o por lo compradores indirectos demandantes- no es regulada por el Derecho originario de la Unión. De ahí que, en relación con el derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y la conducta prohibida por las normas sobre competencia del Tratado, el Tribunal de Justicia estableciera que, en la medida en la que no exista normativa comunitaria sobre la materia,

*“(…) corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de este derecho, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.*¹⁰

Por lo tanto, los efectos jurídicos de la repercusión del sobreprecio constituían hasta la aprobación de la *Directiva de Daños* -y siguen constituyendo, en lo no previsto por ésta- una materia propia del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, sometido a los principios de equivalencia y efectividad.¹¹

⁹ STJCE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ap. 61.

¹⁰ SSTJCE de 20 de septiembre de 2001 *Courage*, *cit.*, ap. 29 y 13 de julio de 2006 *Manfredi*, *cit.*, ap. 64. Esta doctrina ha sido confirmada invariablemente desde entonces por el Tribunal de Justicia. *Vid.*, más recientemente, las sentencias de 5 de junio de 2014 (asunto C-557/12, *Kone*) y 12 de diciembre de 2019 (C-435/18, *Otis II*).

¹¹ En sus Conclusiones en el asunto *Kone*, la Abogado General KOKOTT propuso distinguir entre la existencia del derecho a reclamar el daño y las modalidades de ejercicio de ese derecho. La determinación de la existencia del derecho a reclamar el daño (es decir, la existencia de la relación de causalidad, incluyendo los criterios de imputación) correspondería al Derecho de la Unión, de tal forma que no podría haber diferencias sustanciales entre los criterios jurídicos empleados por los Estados miembros para determinar la existencia de responsabilidad; por el contrario, sólo la regulación de las modalidades de ejercicio de ese derecho, así como el cálculo de la indemnización y la práctica de la prueba corresponden al ordenamiento interno de los Estados miembros (Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott en el asunto C-557/12, *Kone AG y otros*, aps. 28 y 29, presentadas el 30 de enero de 2014). Este planteamiento fue aparentemente descartado por el Tribunal de Justicia, recordando que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro determinar las normas relativas a la aplicación del concepto “relación de causalidad” (STJUE de 5 de junio de 2014, ap. 32). El Tribunal de Justicia ha ignorado también las similares consideraciones del Abogado General WAHL en el asunto *Skanska*, sobre si la cuestión de quién responde de la indemnización de un daño ocasionado por una práctica contraria al artículo 101 TFUE debe resolverse mediante la aplicación directa de dicho artículo o con arreglo a las disposiciones nacionales. Según Wahl, los requisitos constitutivos del derecho a solicitar reparación - entre los que se incluye la causalidad- son regulados por el Derecho de la Unión, cuya plena efectividad

En el caso español, el requisito de la relación de causalidad entre el daño y la conducta del demandado exige la concurrencia de una causalidad de hecho y una causalidad jurídica o imputación objetiva. En primer lugar, es necesaria la existencia de un nexo de causalidad desde un punto de vista físico o empírico que se determina conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto. Este criterio ha de ser completado por otro, de carácter jurídico, para limitar los excesos de la causalidad empírica: puesto que no todos los antecedentes causales de un resultado tienen la misma trascendencia, es necesario determinar si el resultado dañoso puede ser atribuido por el Derecho a un determinado comportamiento o no. Este criterio (o criterios) es denominado en nuestro ordenamiento causalidad jurídica o imputación objetiva.¹² El criterio general de imputación objetiva, según la Sala 1ª del TS, es el de la *causalidad adecuada*, conforme a la cual sólo pueden ser considerados como causa en sentido jurídico aquellos hechos respecto de los cuales resulte previsible la producción del daño, conforme a criterios razonables de seguridad o probabilidad. A este criterio positivo de la causalidad adecuada se unen determinados criterios específicos de carácter negativo, empleados para excluir la imputación objetiva: entre estos, como es conocido, se encuentran el de la *prohibición de regreso* (conforme al cual se impide retroceder en la cadena causal desde que se produjo la intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero), o el del *fin de protección de la norma* (que exige que la norma infringida tuviera por objeto la protección de los intereses del perjudicado).¹³

han de proteger los jueces nacionales; únicamente la aplicación de ese derecho corresponde al Derecho nacional, que ha de respetar los principios de equivalencia y efectividad (Conclusiones presentadas el 6 de febrero de 2019, apdos. 34-45). Sobre la (confusa) relación entre tales principios o manifestaciones del mismo, *vid. supra* n. 9. El Tribunal -como, por cierto, el propio Wahl- resuelve la cuestión prejudicial, sin necesidad de abordar el requisitos de la causalidad, como un problema de legitimación activa: “*las entidades obligadas a reparar el perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE son las empresas, en el sentido de esta disposición, que hayan participado en ese acuerdo o práctica*” (STJUE de 14 de marzo de 2019, apdo. 32).

¹² “(...) establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto sañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes” (STS de 11 de junio de 2008).

¹³ La distinción entre causalidad de hecho e imputación objetiva. propuesta entre nosotros por F. PANTALEÓN (“Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, vol. II (1990), págs. 1561-1591) ha sido acogida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la Sentencia de 30 de noviembre de 2011 establece:

“Para imputar a una persona un resultado dañoso (esto es, para determinar si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haberlo causado) no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica (SSTS de 29 de marzo de 2006 y 25 de noviembre de 2010, RC n.º 619/2007). El examen de la primera, por su carácter fáctico, corresponde al tribunal de instancia; la segunda, de carácter jurídico, es susceptible de ser revisada en casación en el ámbito de la aplicación del artículo 1902 CC (STS de 1 de junio de 2011, RC n.º 791/2008), pues, según declara la STS de 15 de julio de 2010, RC n.º 1993/2006 , «La imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris* [cuestión jurídica], comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la

3. Las exigencias del principio de efectividad en relación con los efectos jurídicos de la repercusión.

La plena eficacia de las normas sobre competencia del Tratado exige que cualquier persona pueda solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.¹⁴ Además, la autonomía de los Estados miembros para configurar el requisito de la relación de causalidad en los casos de daños derivados del Derecho de la competencia -para determinar, en consecuencia, hasta dónde es posible entender que el perjudicado ha repercutido el daño o qué daños indirectos pueden ser atribuidos al infractor-, efectivamente, resulta limitada por la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad: la regulación nacional no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).¹⁵

De esta forma, mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de efectividad se ha producido, más allá del contenido de la *Directiva de Daños*, una cierta armonización parcial de las normas nacionales sobre responsabilidad civil por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia. Esa incidencia, limitada -por ahora- al ámbito particular de tales daños, resulta manifiesta sobre la configuración de la relación causalidad.¹⁶

norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias” (F.Dº. Sexto).

¹⁴ Vid. *supra* nota núm. 9.

¹⁵ SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, *cit.*, ap. 29; y de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, *cit.*, ap. 62. Ambos principios son recogidos en el artículo 4 de la Directiva de Daños, que, codificando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establece en relación con éstos:

“De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. De acuerdo con el principio de equivalencia, las normas y los procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de los artículos 101 o 1012 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.”

¹⁶ Sobre la contribución del Derecho de la competencia al desarrollo del Derecho europeo sobre responsabilidad civil, vid. N. DUNNE, “Antitrust and the Making of European Tort Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* (2015), págs. 1-34; más críticamente en relación con la distorsión que provoca en los regímenes nacionales sobre responsabilidad por daños, ya T. EILSMANBERGER: “The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action”, *44 Common Market Law Review* (2007), págs. 431-478; O. ODUDU; A. SÁNCHEZ-GRAELLS, “The interface of EU and national tort law: competition law”, en P. GILIKER (ed.), *Research Handbook on EU Tort Law*, Edward Elgar (2017), págs. 154-183. En relación, más concretamente, con el impacto de la armonización positiva en nuestro ordenamiento interno mediante la constitución de un régimen especial aplicable a las infracciones del Derecho de la competencia, ya J. ALFARO: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *cit.*; F. MARCOS; F. SÁNCHEZ-GRAELLS, “Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Tort Law*, vol. 16, no. 3 (2008), págs. 469-488; A. ROBLES: “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid (2015), págs. 110-1126.

En particular, el principio de efectividad es empleado como una regla de eliminación y como un principio hermenéutico que proporciona a tales normas un contenido mínimo.¹⁷

Así, el Tribunal de Justicia ha establecido en el asunto *Kone* que el principio de efectividad impide que el Derecho nacional excluya a determinadas categorías de perjudicados del derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos, subordinándolo a la existencia de una relación de causalidad directa, según la cual el nexo causal no ha de ser roto por la interferencia de la conducta de un tercero;¹⁸ es decir, limita la autonomía de los Estados miembros para configurar la relación de causalidad entre la infracción y el daño.

Su origen se encuentra en la Decisión de la Comisión mediante la cual declaró que los cuatro principales fabricantes europeos de ascensores y escaleras mecánicas (los grupos *Otis*, *Kone*, *Schindler* y *ThyssenKrupp*) habían cometido una infracción del artículo 81 del Tratado al asignarse licitaciones y contratos entre sí en distintos Estados miembros.¹⁹ En la cuestión prejudicial planteada al Tribunal, el órgano nacional remitente preguntaba si el artículo 101 TFUE se opone a una norma nacional que excluye por motivos jurídicos, de manera categórica, que empresas participantes en un cártel respondan por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en el mismo haya fijado en un nivel más elevado que el habría aplicado si no se hubiera producido la infracción. Como consecuencia de este “efecto paraguas”, el comprador de un producto vendido por una empresa ajena al cártel puede experimentar un daño a pesar de no tener ninguna relación –directa ni indirecta– con los miembros de aquél. Efectivamente, el nivel de precios existente –artificialmente alto como consecuencia del acuerdo prohibido– provoca una desviación de la demanda hacia otros productos sustitutivos, entre los que se encontrarían, en primer lugar, los de los competidores que no hubieran formado parte del cártel. De esta forma, los precios de éstos serían presionados al alza, con independencia de que el vendedor haya reaccionado estratégicamente –sin previo contacto con los infractores, ya que en otro caso su conducta podría ser considerada como una práctica concertada prohibida– o se haya limitado a seguir el precio de mercado. Los clientes de los productores que no forman parte del cártel pagarán también un precio superior al que habrían pagado de no haber existido aquél.

Según la cuestión prejudicial, conforme al Derecho interno aplicable (en este caso, el austriaco, pero en virtud de normas análogas a los de otros muchos ordenamientos nacionales),²⁰ los daños derivados del sobreprecio pagado a un competidor que no forma del cártel constituyen un efecto colateral de una decisión independiente que una persona ajena al cártel adopta atendiendo a un gran número de factores. Aunque pudiera existir causalidad material o de hecho, faltaría causalidad jurídica; no hay relación de causalidad adecuada entre el cártel y el

¹⁷ N. REICH, “The Principle of Effectiveness and EU Private Law”, *cit. supra* nota núm. 9.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2014 (asunto C-557/12, *Kone*, ap. 33).

¹⁹ Decisión de 21 de febrero de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/E-1/38.823 – *Ascensores y escaleras mecánicas*). Este llamado “cártel de los ascensores” había sido ya objeto previamente de diversos procedimientos ante el Tribunal de Justicia en materia de aplicación privada del Derecho de la competencia de la Unión (asuntos C-199/11, *Otis*; C-501/11 P, *Schindler* y C-557/12, *Kone*).

²⁰ De los ordenamientos examinados en J. SPIER (ed.): *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International (2000), sólo en Bélgica, al menos teóricamente, se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones sin el límite posterior de la causalidad jurídica (págs. 23-26, 130).

perjuicio sufrido por el comprador, cuyos intereses quedan, además, fuera de la finalidad protectora de la norma (entendida como el mantenimiento de la competencia en el mercado afectado por la infracción).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia estableció que,

*“la víctima de un efecto paraguas sobre los precios (“umbrella pricing”) puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel”.*²¹

La plena efectividad de las normas sobre competencia del Tratado, por lo tanto, exige que los infractores de las mismas respondan de los daños que resulten probables y previsibles en el momento de la infracción. Entendiendo que la previsibilidad no se exige específicamente respecto de cada concreto infractor (culpa), sino que se trata de un requisito objetivo (causalidad jurídica), el criterio de la causalidad adecuada acogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo parece encajar en la formulación del Tribunal de Justicia. Sin embargo, el TJUE añade que no cabe considerar que los daños derivados del sobreprecio pagado a un competidor que no forma del cártel no son imputables a los miembros de éste por resultar ajenos a la finalidad protectora de la norma: el principio de efectividad se opone a cualquier interpretación del Derecho interno que dé lugar a que el derecho de los compradores de empresas no participantes en un cártel a solicitar la reparación del perjuicio sufrido resulte excluido *“de manera categórica, por motivos jurídicos”*.²²

En el litigio principal al que se refiere la cuestión prejudicial del posterior asunto *Otis II*,²³ el demandante (*Land Oberösterreich*) alegó haberse visto afectado por el cártel en la medida en que concedió a determinados clientes de los fabricantes de ascensores préstamos a bajo interés (préstamos bonificados) para la construcción de viviendas sociales. Como consecuencia de la infracción, los ascensores instalados en los edificios de viviendas subvencionados tenían un precio considerablemente superior al que habría existido si los precios se hubieran formado en libre competencia. De esta forma, si hubiera invertido al tipo de interés medio de los bonos federales la diferencia entre lo que pagó a los beneficiarios y la cantidad inferior que habría pagado sin los sobrecostes ocasionados por el cártel, habría obtenido en intereses una cantidad mucho más elevada que la efectivamente percibida, por lo que reclamó una indemnización equivalente a la diferencia entre ambos importes. El órgano remitente (*Oberster Gerichtshof*) reconoció la existencia de un daño y de su relación de causalidad con el cártel de los ascensores (causalidad de hecho), pero entendió que no podía ser imputado jurídicamente a la conducta de los cartelistas (imputación objetiva o causalidad jurídica) debido a que los daños indirectos reclamados no presentaban una relación suficiente con la finalidad protectora de la

²¹ *Ibíd.*, ap. 34.

²² *Ibíd.*, ap. 37.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia 12 de diciembre de 2019 (asunto C-435/18, *Otis II*). Su origen se encuentra en la misma Decisión de la Comisión que *Kone*,

prohibición de las prácticas colusorias -en su opinión, mantener la competencia en el mercado afectado-, por lo que ésta no ampara a las personas que no han actuado en el mercado en cuestión ni como oferentes ni como demandantes. Puesto que resultaba dudosa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Kone*, el *Oberster Gerichtshof* planteó al Tribunal de Justicia la correspondiente cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de esta solución con el Derecho de la Unión.

El Tribunal comienza por recordar que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, cuya aplicación efectiva no puede ser menoscabada por las normas nacionales relativas a su modo de ejercicio. Del principio de efectividad deduce así, directamente, que *“todo perjuicio que tenga un nexo causal con una infracción del artículo 101 TFUE debe poder dar lugar a reparación”*, por lo que *“no es necesario a este respecto [...] que el perjuicio sufrido por la persona afectada tenga, además, un vínculo específico con el «objetivo de protección» perseguido por el artículo 101 TFUE.”*²⁴ Por lo tanto,

*[...] procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel, pero que han concedido subvenciones en forma de préstamos en condiciones favorables a compradores de productos ofrecidos en ese mercado, pueden solicitar que se condene a las empresas que participaron en dicho cártel a reparar el perjuicio que han sufrido debido a que, al ser el importe de dichas subvenciones más elevado que el que habría resultado de no existir el mencionado cártel, esas personas no han podido utilizar esa diferencia para otros fines más lucrativos.”*²⁵

De la jurisprudencia parece desprenderse, por lo tanto, que, con independencia de las dificultades existentes en materia de prueba, son indemnizables cualesquiera daños causados de hecho por una determinada infracción, por muy remotos que resulten (*“todo perjuicio”*), sin que las normas nacionales sobre imputación objetiva (al menos las basadas en el criterio del fin de protección de la norma) permitan descartar, *de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso*, el derecho a reclamar el daño de ninguna categoría de perjudicados. Sin embargo, esa es, precisamente, la función que los criterios de exclusión de la imputación objetiva desempeñan en nuestro Derecho de daños.

Por lo tanto, aunque el alcance de ese límite habrá de ser concretado por el Tribunal de Justicia, el principio de efectividad limita la autonomía de los Estados miembros para configurar el requisito de la relación de causalidad en los casos de daños derivados del Derecho de la competencia y, en consecuencia, para determinar hasta dónde es posible entender que la repercusión del daño produce efectos jurídicos cuando es alegada por el demandante; es decir, qué daños indirectos pueden ser atribuidos al infractor.

Por el contrario, a diferencia de lo que sucede cuando es alegada por el comprador indirecto demandante, el principio de efectividad no exige de los ordenamientos nacionales que atribuyan a la repercusión del sobreprecio efectos jurídicos determinados cuando sea alegada

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia 12 de diciembre de 2019, apdos. 30 y 31.

²⁵ *Ibíd.*, ap. 34.

como defensa por el demandado.²⁶ Ciertamente, como señala nuestro Tribunal Supremo en su sentencia, de 7 de noviembre de 2013 (*Azúcar II*),²⁷ la defensa basada en la repercusión del sobreprecio era reconocida en los trabajos prelegislativos (*Libro verde, Libro blanco*²⁸ y *Propuesta de Directiva*) realizados hasta entonces en la Unión Europea en relación con los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, y admitida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (al menos, en relación con las acciones de restitución y de reclamación de daños contra la Unión o los Estados miembros):

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que como excepción al principio de devolución de los tributos incompatibles con el Derecho de la Unión, la restitución de un tributo recaudado indebidamente podrá denegarse cuando dé lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo. La protección de los derechos garantizados en esta materia por el ordenamiento jurídico de la Unión no exige la devolución de los impuestos, derechos y gravámenes recaudados con infracción del Derecho de la Unión cuando se haya demostrado que la persona obligada al pago de dichos derechos o tributos los repercutió efectivamente sobre otros sujetos (sentencia, de Pleno, de 14 de enero de 1997, caso Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95; sentencia, Gran Sala, de 6 de septiembre de 2011, caso Lady & Kid y otros contra Skatteministeriet; y sentencia, Sala Séptima, de 16 de mayo de 2013, caso Alakor Gabonatermel ó és Forgalmazó Kft. contra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Északalföldi Regionális Adó Főigazgatósága, asunto C-191/12).”

La línea jurisprudencial en la que se insertan las sentencias citadas, sin embargo, no exige que los ordenamientos nacionales en materia de responsabilidad extracontractual admitan la defensa basada en la repercusión del daño. Por el contrario, el Tribunal se limita a establecer, únicamente, que las normas internas de un Estado miembro que la reconozcan no resultan contrarias a las exigencias del Derecho de la Unión;²⁹ la defensa basada en la repercusión del sobreprecio, por lo tanto, no es exigida -ni tampoco excluida- por dichos principios, por lo que la admisibilidad y la configuración de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio

²⁶ A. ROBLES, “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) a los casos de los cárteles de sobres y camiones”, en el blog *Almacén de Derecho* (9 de marzo de 2020): <https://almacenederecho.org/la-inaplicabilidad-de-la-defensa-basada-en-la-repercusion-del-dano-passing-on-a-los-casos-de-los-carteles-de-sobres-y-camiones/>.

²⁷ Sentencia 5819/2013 del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2013:5819), F.D. Quinto.

²⁸ LIBRO BLANCO: *Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* COM(2008) 165 final.

²⁹ Ese era el caso en los tres asuntos citados: en la legislación francesa, danesa y húngara, respectivamente, la normativa aplicable incluía expresamente entre los requisitos para la devolución del tributo que no hubiera sido repercutido mediante un aumento del precio. El Tribunal de Justicia admite la defensa basada en la repercusión del sobreprecio en relación con la responsabilidad extracontractual de la propia Unión Europea conforme a las normas del Tratado aplicable en cada momento. En este sentido, ya en la Sentencia de 4 de octubre de 1979 (asunto 238/78, *Ireks-Arkady GmbH*, en el que se solicitaba que se condenara a la Comunidad Económica Europea con arreglo al párrafo segundo del artículo 215 del Tratado CEE), el Tribunal estableció que “debe admitirse que, en el supuesto de que la supresión de las restituciones haya sido, o hubiera podido ser, realmente repercutida sobre los precios, el perjuicio no puede valorarse en función de las restituciones no abonadas. En ese caso, el aumento de los precios sustituiría a la concesión de las restituciones para mantener indemne al productor” (apdo. 14). Para un análisis de la jurisprudencia subsiguiente sobre el tema, vid. M. STRAND, *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., págs. 61 ss.; G.A. MARTÍN, *Competencia, enriquecimiento y daños*, Valencia (2019), págs. 41 ss.

constituían hasta la aprobación de la *Directiva de Daños* -y siguen constituyendo, en lo no previsto por ésta- una materia propia del ordenamiento jurídico interno que cada Estado miembro podía -puede- regular con autonomía. De ahí que en la citada Sentencia *Azúcar II* el Tribunal Supremo declare expresamente que en el Derecho de la Unión no existía una regulación específica de la defensa en relación con los daños causados por infracciones de las normas sobre competencia del Tratado, y, por lo tanto, la cuestión debía resolverse aplicando las normas de Derecho interno.³⁰

Ciertamente, una vez reconocida por el Tribunal de Justicia la legitimación de cualquier perjudicado, la acumulación de acciones a lo largo -e, incluso, fuera- de la cadena de suministro puede dar lugar a que la indemnización del daño emergente supere el perjuicio efectivamente sufrido. Sin embargo, las normas internas de un Estado miembro que permitieran un exceso de resarcimiento por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión no sólo resultaban admisibles hasta la adopción de la *Directiva de Daños* (y lo siguen siendo con carácter general en cuanto al resto de daños)³¹, sino que, conforme al principio de equivalencia, resultaban de obligada aplicación siempre que se pudieran conceder tales indemnizaciones especiales en el marco de acciones nacionales similares. En este sentido, el Tribunal de Justicia había establecido 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. A este respecto, por una parte, de acuerdo con el principio de equivalencia, en las acciones basadas en las normas comunitarias de la competencia deben poder concederse indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, si tales indemnizaciones pueden concederse en acciones similares basadas en el Derecho interno”³².

En ese sentido, dada la función (preventiva) complementaria de la aplicación pública que pretendía atribuir a la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el *Libro Verde* la Comisión planteó la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor.³³ La posibilidad de

³⁰ A diferencia de la sentencia recurrida en casación, que aceptó la admisibilidad del motivo con una mera referencia al Libro Blanco. Cfr. Sentencia 00370/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª) de 3 de octubre de 2011 F.D. Segundo.

³¹ Vid. *Reglamento no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* («Roma II»), considerando 32. Según el Abogado General Mengozzi: “Con los daños punitivos, el sistema de responsabilidad extracontractual se ve enriquecido con una función moralizante, propiamente punitiva. Son una expresión de la teoría de la pena privada: no se trata sólo de reparar, sino también de conceder, además de la reparación íntegra, una cantidad que se espera que, por su carácter sancionador, disuada no sólo al autor del perjuicio de repetir, en el caso en cuestión, su comportamiento discriminatorio, sino también al resto de actores de actuar de tal modo” (Conclusiones en el asunto C-407/14, Arjona Camacho, apartado 49). Sobre el caso español, vid. P. DEL OLMO: “Punitive Damages in Spain”, en H. KOZIOL; V. WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena (2009), págs. 137-154.

³² STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, cit., apdos. 92-93.

³³ LIBRO VERDE - Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia COM(2005) 672 final, pág. 7.

establecer daños punitivos fue expresamente rechazada, sin embargo, por el Parlamento Europeo, para el que “*la indemnización que se reconozca al demandante debería tener carácter compensatorio y no debería exceder los daños (“damnum emergens”) y los perjuicios (“lucrum cessans”) efectivamente sufridos, para evitar el enriquecimiento injusto*”.³⁴ De esta forma, la posibilidad de incluir indemnizaciones de carácter disuasorio desapareció ya en el *Libro Blanco*, y, tras ser prohibida expresamente en la Directiva (artículo 3.3),³⁵ incorporada al ordenamiento interno: “*El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo*” (artículo 72.3 LDC).

En el mismo sentido, la Comisión afirmó en el *Libro Verde* que la defensa de daños repercutidos aumentaría sustancialmente la complejidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios, debido a que los compradores indirectos serían frecuentemente incapaces de demostrar la magnitud del perjuicio sufrido y su nexo causal con la infracción y, además, el reparto exacto de los daños dentro de la cadena de suministro resultaría excesivamente difícil de probar. De ahí que se pregunte sobre la conveniencia de su admisibilidad y, de las cuatro opciones que plantea, tres de ellas la excluían. El Parlamento Europeo se pronunció también en contra de dicha admisibilidad.³⁶ Sin embargo, la Comisión la aceptó en el *Libro Blanco* por entender que su omisión “*podría dar lugar a un enriquecimiento injusto de los compradores que repercutieron el coste excesivo y a una compensación múltiple indebida por el coste excesivo ilegal impuesto por el demandado*”.³⁷

Por lo tanto, el principio de efectividad no limita la autonomía de los Estados miembros para determinar si la repercusión del daño produce efectos jurídicos -y, en su caso, cuáles- cuando es alegada por el demandado, sino que ésta es consecuencia de una decisión expresa del legislador de la Unión³⁸: a diferencia de otras normas posteriormente recogidas en la Directiva (como el reconocimiento de la legitimación activa de los compradores indirectos o las partidas del daño indemnizable), el principio no exige de los Estados miembros el reconocimiento de la admisibilidad de la defensa basada en dicha repercusión; por el contrario, al constituir una

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207[INI]), apdo. 17.

³⁵ Sobre el tema, A. ROBLES: “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *cit.*, págs. 110-1126. Según J. RUIZ-PERIS, la regulación de la defensa en la Directiva es consecuencia de la “*absurda obsesión por la sobrecompensación de la Directiva en un contexto en el que existe una clara infracompensación absoluta por parte de los infractores*” (La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia”, *cit.*, pág. 12).

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, *cit.*, apdo. 19.

³⁷ LIBRO BLANCO, *cit.*, págs. 8-9.

³⁸ No comparto, por lo tanto, que la admisibilidad de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio haya sido “constitucionalizada” por ser una consecuencia necesaria del principio de efectividad derivada de “*la apelación al enriquecimiento injusto*” (G.A. MARTÍN, *Competencia, enriquecimiento y daños, cit.*, p. 31), que, por otra parte, no es -a diferencia del principio de efectividad- siquiera mencionado en la Directiva. El propio autor afirmará más adelante que se trata de una decisión “político-normativa” (“ilegítima”, además) adoptada en la Directiva (págs. 330-331).

restricción de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión, exige que su admisibilidad y extensión sean interpretadas restrictivamente.³⁹

4. La defensa basada en la repercusión del daño en nuestro régimen general sobre responsabilidad por daños.

Puesto que hasta la aprobación de la *Directiva de Daños* -y también después en lo no previsto por ésta- la competencia sobre la materia correspondía -corresponde- al ordenamiento interno de los Estados miembros,⁴⁰ es preciso analizar si, conforme a nuestro régimen general de responsabilidad por daños (art. 1902 CC), la defensa basada en la repercusión del daño era ya admisible tal y como es configurada en aquélla y en la LDC o, por el contrario, ésta introduce en nuestro ordenamiento una norma especial, aplicable únicamente a los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia.

En el ámbito de los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, la defensa no había sido siquiera considerada por los tribunales españoles cuando la Comisión inicia los trabajos prelegislativos.⁴¹ Aunque es mencionada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2012 (*Azúcar*),⁴² su reconocimiento no se produce hasta la citada Sentencia *Azúcar II*. Tras constatar la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y el daño que supuso el pago de un precio superior al que habría resultado del juego de la libre competencia, la sentencia afirma, conforme a lo previsto en la entonces recién publicada Propuesta de Directiva:⁴³

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003 (C-147/01, *Weber's Wine World Handels-GmbH*), apdo. 95. Por otra parte, son precisamente razones de eficiencia en la aplicación del Derecho de la competencia las que han conducido al Tribunal Supremo norteamericano a negar eficacia jurídica a la repercusión del sobreprecio tanto en su vertiente defensiva (*Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 [1968]) como ofensiva (*Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 [1977]). Sobre la racionalidad económica de la solución, vid. W.M. LANDES; R.A. POSNER: "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick", 46 *University of Chicago Law Review* (1978-1979), págs. 602-635. En ese mismo sentido, entre nosotros, F. MARCOS: "Damages claims in the Spanish sugar cartel", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 3, Issue 1, April 2015, pág. 224.

⁴⁰ Sobre las distintas soluciones existentes, vid. D. WAELBROECK; D. SLATER; G. EVEN-SHOSHAN: *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC competition rules. Comparative Report*, Ashurst (2004), págs. 77-79; M. BOTTA: "The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive", 5 *European Review of Private Law* (2017), págs. 881-908; P. CARO DE SOUSA: "EU and national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance", *Common Market Law Review*, 55 (2018), págs. 1760-1766; C. LOMBARDI: *Causation in Competition Law Damages Actions*, CUP (2019), págs. 172-180.

⁴¹ Cfr. D. WAELBROECK; D. SLATER; G. EVEN-SHOSHAN: *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC competition rules*, cit., pág. 78.

⁴² Sin entrar a valorar su admisibilidad, se limita a señalar que "la repercusión del sobreprecio por las demandadas a la propia clientela, la afirma en el recurso Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria sin soporte alguno. La negaron las demandantes, alegando la imposibilidad de haberlo hecho por diversas razones, y no la declaró probada la sentencia recurrida (Sentencia del Tribunal Supremo 5462/2012, de 8 de junio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5462), F.Dº. Decimosexto).

⁴³ La armonización de este sector del ordenamiento se justificaba por el hecho de que "la divergencia de las normas nacionales que regulan las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las normas de competencia de la UE [...] ha creado unas condiciones netamente desiguales en el mercado interior", entre las cuales se citaban de manera expresa, precisamente, "las normas nacionales sobre «passing-on» o de costes

“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”)

[...] 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” (Fundamento de Derecho Quinto).

La admisibilidad de la defensa basada en la repercusión del daño en nuestro ordenamiento se fundamenta únicamente, por lo tanto, en una genérica remisión a meros principios generales: los “criterios compensatorios” que rigen en nuestro Derecho de daños y la prohibición del enriquecimiento sin causa.⁴⁴ Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia habían extraído de tales principios una regla general semejante a la que permite la defensa basada en la repercusión del sobreprecio tal y como es configurada en la *Directiva de Daños* y en la LDC.⁴⁵ Más bien al contrario.

Resulta difícilmente admisible, desde luego, que la defensa de daños repercutidos constituyera en nuestro ordenamiento una exigencia del principio que veda el enriquecimiento injusto.⁴⁶ La defensa basada en la repercusión del sobreprecio ha sido considerada una manifestación de la *compensatio lucro cum damno*,⁴⁷ de acuerdo con la cual, cuando el hecho que produce el daño

excesivos repercutidos (en las que las diferencias existentes tienen implicaciones significativas en la capacidad de los compradores directos e indirectos para solicitar la reparación eficaz de daños y perjuicios y, a su vez, en las posibilidades del demandado de eludir la indemnización del perjuicio causado)” (Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404, de 11 de junio 2013, págs. 10-11).

⁴⁴ En el mismo sentido de la sentencia, vid también R. SARAZÁ JIMENA (ponente de aquélla): “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, en AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, cit., pág. 16 y ss.

⁴⁵ A. ROBLES: “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) a los casos de los cárteles de sobres y camiones”, cit. *supra* nota núm. 26.

⁴⁶ G.A. MARTÍN: *Competencia, enriquecimiento y daños*, cit., p. 329-332. De manera más general, en contra del empleo del principio de enriquecimiento injusto como límite del Derecho de daños en nuestro ordenamiento, *ibid.*, págs. 187-192; P. M. GARRIDO: “El sistema *passing-on*: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en A. FONT I RIBAS Y B. VILÁ COSTA (Dirs.): *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, cit., págs. 58-61. En el mismo sentido, en relación con el Derecho de la Unión, M. STRAND, *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law*, cit., págs. 338-342. Señala la confusión de la doctrina entre el enriquecimiento que no permite la institución de la responsabilidad civil y la doctrina del enriquecimiento injusto, M. MEDINA, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Barcelona (2015), págs. 38-41.

⁴⁷ Ya en este sentido la Opinión del Abogado General Mancini el asunto C-256/81- *Pauls Agriculture v. Council and Commission*, párrafo 5. Entre nuestros tribunales, por ejemplo, vid. sentencias del Juzgado Mercantil de Valencia de 7 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:222); 15 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:510); 13 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:1002); 30 de diciembre de 2019 (ECLI:

determina en favor de la persona dañada un beneficio o un lucro, éste debe ser tomado en consideración para cuantificar el daño indemnizable.⁴⁸ La doctrina constituye, aparentemente, una consecuencia necesaria del concepto de daño indemnizable derivado de la “teoría de la diferencia”,⁴⁹ que lo identifica con todo menoscabo económico consistente en la diferencia que existe entre la situación actual del patrimonio del perjudicado con la que tendría si no se hubiera producido el hecho dañoso.⁵⁰ Sin embargo, a pesar de manejar un concepto de daño que no resulta incompatible con dicha teoría,⁵¹ la Sala Primera del Tribunal Supremo ha rechazado aplicar la computación de beneficios en el ámbito extracontractual,⁵² de tal forma que en nuestro país “*la historia de la figura de la compensatio no es la historia de su admisión sino de su restricción, incluso en el marco de la teoría de la diferencia*”.⁵³ Los autores que la defienden reconocen que no puede afirmarse que hubiera sido acogida por la jurisprudencia “*ni siquiera por aproximación*”;⁵⁴ de hecho, la doctrina mayoritaria entiende que la computación de beneficios nunca ha sido reconocida como un principio de nuestro Derecho de daños, ni estaría justificado que lo estuviera.⁵⁵

En el ámbito contractual, la computación de beneficios ha sido aceptada más recientemente, si bien de manera limitada. En concreto, se consideran evaluables únicamente “*aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador o en relación causal adecuada con éste*”;⁵⁶ la compensación exige, por lo tanto, que el daño y la ganancia obtenida

ES:JMV:2019:1265); y del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 25 de febrero de 2014 (ECLI: ES:JMM:2014:11)

⁴⁸ L. DÍEZ-PICAZO: *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas (1999), p. 319.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Id.*, p. 309.

⁵¹ Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:2327), “*la entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 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 perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo*” (F.Dº. Tercero). La fórmula ha sido repetida recientemente, por ejemplo, en las sentencias de 5 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1730), F.Dº. Cuarto; y 19 de noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3904), F.Dº. Tercero.

⁵² En este sentido, “*los supuestos en los que el Tribunal Supremo o la Audiencias Provinciales han mencionado la compensatio, o bien no se trataban de verdaderos supuestos de compensatio o bien la alegación era inocua pues no llevaba a ningún resultado práctico*” (G.A. MARTÍN: *Competencia, enriquecimiento y daños*, cit., págs. 182-183). De hecho, el Tribunal Supremo solo ha aplicado la computación de beneficios en el ámbito extracontractu en la criticadísima Sentencia de 15 de diciembre de 1981, cuya doctrina ha sido abandonada desde entonces. *Vid.* A. SOLER; P. DEL OLMO: *Practicum Daños 2019*, Cizur Menor (2019), págs. 184-185.

⁵³ G.A. MARTÍN: *Competencia, enriquecimiento y daños*, cit., p. 181

⁵⁴ M. MEDINA, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, cit., págs. 25-28.

⁵⁵ Cfr. F. PANTALEÓN: “Artículo 1902” en *Comentario al Código Civil*, Madrid (1991), págs. 1987-1990; L. DÍEZ-PICAZO: *Derecho de Daños*, cit., págs. 312-314; M. YZQUIERDO: *Responsabilidad extracontractual. Parte General*, 3º ed., Madrid (2017), págs.652-654; A. SOLER; P. DEL OLMO: *Practicum Daños 2019*, cit., págs. 184-185.

⁵⁶ Sentencia de 14 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:414), F.Dº Segundo, resolviendo sobre si, en un supuesto de daños y perjuicios por responsabilidad contractual en la comercialización de obligaciones subordinadas en el que la entidad bancaria comercializadora del producto era también su emisora, debía descontarse de la indemnización procedente la cantidad percibida por el cliente en concepto de

tengan “la misma causa negocial”⁵⁷, quedando excluidos “los lucros procedentes de títulos diferentes del derecho originado en el hecho dañoso en sí mismo considerado”.⁵⁸ De esta forma, es necesario

“descartar la consideración, a efectos de la determinación del quantum indemnizatorio, de los beneficios que el demandante haya obtenido de fuentes ajenas al demandado o mediante el desempeño de actividades que en absoluto pudieran exigírsela para mitigar la pérdida.”⁵⁹

Incluso quienes proponen una concepción más amplia, admitiendo la computación aunque proceda de títulos diferentes, exigen que entre uno y otro exista una relación de causalidad directa y que el título (mediato) ventajoso tenga también una naturaleza resarcitoria.⁶⁰ Por lo

rendimientos. Aunque no la considera aplicable, ya la Sentencia de 8 de mayo de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:1564) establece que la regla “*compensatio lucri cum damno*” significa que en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas por parte del acreedor cuando se produzcan “*a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional*” (F.Dº. Segundo). En este sentido, descartaba ya la aplicación de la *compensatio*, por considerar que no existía tal relación entre el daño y la ventaja, la Sentencia de 17 de octubre de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:5959), F.Dº. Tercero.

⁵⁷ Sentencia de 6 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:687), F. Dº. Segundo. En ese sentido, señala ya el Abogado General CAPOTORTI en sus Conclusiones en el asunto *Ireks-Arkady* citado (*supra*, nota 27), presentadas el 12 de septiembre de 1979, que la repercusión efectiva “*podrá anular, o reducir el importe del daño que, en su caso, podría dar lugar a reparación, si se pudiera aplicar el principio de compensación entre el perjuicio y la posible ventaja causados por el mismo hecho ilegal (compensatio lucri cum damno). No obstante, en el caso de autos, en ningún momento puede considerarse que la ventaja presuntamente vinculada al aumento de los precios tenga su causa en la supresión de las restituciones a la producción: en realidad, es el fruto de una decisión autónoma de los productores. En otras palabras: la compensación del daño con la ganancia presupone que ambos son consecuencia inmediata, automática, del hecho ilegal, mientras que en el caso de autos la supresión de la ayuda comunitaria no ha dado lugar directamente a beneficio alguno para la mayor parte de las víctimas del daño*” (apdo. 11).

⁵⁸ L. Díez-PICAZO: *Derecho de Daños*, cit., págs. 320.

⁵⁹ A. SOLER; P. DEL OLMO: *Practicum Daños 2019*, cit., págs. 184-185. En relación con el carácter exigible de la conducta para que surja el deber de mitigación, ya A. SOLER: “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fascículo II (1995), págs. 960-961). *Vid.* también la Sentencia de 4 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:669), F.Dº. Undécimo. Sin embargo, 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. En consecuencia, resultaría igualmente improcedente considerar que el daño emergente causado por el sobreprecio es mitigado por la repercusión (de tal forma que la parte repercutida hubiera ser descontada del *quantum* indemnizatorio), ya que ésta no resulta en ningún caso una medida exigible. Además, como señala la Sentencia de 9 de julio de 2014 (ECLI:ES:2024:3173) en su F.Dº Quinto, dicha obligación solo existe respecto de los daños conocidos, mientras que los causados por los cárteles, por su propia naturaleza, son desconocidos para los perjudicados. *Vid.* J. ALFARO: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement*”, cit., pág. 10); y “*Passing on defense y compensatio lucri cum damno*”, en el blog *Almacén de Derecho*, 13 de junio de 2009, disponible en <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2009/06/passing-on-y-compensatio-lucri-cum.html> (visitado por última vez el 6 de julio de 2020).

⁶⁰ *Cfr.* M. MEDINA: *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, cit., págs. 105-115. Según F. GÓMEZ POMAR, la inexistencia del perjuicio reparado a través de una fuente distinta de la responsabilidad civil constituye un problema diferente del que corresponde a la computación de los beneficios derivados del hecho dañoso, que es el que integra el ámbito auténtico de la *compensatio* (“Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 12 (1996) p. 945).

tanto, ni siquiera trasladando la regla de la *compensatio* al ámbito extracontractual cabría computar la repercusión del sobreprecio para la cuantificación del daño indemnizable: los beneficios eventuales proceden, en su caso, de un negocio jurídico distinto y posterior al hecho doloso generador del daño (la reventa de los bienes afectados por la infracción), y se obtienen de fuentes ajenas al causante del daño, mediante el desempeño de una conducta no exigible al perjudicado. Cuando, como sucede en el caso de la repercusión del sobreprecio de los bienes afectados por la infracción, “*opera una fuente resarcitoria situada al margen de la responsabilidad civil, ésta es de suyo adicional como suplemento o como complemento de las prestaciones procedentes de aquella otra*”.⁶¹

La defensa basada en la repercusión del daño, tal y como es configurada en la Directiva de Daños y en la LDC, tampoco es reconocida en los principios de Derecho europea sobre responsabilidad civil. De los trabajos del *European Group on Tort Law (Principles of European Tort Law)* y del *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Draft Common Frame of Reference)* se desprende que, para una futura armonización el Derecho de la responsabilidad civil en Europa sobre la computación de beneficios, no es posible extraer principios generales de los distintos ordenamientos nacionales, dada la diversidad de soluciones nacionales adoptadas.⁶² De hecho, los propios trabajos citados formulan propuestas dispares sobre la cuestión, en ambos casos con un alcance restrictivo. Así, el art. 10:103 de los *Principles of European Tort Law (PETL)* establece:

“Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio.”

La fórmula introducida es ambigua y restrictiva, como consecuencia de un difícil consenso doctrinal; exige una causalidad directa (excluyendo los beneficios indirectos) y simplemente exige que los beneficios se tengan en cuenta, sin imponer el estricto descuento de su importe.⁶³ Además, el mecanismo para tener en cuenta los beneficios ha de ser compatible con la finalidad de los mismos, que, con carácter general

*“será proporcionar ayuda económica a la víctima, no liberar de responsabilidad al causante del daño, por lo que si bien la deducción debe evitar el enriquecimiento de la víctima también debe evitar el beneficio del causante del daño. Con carácter particular, deberá decidirse en cada caso concreto si la deducción es compatible o no con la finalidad del beneficio correspondiente, ya que los Principios no presumen que la compensatio tenga que producirse por regla general.”*⁶⁴

⁶¹ M. MEDINA: *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, cit., p. 130.

⁶² Cfr. U. MAGNUS (ed.): *Unification of Tort Law: Damages. Principles of European Tort Law vol. 5*, La Haya (2001), págs. 303-304.

⁶³ M. MEDINA: *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, cit., pág. 33.

⁶⁴ M. MARTÍN CASALS: “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *InDret*, núm. 284 (2005) pág. 20.

Por su parte, el artículo VI. – 6:103 del *Draft Common Frame of Reference* establece:

“(1) *Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account.*

(2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage sustained, the nature of the accountability of the person causing the damage and, where the benefits are conferred by a third person, the purpose of conferring those benefits”.

Se parte, por lo tanto, de una regla general contraria a la *compensatio*, y, en cualquier caso, se considera que no procede (no resulta justa y razonable) la compensación de la ventaja conseguida por el perjudicado cuando -como sucede en el caso de los cárteles- el daño ha sido causado dolosamente.⁶⁵

Cabe concluir, en consecuencia, que la defensa basada en la repercusión del daño no era -no es- admitida en nuestro ordenamiento, conforme a la jurisprudencia sobre el régimen general de la responsabilidad civil (artículo 1902 CC). Por el contrario, en contra de lo establecido en la única sentencia que la admite expresamente -y que, en consecuencia, no constituye una “*doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo*” (art. 1.6 Código Civil)- tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia rechazaban -rechazan- la computación de beneficios en el ámbito extracontractual. Con mayor motivo, conforme a dicha jurisprudencia sobre el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual, habría que considerar inadmisibles la computación de beneficios tal y como se configura en la *Directiva de Daños* y en la LDC; es decir, incluyendo aquellos que son causados indirectamente por un negocio jurídico distinto y posterior al hecho que de manera dolosa genera el daño indemnizable y son obtenidos, además, de fuentes ajenas al demandado mediante el desempeño de conductas no exigibles al perjudicado.⁶⁶

La defensa basada en la repercusión del sobreprecio constituye, por lo tanto, una norma especial introducida en nuestro ordenamiento por la *Directiva de Daños*, que resulta aplicable únicamente a los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia y, además, no puede aplicarse con efecto retroactivo.⁶⁷

Efectivamente, la transposición al Derecho interno del contenido de la Directiva, incluyendo la admisibilidad de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio, debía producirse “*a más tardar el 27 de diciembre de 2016*” (art. 21). Mientras los Estados miembros podían establecer la aplicabilidad de las disposiciones procesales a partir de la fecha de entrada en vigor de la

⁶⁵ Cfr. C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE: *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Articles and Comments* [Interim Edition, to be completed]. pág. 1461, disponible en https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf.

⁶⁶ De ahí que, acertadamente, excluya expresamente la aplicación de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio la Sentencia 7554/2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:APM:2018:7554), F.Dº Octavo.

⁶⁷ A. ROBLES: “La inaplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) a los casos de los cárteles de sobres y camiones”, *cit. supra* nota núm. 26.

Directiva (el 26 de diciembre de 2014), debían asegurarse de que las medidas nacionales adoptadas para cumplir con sus disposiciones sustantivas no se aplicaran con efecto retroactivo (art. 22).

El contenido de la Directiva fue tardíamente incorporado a nuestro Derecho interno mediante el *Real Decreto-ley 9/2017*, estableciendo en su Disposición Transitoria Primera que las previsiones recogidas en el Artículo Cuarto (las normas procesales, incluidas en la LEC) serían aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, mientras que las previsiones recogidas en el Artículo Tercero (las normas sustantivas, incluidas en la LDC, entre las que se encuentra la regulación de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio) no se aplicarían con efecto retroactivo.

A pesar de ello, las normas sustantivas de la Directiva han sido aplicadas retroactivamente de manera indirecta en algunas sentencias dictadas en primera instancia mediante la interpretación de nuestro régimen general de la responsabilidad civil (art. 1902 CC) conforme con la legislación comunitaria.⁶⁸ Aunque la interpretación conforme es empleada en estos casos para favorecer la posición de los demandantes (principalmente, en relación con los plazos de prescripción, la presunción de la existencia del daño y la facultad del juez para estimar su cuantía a falta de prueba suficiente),⁶⁹ podría ser empleada también de esta forma para admitir la defensa basada en la repercusión del sobreprecio y aplicarla tal y como es configurada en la Directiva, sin tener que recurrir a la (como hemos señalado, errónea) doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2013 en el asunto *Azúcar II*. El principio de interpretación conforme, sin embargo, únicamente rige en el ámbito de aplicación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate, que, en el caso de la Directiva 2014/104, está limitado además por la prohibición de aplicación de sus normas sustantivas con efecto retroactivo. El artículo 1902 CC, por lo tanto, no puede ser aplicado mediante una interpretación conforme

⁶⁸ En relación con el principio de interpretación conforme, la STJUE, de 8 de octubre de 1987 (80/86 - *Kolpinguis Nijmegen BV*) establece que, "al aplicar su legislación nacional el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del art. 189 del Tratado. Este problema no se plantea de distinta manera en función de que el plazo de adaptación haya expirado o no. Procede por tanto responder a la cuarta cuestión prejudicial que las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiese expirado en la fecha correspondiente". En el mismo sentido, la STJUE de 4 julio de 2006 (C-212/04 - *Konstantinos Adeneler*) establece que "los tribunales nacionales deben interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional, desde el mismo momento de la entrada en vigor de una directiva, teniendo en cuenta el tenor literal y la finalidad de esa directiva, de manera tan amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta".

⁶⁹ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Valencia (sección 3) de 20 de febrero de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:34), F.Dº. Segundo; 13 de marzo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:187), F.Dº. Segundo; 7 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:222), F.Dº. Segundo; 15 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:510), F.Dº. Segundo; 13 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:1002), F.Dº. Segundo; Bilbao (sección 1) de 3 de abril de 2019 (ECLI:ES:JMBI:2019:547), F.Dº. Segundo; Madrid (sección 3) de 2 de julio de 2019 (ECLI: ES:JMM:2019:792), F.Dº. Segundo; 8 de octubre de 2019 (ECLI: ES:JMM:2019:1153), F.Dº. Segundo; A Coruña (sección 1) de 31 de julio de 2019 (ECLI: ES:JMC:2019:1001), F.Dº. Segundo; y Barcelona (sección 7) de 12 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JMB:2019:1121) F.Dº. Quinto. En contra de la interpretación conforme a la Directiva del Derecho interno (art. 1902 CC), por entender que los hechos objeto del proceso acaecieron antes de la entrada en vigor de dicha norma comunitaria, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza (sección 1) de 13 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:JMZ:2018:4752), F.Dº. Tercero; Madrid (sección 12) de 3 de julio de 2019 (ECLI: ES:JMM:2019:800), F.Dº. Segundo; Pontevedra (sección 1) de 30 de agosto de 2019 (ECLI: ES:JMPO:2019:975), F.Dº. tercero; 10 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JMPO:2019:976), F.Dº. Tercero; y 16 de octubre de 2019 (ECLI: ES:JMPO:2019:1145), F.Dº. Tercero.

con la Directiva a hechos anteriores a la fecha de su transposición al ordenamiento interno. En este sentido, según la Abogado General KOKOTT:

“[...] el principio de interpretación conforme únicamente rige en el ámbito de aplicación de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate. En particular, en lo que se refiere a la Directiva 2014/104, esto significa que, en el presente caso, no existe obligación alguna de interpretación conforme con dicha norma, dado que los hechos del litigio principal, como se ha señalado anteriormente, están fuera del ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva, tal y como lo define su artículo 22.

*Cierto es que, según reiterada jurisprudencia, existe una prohibición de frustración, de tal forma que los Estados miembros incluso antes de que expire el plazo de transposición de una directiva deben abstenerse de adoptar cualquier disposición que pueda comprometer gravemente el resultado prescrito por dicha directiva. De ello se deduce que, a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, las autoridades de los Estados miembros y los órganos jurisdiccionales nacionales deberán abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho nacional de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por esta. Ahora bien, en el caso de la Directiva 2014/104, pertinente en el presente asunto, el objetivo establecido por el legislador de la Unión es precisamente evitar la aplicación retroactiva de las disposiciones armonizadas sobre la prescripción de las reclamaciones de daños y perjuicios y el valor probatorio de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia, ya sea debido a que se trata de normas sustantivas sometidas al principio de no retroactividad con arreglo al artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, ya sea porque, al transponer la Directiva, el legislador nacional se ha atenido, en todo caso, a la limitación de cualquier efecto retroactivo para las demás disposiciones conforme al artículo 22, apartado 2, de la Directiva. Por lo tanto, de la prohibición de frustración tampoco se puede deducir una obligación con arreglo al Derecho de la Unión para el órgano jurisdiccional remitente de obtener, en un caso como el presente, un resultado conforme con la Directiva.”*⁷⁰

De acuerdo con tales consideraciones, han rechazado expresamente la posibilidad de interpretar el art. 1902 CC conforme a la *Directiva de Daños* en el caso del cártel de los camiones las Audiencias Provinciales de Valencia,⁷¹ Barcelona⁷² y Madrid.⁷³

⁷⁰ Conclusiones presentadas el 17 de enero de 2019 (asunto C-637/17, *Cogeco Communications Inc contra Sport TV Portugal, S.A., Controlinveste-SGPS, S.A., y NOS-SGPS, S.A.*, apdos. 100-101). Tales consideraciones fueron confirmadas por el Tribunal de Justicia: “habida cuenta de que el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104 prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sustanciales del [...] adoptadas en aplicación del artículo 21 de esta, procede considerar que dicha Directiva, en cualquier caso, no es aplicable *ratione temporis* al litigio principal” (Sentencia de 28 de marzo de 2019, C-637/17, *Cogeco*, apdo. 33).

⁷¹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de diciembre de 2019, 1679/19 (ECLI: ES:APV:2019:4151), F.Dº. Octavo; y 1680/19 (ECLI: ES:APV:2019:4152), F.Dº. Séptimo; y mismo sentido, 80/2020, de 23 de enero de 2020 (F.Dº Sexto): “Los hechos origen de la demanda son anteriores a la Directiva 2014/104/UE. Ello determina que la parte actora haya ejercitado su acción de reclamación de daños al amparo del artículo 1902 del C. Civil, y no al de la Ley de Defensa de la Competencia, derivado de la transposición de la Directiva 2014/104. Como resulta de la Sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019 (Caso *Cogeco C-637/17*) no es posible interpretar el derecho nacional conforme a la Directiva, cuando los hechos que se enjuician son

La interpretación conforme, por lo tanto, solo puede ser empleada para admitir la aplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio a los hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor del *Decreto-ley 9/2017* que, al mismo tiempo, sean posteriores al término del plazo de transposición de la Directiva de Daños (es decir, los ocurridos entre el 27 de diciembre de 2016 y el 26 de mayo de 2017).⁷⁴

5. Alcance de la defensa basada en la repercusión del daño.

Una vez establecida legislativamente la obligación de los Estados miembros de garantizar “*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*” (art. 13 de la Directiva), es necesario todavía necesario determinar si toda repercusión del sobreprecio efectivamente producida

anteriores a la misma, atendida la incorporación de una norma particular expresa sobre el ámbito de aplicación temporal de sus disposiciones (artículo 22, apartados 1 y 2).”

⁷² Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de enero de 2020, 45/2020 (ECLI: ES:APB:2020:58), F.Dº. Cuarto; 46/2020 (ECLI: ES:APB:2020:59), F.Dº. Cuarto; 51/2020 (ECLI: ES:APB:2020:201), F.Dº. Cuarto; y de 13 de enero de 2020, 58/2020 (ECLI: ES:APB:2020:186), F.Dº. Cuarto; 60/2020 (ECLI: ES:APB:2020:184), F.Dº. Cuarto; 64/2020 (ECLI: ES:APB:2020:60), F.Dº. Cuarto; 65/2020 (ECLI: ES:APB:2020:185), F.Dº. Cuarto; 66/2020 (ECLI: ES:APB:2020:698), F.Dº. Cuarto: “*Vista la normativa y jurisprudencia analizada y las fechas de los actos colusorios y de interposición de las acciones, resulta evidente que, en el caso que nos ocupa, no resulta de aplicación el principio de la interpretación conforme, dado que en esas fechas no había finalizado el plazo de transposición de la Directiva, por lo que no cabe la interpretación del derecho nacional (que contiene una regulación completa) conforme la Directiva de daños.*”

⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de febrero de 2020, 63/2020 (ECLI: ES:APM:2020:1), F.Dº. 15. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la misma fecha 64/2020 (ECLI: ES:APM:2020:2), F.Dº. Cuarto: “*Tampoco es posible aplicar el principio de interpretación conforme a los supuestos en que no es de aplicación la Directiva 2014/104/UE por razones temporales. El principio de interpretación conforme tiene su límite en el principio de no retroactividad y de seguridad jurídica como principios generales del Derecho de la Unión. En consecuencia, únicamente rige en el ámbito de aplicación de la Directiva y aquí los hechos quedan fuera de su ámbito de aplicación temporal. En el caso de la Directiva 2014/104 expresamente el legislador de la Unión excluye además cualquier efecto retroactivo en la transposición de sus normas sustantivas, que serán de aplicación una vez entren en vigor (en España, la transposición se efectúa por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo).*”

⁷⁴ Según la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza de 13 de diciembre de 2018 citada, la inaplicabilidad retroactiva del nuevo Título VI de la LDC “*implica que la posibilidad de defensa basada en la invocación del hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia, prevista expresamente en la directiva y que sirve de argumento subsidiario de defensa de la parte demandada tampoco pueda admitirse, debiendo entenderse que la posibilidad de que el sobrecoste se traslade al consumidor final o cliente que obtiene la prestación de transporte en modo alguno elimina o minora el presunto daño causado por la infracción, sin perjuicio del derecho de reclamación del consumidor final si se entiende perjudicado. Con insistencia, ambas demandadas recalcan la no aplicación de la directiva 2014/104 al caso de autos y es precisamente esa directiva la que incorpora al derecho español el argumento de traslado de sobreprecio como defensa del demandado. Si no se aplica la mejora de defensa de la parte demandante que incorpora la directiva tampoco se aplicará el argumento de defensa de la parte demandada.*” Sin embargo, de manera menos convincente añade: “*No debe olvidarse que la sentencia del TS conocida como Azúcar II, donde se analiza ese argumento de defensa, lo hizo por la ausencia de normativa en la materia en el derecho español, pero existiendo ahora una normativa que lo regula pero que no permite su aplicación retroactiva, no puede estimarse su alegación en autos con fundamento en la citada sentencia. La no aplicación de la directiva debe afectar a todos por igual. De ahí el rechazo de plano a la práctica de prueba solicitada por la parte demandada para acreditar dicha repercusión*” (F.Dº. Tercero).

desde un punto de vista económico produce efectos jurídicos o, por el contrario, es necesario que dicha repercusión, además, reúna determinados requisitos.

La cuestión ha sido suscitada por una sugerente línea jurisprudencial, conforme a la cual “*para la aplicación de la passing on defense, el actor que invoca el perjuicio debe operar en un nivel intermedio de una misma cadena de suministro o, al menos, operar en un mercado lo suficientemente próximo a aquél que resultó afectado por los efectos del cártel, de modo que sea posible la traslación del sobreprecio sufrido sin quiebra de nexo causal entre infracción y repetición*”; para determinar si un mercado es lo suficientemente próximo -continúa- es necesario averiguar si existe identidad entre el producto o servicio objeto de la infracción y aquél en el que pueda haberse materializado la repercusión del sobreprecio inicialmente sufrido, de tal forma que cuando “*no pueda apreciarse esa identidad de mercados, la defensa por repetición del sobreprecio es inoperante [...]*.”⁷⁵

El establecimiento de esta limitación de la admisibilidad de la defensa de sobreprecios repercutidos, sin embargo, no parece suficientemente motivada.⁷⁶ Inicialmente, se basaba aparentemente en la consideración de que los arts. 79 y 80 LDC reconocen legitimación activa únicamente a los compradores indirectos que formen parte de la misma cadena de suministro y operen en el mismo mercado que los infractores o en un mercado lo suficientemente próximo. Sin embargo, tales artículos únicamente regulan la carga de la prueba cuando se alegue la defensa de repercusión del daño. La legitimación activa es contemplada en el artículo 72 de la LDC (art. 3.1 de la Directiva de Daños), que se limita a confirmar el acervo comunitario, según el cual, “*cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE*”, como viene repitiendo invariablemente el Tribunal de Justicia desde el asunto *Courage*. El propio Tribunal ha aclarado, como hemos visto, que los posibles perjudicados por una infracción del Derecho de la competencia no son solo, necesariamente, los compradores indirectos que operen en el mismo mercado que los infractores o en un mercado lo suficientemente próximo como para exista identidad entre el producto o servicio objeto de la infracción y aquél en el que pueda haberse materializado la repercusión del sobreprecio inicialmente sufrido, por lo que la admisibilidad de la defensa de costes repercutidos no puede limitarse atendiendo a la legitimación activa de los compradores indirectos.

⁷⁵ La doctrina es establecida en el Auto del Juzgado Mercantil de Valencia (sección 3) de 18 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:JMV:2018:147A), F.Dº. Tercero, y confirmada por las Sentencias del mismo Juzgado de 7 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:222), F.Dº. Octavo; 15 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:510), F.Dº Octavo; 13 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:1002), F.Dº. Séptimo; 30 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:JMV:2019:1265), F.Dº. Octavo. En relación con la motivación de estas resoluciones, muy superior a la de mayoría de las demás dictadas sobre la materia, *vid.* E. PASTOR, “Cartelista con esfera reflectante: sobre la passing-on defense”, *Boletín Mercantil Lefevre-El Derecho*, núm. 71 (2019).

⁷⁶ *Vid.* A. ROBLES, “El alcance de la repercusión del daño (passing-on) derivado de infracciones del Derecho de la Competencia. A propósito del caso Llácer y Navarro SL contra AB Volvo y Renault Trucks SAS”, en *Almacén de Derecho* (27 de abril de 2019): <https://almacenederecho.org/el-alcance-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-derivado-de-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>; *Íd.*, “El alcance de la repercusión (passing-on) de los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia”, en *Almacén de Derecho* (13 de diciembre de 2019): <https://almacenederecho.org/el-alcance-de-la-repercusion-passing-on-de-los-danos-derivados-de-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>

Posteriormente, sin embargo, se considera que la “*inidoneidad causal*” de la repercusión realizada en aquellos casos en los que no exista “*identidad de productos o mercados*” resultaría “*conciliable*” con la necesaria aproximación jurídica (y no económica) al problema que -se afirma- reclaman la doctrina y el Derecho comparado:⁷⁷

“Un ilícito concurrencial es un ilícito de contenido económico. Pero la passing-on defense plantea un problema eminentemente jurídico. Por eso debe optarse por un enfoque legal a ese problema, para traer al enjuiciamiento de las acciones follow on las soluciones propias de la doctrina civil general. En esa decisión planea una tensión evidente: menospreciar que también es posible un enfoque económico sobre la misma defensa passing-on que, según considero, podría conducirnos a una respuesta distinta sobre esos mismos presupuestos de responsabilidad.”⁷⁸

Conforme a este necesario “enfoque jurídico”, en la aplicación práctica de la *compensatio* debe evitarse una generalización de la solución que suponga el desplazamiento injustificado al causante del daño de los lucros obtenidos por el lesionado.⁷⁹ Con esa finalidad, la necesaria limitación del alcance de la defensa de daños sería consecuencia de los factores que, conforme a “*los presupuestos generales inherentes a nuestro sistema de responsabilidad civil*”, supuestamente “*modulan la regla general de indemnidad*”, mencionando el deber de mitigación del daño y la computación de beneficios (*compensatio lucri cum damno*).

Sin embargo, no se justifica por qué la repercusión sólo habría de resultar “*causalmente adecuada*” cuando exista identidad de productos o de mercados, que se basa así en una mera *petitio principii* aparentemente rechazada en apelación. En cuanto al deber de mitigar el daño, esta propia jurisprudencia reconoce que no opera en el ámbito de los ilícitos concurrenciales, ya que son generalmente desconocidos para el perjudicado y, además, la eventual repercusión del sobreprecio no puede ser considerada una conducta que le resulte exigible;⁸⁰ y, respecto a la *compensatio*, se limita a señalar que la jurisprudencia la acepta en el ámbito de la responsabilidad contractual, citando además una sentencia que -en dicho ámbito- recuerda la exigencia de que las ventajas hayan sido obtenidas “*precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste*”; y, principalmente, como hemos visto, de acuerdo con “*los presupuestos generales inherentes a nuestro sistema de responsabilidad civil*”, la *compensatio* no resulta aplicable conforme al régimen general de la responsabilidad extracontractual.

En realidad, la repercusión del daño puede producir efectos jurídicos diferentes según haya sido alegada por el demandante o por el demandado. Cuando el comprador indirecto fundamenta la

⁷⁷ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Valencia (sección 3) de 18 de diciembre de 2018 citado *supra*.

⁷⁸ Se incluye una cita de P. CARO DE SOUSA: “EU and national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance”, *cit.*, págs. 1751-1784, así como de los asuntos *Sansbury's*, *Orwi* y *TenneT* analizados en el citado trabajo.

⁷⁹ Con cita de “Alfaro, J., “*Passing on defense y compensatio lucri cum damno*”, *Derecho mercantil*, 13/6/09, con análisis de la STS, 1ª, de 17 de octubre de 1998”. En realidad, en ese trabajo J. ALFARO rechaza la aplicación de la regla a los daños derivados de ilícitos concurrenciales, y la sentencia citada excluye la computación de beneficios en el caso analizado (sobre responsabilidad contractual) por considerar que no existía relación entre el daño y la ventaja.

⁸⁰ Vid. *supra* nota núm. 57.

acción de reparación de daños y perjuicios en el argumento de que le han repercutido total o parcialmente el sobrecoste derivado de la infracción, la supuesta repercusión del daño afecta a *an respondatur*: no sólo a la cuantificación del daño, sino -de manera previa- a la determinación de si existe o no un daño que haya de ser indemnizado. Para ello, no se trata de elegir entre un concepto jurídico y un concepto económico de repercusión del daño. Por el contrario, es necesario demostrar, en primer lugar, la existencia de una relación de causalidad de hecho; es decir, un nexo de causalidad desde un punto de vista fáctico que se determina conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), y que, en el caso de la repercusión del sobreprecio, es puramente económico. Pero, además, para que los infractores puedan ser considerados responsables es necesario que exista causalidad jurídica: es decir, que ese daño se les pueda imputar también jurídicamente. Sin embargo, cuando el demandado infractor alega que el demandante ha repercutido el sobrecoste derivado de la infracción, total o parcialmente, a sus propios clientes, la repercusión afecta únicamente al *quantum respondatur*: a la cuantificación de un daño cuya existencia se conoce y que ya se sabe indemnizable (el daño emergente ocasionado por el sobreprecio, al que se le resta la cuota efectivamente repercutida del mismo). En consecuencia, en este caso sería necesario demostrar “únicamente”, en principio, que entre la infracción y el sobreprecio repercutido existe una relación de causalidad de hecho.

En principio, por lo tanto, la repercusión puede ser alegada por el demandado frente a cualquier demandante, incluso en aquellos casos en que se hubiera realizado sobre eslabones posteriores de la cadena que, conforme a los criterios de imputación objetiva, no pudieran reclamar la indemnización del daño. Puesto que, en contra del principio de efectividad, eso podría dar lugar a que en determinados supuestos el infractor no respondiera del daño causado, la existencia de la relación causal entre la infracción y el daño supuestamente repercutido, como mínimo, “*debe establecerse con criterios de imputación objetiva*”,⁸¹. La defensa basada en la repercusión del daño, por lo tanto, debería ser admisible únicamente en aquellos supuestos en los que los perjudicados a los que supuestamente se les ha repercutido el daño pueden, a su vez, reclamar su indemnización de acuerdo con las normas aplicables.⁸²

Sin embargo, se ha señalado que no basta con que la defensa de daños repercutidos sea admisible únicamente en aquellos supuestos en los que sea jurídicamente (“legalmente”) posible que los perjudicados a los que supuestamente se les ha repercutido el daño reclamen su

⁸¹ L. Díez-PICAZO: *Derecho de Daños*, cit., pág. 320.

⁸² En este sentido: “Given these factors, we consider that the pass-on “defence” ought only to succeed where, on the balance of probabilities, the defendant has shown that there exists another class of claimant, downstream of the claimant(s) in the action, to whom the overcharge has been passed on. Unless the defendant (and we stress that the burden is on the defendant) demonstrates the existence of such a class, we consider that a claimant’s recovery of the overcharge incurred by it should not be reduced or defeated on this ground” (*Sainsbury v Mastercard* [2016] CAT 11, apdo. 484). Una previsión expresa en tal sentido se incluía en la Propuesta de Directiva inicial, conforme a la cual “(e)n la medida en que se haya repercutido el coste excesivo a personas que se encuentren en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resulte legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio, el demandado no podrá invocar la defensa a que se refiere el apartado anterior” (artículo 12.2 de la Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 [COM (2013) 404 final]). Su desaparición del texto finalmente aprobado no obedece, probablemente, a un cambio de opinión del legislador, sino a su difícil encaje en la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia: si “cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido” -incluyendo incluso a las personas que no actúan como proveedores o compradores en el mercado afectado por un cártel- desde un punto de vista jurídico (“legalmente”) a ninguna persona le resulta imposible exigir una indemnización.

indemnización. Para evitar que, en contra del principio de efectividad, el infractor termine por no responder del daño (o de todo el daño) causado, sería necesario que la defensa de daños repercutidos sólo resulte admisible cuando, conforme a las circunstancias jurídicas y económicas del caso concreto (y, en especial, de la fragmentación del daño y la regulación de las acciones colectivas), resulte *probable* que los perjudicados a los que supuestamente se les ha repercutido el daño reclamen efectivamente su indemnización.⁸³ Si, a la vista de las circunstancias del caso concreto (fragmentación del daño, cuantía del daño causado a cada comprador indirecto, regulación de las acciones colectivas, etc.), el juez llegara a la conclusión de que la reclamación es improbable, debería rechazar la defensa.⁸⁴

Por una parte, esta interpretación no resulta contraria al fundamento de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio, atribuido a la función esencialmente compensatoria asignada a las normas sobre daños causados por infracciones de las normas sobre competencia del Tratado.⁸⁵ Esta función, como hemos visto, no constituye ninguna exigencia del principio de efectividad, sino que es consecuencia de una decisión expresa (y discutible) del legislador europeo respecto de esa categoría específica de daños; y, además, a pesar de que esa misma es la función de nuestro régimen general sobre responsabilidad extracontractual, no se reconoce en éste la

⁸³ Así se ha entendido en la jurisprudencia comparada anterior a la Directiva. En el Reino Unido se afirma que *“the risk that any potential claim becomes either so fragmented or else so impossible to prove that the end-result is that the defendant retains the overcharge in default of a successful claimant or group of claimants. This risk of under-compensation [...] would also run counter to the EU principle of effectiveness in cases with an EU law element, as it would render recovery of compensation “impossible or excessively difficult”.* Vid. *Sainsbury v Mastercard, cit.*, apdo. 484. En los Países Bajos, a pesar de considerar acreditada la repercusión del sobreprecio de hecho, la defensa ha sido descartada debido a las escasas probabilidades de que los compradores indirectos (consumidores finales de electricidad producida con participación del producto cartelizado) ejercitaran la acción (District Court of Gelderland, Mar. 29, 2017 [Tennet TSO BV, Saranne BV / ABB BV, ABB Ltd.], conforme con HR, July 8, 2016 [Tennet TSO BV, Saranne BV / ABB BV, ABB Ltd.]). Entre las circunstancias que podrían hacer implausible la reclamación por los compradores indirectos, el Tribunal Supremo Federal de Alemania apunta el grado de fragmentación del daño y la regulación de las acciones colectivas. Cfr. BGH, 28.06.2011 - KZR 75/10 - ORWI, citado en P. CARO DE SOUSA: “EU national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance”, *cit.*, págs. 1764-1766. El problema es contemplado ya en J. RÜGGERBERG: “Private Enforcement of Competition Law in the EU: Efficiency Arguments for Vertical Chain Class Action Suits in Private Damage Claims” (2005), en <http://www.cms.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F07DE744-C1D1-4F2E-876EEB31F7FA5B9F>; M.P. SCHINKEL; J. RÜGGERBERG: “Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in line with Efficient Private Enforcement” (2006), disponible en <http://ssrn.com/paper=903282>; CEPS; EUR (proponiendo alguna forma de consolidación de las distintas demandas en un mismo procedimiento); LUISS: “Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios” (2007), págs. 482-486; *Study on the Passing-on of Overcharges* (2016), apdos. 90-93 (resaltando la conveniencia de evitar la impunidad del infractor y citando el asunto *TenneT v. Alston* mencionado); CDC: “Contribution to the public consultation by the European Commission Directorate-General for Competition, Unit A.4 on Draft guidelines for national courts on how to estimate the share of cartel overcharges passed on to indirect purchasers and final consumers”, en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/cdc.pdf>.

⁸⁴ A parecida solución llega G.A. MARTÍN, que propone que el juez tenga en cuenta la repercusión únicamente cuando sea *“legalmente relevante”*, para lo cual *“tiene que ir más allá de la mera constatación creíble del sobreprecio y atender a las concretas posiciones jurídicas del resto de afectados para determinar si la reclamación de aquel sobreprecio repercutido merece una protección provisional”* (*Competencia, enriquecimiento y daños, cit.*, págs. 349-350).

⁸⁵ A. ROBLES: “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *cit.*, págs. 110-1126.

admisibilidad de la defensa basada en la repercusión del daño tal y como es configurada en la *Directiva de Daños* y en la LDC. Por el contrario, dicha interpretación resulta conforme con la función también preventiva que, de acuerdo con el principio de efectividad, el Tribunal de Justicia atribuye también a las normas sobre daños causados por infracciones de las normas sobre competencia. De esta forma:

“Este derecho refuerza, en efecto, la operatividad de las normas de competencia de la Unión y puede desalentar los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, de modo que contribuye al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión (sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317, apartado 23 y jurisprudencia citada).

De este modo, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en el punto 80 de sus conclusiones, las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos.”⁸⁶

Por otra, puesto que constituye una restricción de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión, la subordinación de la defensa basada en la repercusión del daño, no a la *posibilidad*, sino a la *probabilidad* de que, conforme a las circunstancias jurídicas y económicas del caso concreto, los perjudicados a los que supuestamente se les ha repercutido el daño reclamen efectivamente su indemnización, resulta además conforme con la necesidad de interpretar su alcance manera restrictiva.⁸⁷

6. La prueba de la repercusión del daño.

6.1. Carga de la prueba.

A diferencia de lo que sucede cuando la repercusión es alegada por el demandante comprador indirecto,⁸⁸ la carga de la prueba de la existencia y de la cuantía de la repercusión del

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019 (C-724/17, *Skanska*) apdos. 44 y 45. La función preventiva de las reclamaciones de indemnización de daños causados por infracciones de las normas de defensa de la competencia es subrayada por el Tribunal de Justicia ya desde *Courage* (apdo. 27), y ha sido repetida invariablemente desde entonces. Cfr. *Kone* (apdo. 23); *Otis II* (24 y 25).

⁸⁷ *Vid. supra* nota núm. 38.

⁸⁸ Si bien la regla general es que la carga de la prueba recae sobre el demandante, una vez demostrada la existencia de un sobrecoste causado por la infracción el comprador indirecto sólo ha de probar que adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran (art. 79 LDC). En relación con el daño directo reclamado por el demandante, la LDC establece una presunción sobre su existencia cuando se trata de una infracción calificada como cártel y, cuando resulte excesivamente difícil establecer con precisión su cuantía conforme a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar su importe (art. 76 LDC). A parecida solución han llegado varios Juzgados de lo Mercantil y alguna Audiencia Provincial, respecto de las infracciones cometidas antes de la entrada en vigor de estas presunciones legales, mediante la aplicación de la doctrina *ex re ipsa*.

Ya antes de la entrada en vigor de la Directiva -pero citando los trabajos preparatorios para su elaboración- el Tribunal Supremo estableció en el asunto *Azúcar II* que, puesto que la demandada había concertado con las demás integrantes del cártel el precio, éste resultó ser “*superior al que hubiera debido*

sobreprecio corresponden al demandado que la alega;⁸⁹ con independencia de las circunstancias del caso concreto no existe presunción *ex lege* alguna:⁹⁰

resultar del juego de la libre competencia, por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar (los compradores), que es justamente lo que constituye el daño” (F.D. 3º). Los tribunales inferiores han entendido que el Tribunal Supremo acogía así, en el ámbito del Derecho de la competencia, una versión matizada de la doctrina de los daños *ex re ipsa* adoptada ya en otros sectores del ordenamiento (incumplimiento contractual, infracción de derechos de propiedad industrial, competencia desleal). Así se entendió, en primer lugar, en la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 3 de Barcelona de 6 de junio de 2018, que, mediante una formulación que sería posteriormente empleada en otras muchas, estableció que, *“partiendo de asunciones razonables traídas del resultado del propio proceso y de las particularidades del caso, sí debe determinar una interpretación flexible de los materiales probatorios que permitan, fundadamente, reconocer la existencia de ese daño, alterando acaso las reglas sobre carga probatoria”* (F.Dº. Tercero). Conforme a esta doctrina, cabe presumir la existencia de daños y perjuicios cuando *“se deduce necesaria y fatalmente”* o *“es consecuencia forzosa, natural e inevitable”* de un acto ilícito, de tal forma que *“no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.”* (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 21 de octubre de 2015; ECLI: ES:TS:2014:3936; F.Dº. Cuarto, que incluye citas ulteriores).

La presunción *ex re ipsa* resulta económicamente justificada en relación con los cárteles, tal y como legislativamente se prevé en la Directiva, pues ha sido empíricamente demostrado que la enorme mayoría de ellos causan daños (cfr. OXERA: *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission* (2009), pág. 91; en contra de la presunción, proponiendo incluso una interpretación contraria a la literalidad de la establecida expresamente en el art. 17.2 de la Directiva, A. CARRASCO: “El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 25 (2019) págs. 2019 y ss.). Sin embargo, sentencias posteriores permiten, aparentemente, extender su aplicación a conductas diferentes de los “cárteles duros” (en este sentido, en relación con el denominado cártel de los camiones que, en realidad, constituía principalmente un intercambio de información sensible, establece la sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 28 de febrero de 2020, ap. 42, que *“razonar que los intercambios de información, y el normal alineamiento de precios que necesariamente tuvo que producirse, constituyen comportamientos inocuos para la formación de los precios finales, sin repercusión alguna, por tanto, para el consumidor final, constituye un desafío lógico notable, que no estamos en condiciones de aceptar”*) y, más allá de lo previsto en la Directiva, incluso a cualquier infracción del Derecho de la competencia:

“En cuanto a la existencia de daño, creemos, como la resolución recurrida, que está en la naturaleza de las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a las demandadas. Si se llevan a cabo prácticas anticompetitivas (cualquiera que sea su naturaleza) es para obtener provecho con ellas, provecho de una parte que se suele corresponder con un perjuicio de la otra. Por tanto, hemos de partir de una presunción del daño [...]” (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 y de 13 de enero de 2020, F. Dº. Sexto).

⁸⁹ Creo que la omisión de esta divergencia en relación con la carga de la prueba es la que conduce a afirmar que *“el dilema que se plantea con la passing-on defence debe resolverse exclusivamente en el marco de la valoración integral de los daños sufridos, teniendo en cuenta todas las circunstancias”*, por lo que la repercusión del sobre coste *“no es más que una pieza de un complicado rompecabezas para cuyo encaje la passing-on defence es sencillamente supreflúa e innecesaria”* (L.A. VELASCO; C. HERRERO: “La “Passing-on Defense”, ¿Un Falso Dilema?”, cit., pág. 603).

⁹⁰ Ciertamente, las Decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud de los artículos 101 ó 102 del TFUE vinculan a los órganos jurisdiccionales nacionales que con posterioridad conozcan de una acción de reclamación daños y perjuicios, de tal forma que no pueden adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con ellas (artículo 16 del *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*, que incorpora lo establecido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98 *Masterfoods*, ap. 52). En el Derecho interno, el nuevo artículo 75 de la Ley de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de la Directiva de Daños, regula ahora los efectos de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes. De esta forma, la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español ha de ser considerada

irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español. (La declaración firme realizada por una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro constituye una presunción *iuris tantum*). Sin embargo, el alcance de la vinculación a lo establecido en la resolución administrativa resulta delimitado por la propia competencia de la autoridad que la dicta: comprende únicamente “la constatación de una infracción del Derecho de la competencia”, pero en ningún caso los elementos de la responsabilidad civil, como erróneamente acepta el Tribunal Supremo en el asunto Azúcar II, así asumir que la establecida en la Resolución sancionadora “es la base fáctica sobre la que de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño” (F.D. 3º). En este sentido ya A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia”, *cit.*, págs. 526-527; también, ya respecto del artículo 75 LDC, I. SANCHO GARGALLO: “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia”, en AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, *cit.*, pág.121. Contra, en relación con el régimen anterior, F. CACHAFEIRO: “Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain”, en H. ROSENAU, T. VAN NGHIA, (eds.), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Baden-Baden, 2014, pág. 176. Sobre la coordinación de los procedimientos de las autoridades de competencia y los procedimientos judiciales de reclamación de daños, en general, *vid.* P. FERNÁNDEZ: *Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, Wolters Kluwer (2019), págs. 559-648. Como ha establecido el Tribunal de Justicia, “una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional.” (STJUE de 6 de noviembre de 2012; C-199/11- *Europese Gemeenschap y Otis NV*, ap. 65).

Por otra parte, no puedo compartir que la resolución de la autoridad de competencia que, declare la existencia de un abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) o de un acuerdo que tenga *por efecto* restringir la competencia (art. 101 TFUE) constituya una presunción *iuris et de iure* de que se causó un daño, mientras que la resolución que declare la existencia de un acuerdo restrictivo que tenga “meramente” *por objeto* restringir la competencia constituya una presunción *iuris tantum*. (*Vid.* A. CALVO CARAVACA y JULIA SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2 (2015), 137-141; aparentemente conforme, C. HERRERO, La transposición de la Directiva de Daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8. nº 1, (2016), págs. 165-166). No sólo resulta contraria a la sentencia *Otis* citada, sino que, además, carece de racionalidad económica: las restricciones por objeto son precisamente las más nocivas para la competencia y las más susceptibles de causar daños. Como ha recordado el Tribunal de Justicia, “algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores” (sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, apartado 51, y de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, apartado 19). Además, “el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se considere que un mismo comportamiento contrario a la competencia tiene a la vez por objeto y por efecto restringir el juego de la competencia, a efectos de dicha disposición” (sentencia de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank*, C-228/18, apartado 44). Finalmente, no se trataría ya de la vinculación del juez al contenido de la resolución de la autoridad de competencia sino de una presunción *ex re ipsa* (*vid. supra* nota núm. 85): ésta no se basaría en la resolución administrativa (cuando, por ejemplo, calcule el efecto de la conducta sobre los precios), sino que sería inferida del tipo de conducta y operaría también cuando la infracción sea declarada directamente por el juez.

“La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros” (arts. 13 in fine de la Directiva y 78.3 II de la LDC).

Cabría entender que, una vez demostrada por el demandado la repercusión del daño realizada por el demandante, resulta innecesaria la prueba de su cuantía, ya que, conforme al artículo 78.2 LDC (12.5 de la Directiva), los jueces y tribunales “[...] estarán facultados para calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido”. Sin embargo, como recuerda la Comisión, la facultad para cuantificar la parte del sobrecoste repercutido *“emana de lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, que se aplica en términos más generales a la cuantificación del perjuicio”*,⁹¹ conforme al cual:

“Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.”

La atribución a los jueces de la facultad de estimar el daño, por lo tanto, tiene como finalidad impedir que, en aquellos casos en los que el demandante ha acreditado la existencia de daños, la carga de la prueba o los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan *“prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios.”* En consecuencia, sólo pueden ejercerla cuando la repercusión es alegada por el comprador indirecto demandante, y, una vez que éste ha conseguido acreditar su existencia, se constata la excesiva dificultad la cuantificación precisa de los daños causados mediante la pruebas disponibles.⁹² Por lo tanto, no podría ser ejercida por el juzgador para suplir la falta de prueba cuando la repercusión es alegada por el demandado infractor que se opone al resarcimiento. Esta interpretación, además, es la que única que resulta conforme con el considerando 39 de la Directiva, conforme al cual la carga de la prueba que recae sobre el demandado afecta a *“la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste.”*⁹³

⁹¹ Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, cit. (*supra* nota núm. 1), apdo. 30.

⁹² En este sentido, cuando afirma que *“los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden desestimar alegaciones de repercusión simplemente porque una parte no esté en condiciones de cuantificar con precisión los efectos de la repercusión”*, la Comisión se está refiriendo a los supuestos en los que es alegada por el demandante comprador indirecto (*Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, apdo. 33). De ahí que *“el papel de la prueba en la repercusión varía en función de los dos supuestos antes mencionados (cuando es alegada por el demandando y cuando lo es por el demandado) y del grado en que se aplique una presunción”* (*Ibíd.*, apdo. 36).

⁹³ A. ROBLES: “La defensa de la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, en el blog *Almacén de Derecho* (15 de junio de 2020), disponible en <https://almacenederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por->

La misma solución resulta aplicable en aquellos supuestos en los que el artículo 78 LDC no resulta de aplicación *ratione temporis*.⁹⁴ Conforme al régimen general previsto en nuestro ordenamiento interno, la carga de la prueba de la repercusión recae sobre el demandado que la alegue, sin que pueda ser estimada de oficio por el juez. En este sentido, el Tribunal Supremo estableció en el asunto *Azúcar II*:

“Se afirma en los trabajos realizados al respecto en la Unión Europea que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del “passing-on” debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño. A falta de normativa comunitaria que regule tal cuestión, en nuestro Derecho interno los criterios han de ser similares a los expuestos, por aplicación del apartado tercero del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de hechos que impedirían la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción. Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega” (Fundamento de Derecho Quinto).

La doctrina parece acertada: no cabe establecer una presunción judicial de repercusión del daño, ya que entre la infracción y la repercusión no existe necesariamente “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (art. 386 LEC), ni cabe una presunción *ex re ipsa*, que sólo opera cuando la existencia de daños y perjuicios “se deduce necesaria y fatalmente” o “es consecuencia forzosa, natural e inevitable” de un acto ilícito, de tal forma que “no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.”⁹⁵ la repercusión del daño no se produce de manera inexorable, ni, sobre todo, constituye un acto ilícito. Por el contrario, cuando es alegada por el demandado opera como restricción de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión, por lo que el principio de efectividad exige que se interprete de manera restrictiva.⁹⁶

La carga de la prueba de la existencia y de la cuantía de la repercusión (total o parcial) del daño, por lo tanto, recae sobre el demandado que la alega y no puede ser estimada de oficio por el juez.

[infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba](#) (visitado por última vez el 6 de julio de 2020).

⁹⁴ Las normas sobre carga de la prueba, incluyendo las que establecen presunciones legales, han sido consideradas por el legislador español normas sustantivas y, en consecuencia, inaplicables retroactivamente. Entienden que con acierto P. KIRST: “The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe”, *European Competition Journal* (2019), págs. 9-17; R. SARAZÁ: “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia” en AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia (2019) pág. 17.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 21 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2014:3936), F.Dº. Cuarto, que incluye citas ulteriores.

⁹⁶ *Vid. supra* nota núm. 38.

6.2. Objeto de la prueba.

Conforme al art. 78.3 de la LDC (art. 13 de la Directiva), el demandado deberá demostrar que el demandante repercutió la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia; es decir, que ha aumentado también el precio de sus productos o servicios *como consecuencia de la infracción*.⁹⁷

Como hemos visto, para demostrar la relación de causalidad entre la infracción y la eventual repercusión desde un punto de vista fáctico, el demandado ha de acreditar que el precio que el demandante cobra a sus clientes es mayor que el que existiría si la infracción no se hubiera producido (*conditio sine qua non*).⁹⁸ La dificultad de la tarea es puesta de manifiesto, por ejemplo, por el denominado “efecto paraguas”, que determina que el comprador de un producto vendido por una empresa ajena al cártel puede experimentar un daño a pesar de no tener ninguna relación con los miembros de aquél:⁹⁹ el precio constituye un mero reflejo de la cambiante información disponible en cada momento en el mercado, y, ciertamente, puede verse influido por un aumento de los costes de producción causados por el sobreprecio pagado, pero también por un incremento del poder de mercado del vendedor, un aumento de la demanda, o una conjunción de algunas de éstas u otras múltiples causas, frecuentemente desconocidas incluso para el vendedor.¹⁰⁰ En consecuencia, para aislar los efectos de la

⁹⁷ A. ROBLES: “La defensa de la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, *cit. supra* nota núm. 93. Por este motivo, entiende J. ALFARO que “la doctrina que veda la *compensatio lucri cum damno* merece ser aplicada en el ámbito de los daños causados por un cártel en cuanto no hay una conexión necesaria entre los beneficios que obtiene el dañado – el adquirente del insumo encarecido por el cártel – al haber subido sus precios al consumidor final y los daños que ha sufrido en forma de aumento de costes. El mayor precio que pueda conseguir de los consumidores el fabricante víctima del cártel es un beneficio que ha obtenido merecidamente si se encuentra en competencia en el mercado descendente donde vende sus productos” (“Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement*”, *cit.*, pág. 11).

⁹⁸ Además, no cabe descartar que, de acuerdo con el principio de efectividad, debería demostrar también que, conforme a las circunstancias jurídicas y económicas del caso concreto, resulta probable que los compradores indirectos sobre los que se repercutió reclamen efectivamente su indemnización. *Vid supra*, apartado 5.

⁹⁹ Efectivamente, el nivel de precios existente -artificialmente alto como consecuencia del acuerdo prohibido- provoca una desviación de la demanda hacia otros productos sustitutos, entre los que se encontrarían, en primer lugar, los de los competidores que no hubieran formado parte del cártel. De esta forma, los precios de tales productos sustitutos serían presionados al alza, con independencia de que el vendedor haya reaccionado estratégicamente –sin previo contacto con los infractores, ya que en otro caso su conducta podría ser considerada como una práctica concertada prohibida- o se haya limitado a seguir el precio de mercado. Así, los precios de tales productos sustitutos subirían incluso aunque los oferentes no fueran conscientes del incremento de los precios de los cartelistas (precios paraguas); cuanto mayor sea dicho incremento, mayor será la presión de la demanda sobre los precios de los productos competidores no afectados por el cártel (y más amplio el círculo de los productos que los consumidores considerarán como sustitutos). Los clientes de los productores que no forman parte del cártel, por lo tanto, pagarán también un precio superior al que habrían pagado de no haber existido aquél. Por ejemplo, *vid. E. OLMEDO*: “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 15 (2014), págs. 107-130; J. FRANCK, “Umbrella Pricing and Cartel Damages under EU Competition Law” (2015). *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/18*, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2610104>.

¹⁰⁰ La prueba de que el demandante ha aplicado un sobreprecio a sus propios productos que no habría sido posible sin la existencia de la infracción ha sido considerada como “*prácticamente imposible*”, debido a que

infracción de los de otros factores que habrían afectado a ese precio aun cuando la infracción no hubiera tenido lugar, es necesario establecer un supuesto contrafáctico; es decir, una situación hipotética en la que la infracción no ha tenido lugar.¹⁰¹

Por otra parte, de manera consistente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la restitución de tributos recaudados en infracción del Derecho comunitario¹⁰², el Tribunal Supremo estableció en el asunto *Azúcar II*:

“Por tanto, en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cartel y han arrebatao cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad” (F.Dº. Quinto).¹⁰³

Por lo tanto, al demandado no le bastaría con demostrar la eventual repercusión del sobreprecio (que ocasiona una reducción del daño emergente), sino que, teniendo en cuenta el vínculo inherente que existe entre ambos aspectos, debe demostrar, además, la inexistencia del

*“el precio es una creación del mercado sobre el que influyen innumerables factores, conocidos tan sólo de un modo extremadamente aproximado. No es lícito pues considerar uno sólo de dichos factores, aislarlo del contexto general y hacer de él la causa única de una parte determinada del precio; no es lícito, o mejor dicho, no lo es casi nunca, afirmar que dicha parte se halla en exclusiva relación de causalidad con el pago de un impuesto por el mismo importe [...] Y actualmente la Comisión se sitúa en la misma línea. En efecto, durante la fase oral señaló su representante: «La repercusión [...] es un hecho económico que depende de numerosas variables [...] para que con toda seguridad pueda hablarse de repercusión, es preciso que la oferta sea flexible y la demanda [...] rígida, pero creo que la sal es el único producto en el que se produce la conjunción de estas dos condiciones [...] Cuando estas dos condiciones no coinciden se está ante una situación extremadamente aleatoria, por lo que es difícil la prueba de la repercusión.» Dicho más abiertamente: la repercusión puede elevarse a la categoría de figura jurídica; pero sólo en el caso de que se sea consciente de que tal institución será frágil y aplicable dentro de unos límites bien definido” (Conclusiones del Abogado General MANCINI, presentadas el 27 de septiembre de 1983 en el asunto 199/82 *Amministrazione delle finanze dello Stato contra SpA San Giorgio*, apdo. 6, en el que se analizaba una legislación nacional que imponía sobre el demandante la carga de la prueba de que el tributo indebidamente cobrado no había sido repercutido).*

¹⁰¹ Para ello pueden resultar de utilidad las *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, en las que la Comisión expone los principios económicos, los métodos y la terminología aplicables a la repercusión, ofreciendo indicaciones sobre los parámetros pertinentes que pueden tenerse en cuenta a la hora de considerar las pruebas económicas para evaluar la repercusión de los sobrecostos (DO núm. C 267, de 9 de agosto de 2019, págs. 4-43). Ahora bien, como recuerda la propia Comisión, tales directrices “no tienen carácter vinculante ni alteran las normas vigentes emanadas del Derecho de la UE o de la legislación de los Estados miembros. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a seguirlas”, ya que “en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales aplicarán las normas nacionales” (apdo. 2). Vid. E. SANJUÁN: *Valoración de los daños en los supuestos antitrust*, Tirant lo Blanch (2017), págs. 259-284.

¹⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 1997, asuntos C-192/95 a C-218/95 - *Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects* (ECLI:EU:C:1997:12), apdos. 29-32.

¹⁰³ En el mismo sentido, la Sentencia 2662/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de enero de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:2662), F.Dº. Sexto.

efecto volumen provocado por la consecuente disminución de las ventas (que provoca un lucro cesante).

6.3. Estándar de prueba.

Conforme al principio de efectividad, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden establecer un estándar de prueba de la repercusión menos estricto que el aplicable a la prueba del daño, ya que ello conduciría a una inversión de la carga de la prueba.¹⁰⁴

En nuestro caso, de la jurisprudencia menor se desprende que no es suficiente con demostrar que la repercusión resulta meramente plausible según la teoría económica: ha de ser probable conforme a la evidencia empírica disponible. Tampoco basta con acreditar mediante el correspondiente informe pericial la existencia de “*unas condiciones económicas favorables*” o que, conforme a la teoría económica, concurren “*las condiciones de mercado necesarias para que la actora trasladase cualquier eventual sobre coste a sus clientes*” (sin que resulte afectado, además, su volumen de ventas).¹⁰⁵ La teoría económica proporciona al órgano jurisdiccional un marco dentro del cual se podrán evaluar las pruebas cuantitativas y cualitativas aportadas,¹⁰⁶ pero la fiabilidad de las predicciones basadas en un determinado modelo económico dependen de manera decisiva del soporte fáctico existente.¹⁰⁷

Por lo tanto, el demandado se enfrenta a la dificultad de demostrar que, “*sobre la base de las circunstancias del caso concreto*”,¹⁰⁸ tanto la existencia y la cuantía de la repercusión del daño emergente (sobrepeso) como la inexistencia de lucro cesante (efecto volumen) constituyen “*una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*”.¹⁰⁹ Por lo tanto, sobre la base de datos suficientemente representativos, objetivos y fiables, ha de explicar con claridad el método empleado para valorar no sólo las eventuales diferencias de precios del demandante, sino también los demás factores interdependientes que -aparte del sobre coste sufrido como consecuencia de la infracción- inciden simultáneamente sobre el precio fijado por éste (naturaleza del coste de los insumos, naturaleza de la demanda a la que han de hacer

¹⁰⁴ “*Although the standard to which the passing-on and its extent should be demonstrated depends primarily on national law, the effectiveness of an antitrust damages claim would suffer from a too low standard. That is particularly so if the standard of proving the passing-on would be lower than the standard to which the claimant has to prove the damage he suffered. That situation would amount to a reversal in the burden of proof, which cannot be reconciled with the objective of achieving effective and full compensation of the harm caused by a competition law infringement. As a result, the standard of proof for the passing-on cannot be lower than the standard to which the claimant has to prove the existence and the amount of his damage*” (COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, {COM(2008) 165 final}, apdo. 214).

¹⁰⁵ Sentencia núm. 80/2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2020, F.Dº. Octavo.

¹⁰⁶ *Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobre coste que se repercute al comprador indirecto, cit., apdo. 47.*

¹⁰⁷ *Study on the Passing-on of Overcharges* (2016), págs. 43-44, 183.185, 202, 205; T. BINZ et al.: “Passing on of cartel Overcharges: Why is it so difficult to formulate robust predictions”, *Concurrences*, núm. 1 (2019), pág. 56.

¹⁰⁸ *Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobre coste que se repercute al comprador indirecto, cit., apdo. 47.*

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 en el asunto *Azúcar II, cit., F.Dº. Séptimo*, respecto del daño causado por la infracción.

frente los clientes directos o indirectos, fuerza e intensidad de la competencia en los mercados en los que éstos operan, etc.).¹¹⁰

Finalmente, cualquier intento de demostrar la efectiva repercusión del daño implica la aceptación de que, como consecuencia de la infracción cometida por el demandado, el demandante sufrió el daño cuya indemnización le reclama.¹¹¹ De lo expuesto se desprende que no bastaría con alegar que la infracción no produjo daños pero que, si los hubiera causado, habrían sido repercutidos teniendo en cuenta las características del mercado. Como hemos señalado, no basta con acreditar mediante el correspondiente informe pericial la existencia de “*unas condiciones económicas favorables*” o que, conforme a la teoría económica, concurren “*las condiciones de mercado necesarias para que la actora trasladase cualquier eventual sobrecoste a sus clientes*” (sin que resulte afectado, además, su volumen de ventas);¹¹² la existencia y la cuantía de la repercusión del daño emergente (sobrepeso) y la inexistencia de lucro cesante (efecto volumen) han de ser demostradas sobre la base de “*datos contrastables y no erróneos*” que resulten suficientemente representativos, objetivos y fiables, por lo que resultarían necesariamente contradictorios con los empleados previamente para tratar de demostrar la inexistencia de los daños supuestamente repercutidos.¹¹³

Para evitar esa contradicción, el demandado podría alegar que, en la hipótesis de que la infracción hubiera causado daños, habrían sido repercutidos teniendo en cuenta que, como se desprende de las pruebas aportadas, el demandante ha repercutido los incrementos de precio de otros costes diferentes. En tales casos, la necesaria adecuación y representatividad de los datos empleados exige que dichos costes tengan la misma naturaleza y representen una similar proporción de los costes totales de esa misma naturaleza. En este sentido, la naturaleza de un determinado insumo determina la posibilidad de que el eventual sobrecoste que recaiga sobre el mismo sea repercutido y la medida en que lo sea; así, a diferencia de los costes marginales, los costes fijos no suelen afectar a las decisiones sobre la fijación de precios, es menos probable que se repercutan.¹¹⁴ Además, si el sobrecoste solo representa una pequeña parte de los costes totales, al comprador directo tal vez no le resulte rentable repercutirlo, debido al propio coste que representa la modificación del precio.¹¹⁵ Efectivamente, para que se produzca un ajuste del precio es necesario que la empresa perciba un cambio de las circunstancias, considere

¹¹⁰ Sentencias 45/2020 (ECLI:ES:APB:2020:58), 46/2020 (ECLI:ES:APB:2020:59), 51/2020 (ECLI:ES:APB:2020:201) y 64/2020 (ECLI:ES:APB:2020:60) de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de enero de 2020, F.Dº. Séptimo; y 60/2020 (ECLI:ES:APB:2020:184) y 65/2020 (ECLI:ES:APB:2020:185), de 13 de enero de 2020, F.Dº. Sexto.

¹¹¹ A. ROBLES: “La defensa de la repercusión del daño (*passing-on*) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, *cit. supra* nota núm. 93.

¹¹² Sentencia núm. 80/2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de enero de 2020, F.Dº. Octavo.

¹¹³ Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra de 26 de julio de 2019 (ECLI:ES:JMPO:2019:69A), “*es posible plantear una defensa principal y otra subsidiaria que supongan dos interpretaciones no compatibles de unos mismos hechos o circunstancias, pero no es posible pretender de manera razonable, una vía de defensa basada en la negación absoluta de unos hechos y otra vía de defensa basada en la afirmación de los mismos hechos*” (F.D. Segundo).

¹¹⁴ *Study on the Passing-on of Overcharges* (2016), *cit.*, apdos. 110, 123, 139; *Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, *cit.*, apdo. 46.

¹¹⁵ *Vid. Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*, *cit.*, apdos. 52-56.

conveniente realizar el ajuste e identifique cuál debe ser el nuevo precio, especialmente si el sobrecoste es muy pequeño o ha variado alguno de los demás factores que inciden simultáneamente sobre el precio fijado por éste (naturaleza del coste de los insumos, naturaleza de la demanda a la que han de hacer frente los clientes directos o indirectos, fuerza e intensidad de la competencia en los mercados en los que éstos operan, etc.); y, además, es necesario que los costes asociados al proceso de modificación no superen los beneficios esperados derivados de ésta.¹¹⁶

Por lo tanto, sólo cuando concurren cumulativamente los requisitos anteriores el órgano jurisdiccional podría considerar que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, entre la repercusión de otros sobrecostos distintos y la del sobreprecio del insumo “*existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*”, de tal forma que a partir de la prueba de la repercusión demostrada de los primeros procede “*presumir la certeza, a los efectos del proceso*” de la repercusión presunta del segundo (art. 386 LEC).

7. Conclusiones

La admisibilidad y los requisitos de la defensa basada en la repercusión del sobreprecio constituían hasta la aprobación de la *Directiva de Daños* (y siguen constituyendo en lo no previsto por ésta) una materia propia del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, sometido a los principios de equivalencia y efectividad. En particular, la admisibilidad de la defensa no constituye una exigencia del principio de efectividad, sino que es consecuencia de una decisión expresa del legislador comunitario. En nuestro Derecho interno, con carácter general, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han venido rechazando la computación de beneficios en el ámbito extracontractual; y, con mayor motivo, en relación con aquellos procedentes de fuentes ajenas al demandado, obtenidos a través de un negocio jurídico distinto y posterior al hecho que de forma dolosa genera el daño (como sucede, generalmente, con las infracciones del Derecho de la competencia) y mediante el desempeño de conductas no exigibles al perjudicado, como sucede en el caso de la eventual repercusión del sobreprecio.

Por lo tanto, en contra de lo que parece desprenderse de la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Azúcar II*, la defensa de daños repercutidos constituye una regla especial, introducida en la *Ley de Defensa de la Competencia* al transponer la *Directiva de Daños*, que no puede aplicarse retroactivamente ni siquiera mediante la interpretación conforme de las normas nacionales. No cabe descartar, sin embargo, que la fuerza expansiva del Derecho de la competencia provoque que la figura termine desbordando su ámbito específico de aplicación, para extenderse al régimen general del Derecho de daños.

El alcance de la repercusión del sobreprecio ha de ser el mismo, con independencia de que la alegue el comprador indirecto demandante o -en caso de resultar admisible- el infractor demandado. La defensa, por lo tanto, podría ser empleada, en principio, siempre que resulte jurídicamente *posible* que los perjudicados a los que supuestamente se les ha repercutido el daño puedan reclamar, a su vez, su indemnización de acuerdo con las normas aplicables. Sin embargo, al constituir una restricción de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión, el principio de efectividad exige que su admisibilidad y extensión sean interpretadas

¹¹⁶ *Study on the Passing-on of Overcharges* (2016), *cit.*, apdos. 108-109.

restrictivamente. En consecuencia, para evitar que el infractor termine por no responder del daño (o de todo el daño) causado, la defensa debería resultar admisible únicamente cuando, conforme a las circunstancias jurídicas y económicas del caso concreto, resulte *probable* que esa reclamación se produzca efectivamente.

La carga de la prueba de la existencia y de la cuantía de la repercusión (total o parcial) del daño recae sobre el demandado que la alega y no puede ser estimada de oficio por el juez. El demandado no solo ha de demostrar la eventual repercusión del sobreprecio (que ocasiona una reducción del daño emergente), sino que debe demostrar, además, la inexistencia del efecto volumen provocado por la consecuente disminución de las ventas (que provoca un lucro cesante). Ambos aspectos han de resultar no sólo plausibles, sino probables, de tal forma que, “sobre la base de las circunstancias del caso concreto”, constituyen “una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”. Esta hipótesis ha de ser sustentada mediante datos suficientemente representativos, objetivos y fiables. En cualquier caso, la prueba de la repercusión del daño implica la aceptación de que, como consecuencia de la infracción cometida, el demandante sufrió el daño cuya indemnización reclama.

8. Bibliografía

AAVV, *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Valencia (2018).

J. ALFARO, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” *InDret*, núm. 3 (2009).

J. ALFARO, “*Passing on defense y compensatio lucri cum damno*”, en el blog *Almacén de Derecho*, 13 de junio de 2009, disponible en <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2009/06/passing-on-y-compensatio-lucrum.html>.

T. BINZ et al., “Passing on of cartel Overcharges: Why is it so difficult to formulate robust predictions”, *Concurrences*, núm. 1 (2019).

M. BOTTA, “The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive”, 5 *European Review of Private Law* (2017), págs. 881-90.

H. BROKELMANN, “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo* 37 (2015).

F. CACHAFEIRO, “Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain”, en H. ROSENAU, T. VAN NGHIA, (eds.), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Baden-Baden (2014).

A. CALVO CARAVACA y JULIA SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2 (2015).

P. CARO DE SOUSA, "EU and national approaches to passing on and causation in competition damages cases: a doctrine in search of balance", *Common Market Law Review*, 55 (2018), págs. 1760-1766.

A. CARRASCO, "El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño", *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 25 (2019).

CDC, "Contribution to the public consultation by the European Commission Directorate-General for Competition, Unit A.4 on Draft guidelines for national courts on how to estimate the share of cartel overcharges passed on to indirect purchasers and final consumers", en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/cdc.pdf>.

CEPS; EUR; LUISS, "Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios" (2007).

P. DEL OLMO, "Punitive Damages in Spain", en H. KOZIOL; V. WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena (2009), págs. 137-154.

F.L. DE LA VEGA, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*, Madrid (2001).

F. DÍEZ, "Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios", *Anuario de la Competencia 2017*, Madrid (2018), págs. 215-248.

F. DÍEZ, "La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 267-305.

L. DÍEZ-PICAZO: *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas (1999).

I. DÍEZ-PICAZO, "Sobre algunas dificultades para la llamada "aplicación privada" de las normas de competencia en España", en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia 1989-2007*, Libro Marrón-C. Empresarios. Madrid (2008), págs. 53 a 74.

N. DUNNE, "Antitrust and the Making of European Tort Law", *Oxford Journal of Legal Studies* (2015), págs. 1-34.

T. EILSMANBERGER, "The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action", 44 *Common Market Law Review* (2007), págs. 431-478.

C. ESTEVAN, "Algunas reflexiones sobre la admisión de la "passing-on defence" en la Directiva 2014/104/UE", en J. I. RUIZ PERIS (coord.): *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/ UE: directiva y propuesta de transposición* (2016), págs. 339-354.

C. ESTEVAN, "Repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia", en J. I. RUIZ PERIS (dir.): *Derecho europeo de*

compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE (2018), págs. 291-314.

A. FONT I RIBAS y B. VILÁ COSTA (Dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, (2012).

A. FONT I RIBAS y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Madrid (2013).

J. FRANCK, “Umbrella Pricing and Cartel Damages under EU Competition Law” (2015). *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/18, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2610104>.

F. GÓMEZ POMAR, “Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 12 (1996).

K. HAVU, “Adequate Judicial Protection and Effective Application of EU Law in the Context of National Enforcement, Remedies and Compensation”, Helsinki Legal Studies Research Paper No. 37, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2627109> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2627109>.

C. HERRERO, “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, N° 1, pp. 150-183.

P. KIRST, “The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe”, *European Competition Journal* (2019), págs. 9-17.

I. LIANOS, “The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication”, CLES Research Paper No. 6/2014, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2542940>.

I. LIANOS; P. DAVID; P. NEBBIA, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford (2015).

W.M. LANDES; R.A. POSNER, “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, 46 *University of Chicago Law Review* (1978-1979), págs. 602-635.

D. LECZYKIEWICZ, “Effectiveness of EU Law before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability”, en D. CHALMERS; A. ARNULL: *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP (2015), págs. 212-248.

C. LOMBARDI, *Causation in Competition Law Damages Actions*, CUP (2019).

U. MAGNUS (ed.), *Unification of Tort Law: Damages. Principles of European Tort Law vol. 5*, La Haya (2001).

F. MARCOS FERNÁNDEZ, A. SÁNCHEZ-GRAELLS, “Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Tort Law*, vol. 16, no. 3 (2008), págs. 469-488.

F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española – ICE: revista de economía*, nº 876 (2014), págs. 91-104.

F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Madrid (2015), págs. 186 y ss.

F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Damages claims in the Spanish sugar cartel”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 3, Issue 1, April 2015.

F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Spain”, en B. RODGER; M. SOUSA FERRO; F. MARCOS: *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, Oxford (2018), 327-357.

F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 26 (2020).

M. MARTÍN CASALS, “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *Indret*, núm. 2 (2005).

G.A. MARTÍN, *Competencia, enriquecimiento y daños*, Valencia (2019).

M. MEDINA, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Barcelona (2015).

O. ODUDU; A. SÁNCHEZ-GRAELLS, “The interface of EU and national tort law: competition law”, en P. GILIKER (ed.), *Research Handbook on EU Tort Law*, Edward Elgar (2017), págs. 154-183.

E. OLMEDO, “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing: una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº. 15 (2014), págs. 107-130.

I. ORTIZ BAQUERO, “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia”, *La Ley* (2011).

OXERA, *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission* (2009).

F. PANTALEÓN, “Artículo 1902” en *Comentario al Código Civil*, Madrid (1991), págs. 1987-1990.

F. PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, vol. II (1990), págs. 1561-1591.

P.L. PARCU; G. MONTI, M. BOTTA, *Private Enforcement of Eu Competition Law. The Impact of the Damages Directive*, Cheltenham (2018).

E. PASTOR, “Cartelista con esfera reflectante: sobre la passing-on defense”, *Boletín Mercantil Lefevre-El Derecho*, núm. 71 (2019).

F. PEÑA LÓPEZ, *La Responsabilidad Civil por Daños a la Libre Competencia*, Valencia (2018).

P. PÉREZ, *Acciones de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos*, Madrid (2019).

S. PREECHAL; R. WIDDERSHOVEN, “Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection”, *Review of European Administrative Law*, vol. 4 (2011), págs. 31-50.

N. REICH, “The Principle of Effectiveness and EU Private Law”, en U. BERNITZ, X. GROUSSOT, F. SCHULYOK (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law* (Kluwer Law International, 2013), págs. 301-326.

N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia (2013), págs. 89-129.

A. ROBLES, “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid (2015), págs. 1110-1126.

A. ROBLES, “El alcance de la repercusión del daño (passing-on) derivado de infracciones del Derecho de la Competencia. A propósito del caso Llácer y Navarro SL contra AB Volvo y Renault Trucks SAS”, en *Almacén de Derecho* (27 de abril de 2019): <https://almacenederecho.org/el-alcance-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-derivado-de-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>.

A. ROBLES, “El alcance de la repercusión (passing-on) de los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia”, en *Almacén de Derecho* (13 de diciembre de 2019): <https://almacenederecho.org/el-alcance-de-la-repercusion-passing-on-de-los-danos-derivados-de-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>.

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

A. ROBLES, “La defensa de la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, en el blog *Almacén de Derecho* (15 de junio de 2020): <https://almacenederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba/>.

B. RODGER; M. SOUSA FERRO; F. MARCOS, *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, Oxford (2018).

M. ROSS, “Efectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?”, *European Law Review*, núm. 31 (2006), págs. 476-498.

J. RÜGGERBERG, “Private Enforcement of Competition Law in the EU: Efficiency Arguments for Vertical Chain Class Action Suits in Private Damage Claims” (2005), en <http://www.cms.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F07DE744-C1D1-4F2E-876EEB31F7FA5B9E>.

J. I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor (2016).

J. I. RUIZ PERIS (dir.), *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Valencia (2018).

I. SANCHO GARGALLO, “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de competencia”, en AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, Valencia (2018).

I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm.1 (2009).

E. SANJUÁN, *Valoración de los daños en los supuestos antitrust*, Tirant lo Blanch (2017), págs. 259-284.

R. SARAZÁ, “*El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia*” en AAVV: *Acciones Follow-on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia (2019).

M.P. SCHINKEL; J. RÜGGERBERG, “Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal fo Standing in line with Efficient Private Enforcement” (2006), disponible en <http://ssrn.com/paper=903282>.

A. SOLER; P. DEL OLMO, *Practicum Daños 2019*, Cizur Menor (2019).

A. SOLER, “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fascículo II (1995), págs. 960-961.

J. SPIER (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International (2000).

M. STRAND, *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law*, Edwad Elgar (2017).

W. VAN GERVEN, “Of Rights, Remedies and Procedures”, *37 Common Market Law Review* (2000), págs. 501-536.

L.A. VELASCO; C. HERRERO, “La “*Passing-on Defense*”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO *et al.* (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid (2011), págs. 593-604.

P. VIDAL; T. ARRANZ, “Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la directiva de daños por infracciones del derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, n.º 38 (2017).

C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE, *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Articles and Comments* [Interim Edition, to be completed]. pág. 1461, disponible en https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf.

D. WAELBROECK; D. SLATER; G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC competition rules. Comparative Report*, Ashurst (2004).

M. YZQUIERDO, *Responsabilidad extracontractual. Parte General*, 3º ed., Madrid (2017).

A. ZURIMENDI ISLA, “La indemnización de daños y perjuicios”, en A. ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Granada (2017), págs. 269-306.