

SÍLVIA GÓMEZ TRINIDAD
(Dir.)

**GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS
EN EL EJERCICIO DE ACCIONES
JUDICIALES DE DAÑOS
POR INFRACCIONES DE DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

PROYECTO GUIDAM-COMP

**BEST PRACTICES FOR ACTIONS FOR
DAMAGES FOR INFRINGEMENT OF
COMPETITION LAW**

GUIDAM-COMP PROJECT

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	9
ESTADO DE LA CUESTIÓN	13
CONCLUSIONES.....	65
MIEMBROS DEL PROYECTO GUIDAM-COMP	71
MAGISTRADOS PARTICIPANTES EN LOS TALLE- RES DE DEBATE DEL PROYECTO GUIDAM- COMP.....	71

SUMMARY

INTRODUCTION.....	75
THE ISSUE AS IT STANDS.....	79
CONCLUSIONS	129
GUIDAM-COMP PROJECT MEMBERS.....	135
ATTENDANTS TO THE GUIDAM-COMP WORK- SHOPS' DEBATES THAT ARE THE BASIS OF THIS DOCUMENT	135

PRESENTACIÓN

El Derecho de defensa de la competencia sufrió una trascendente evolución con las STJUE *Manfredi* y *Courage*¹. Ambas resoluciones en sede europea reconocieron, por un lado, la aplicación plena de las normas de Derecho de la competencia con el cumplimiento de un efectivo resarcimiento del daño causado por un ilícito concurrencial, y, por otro, la delimitación de aquello que debería entenderse como daño resarcible. Tras ambas sentencias, esa evolución tuvo su rúbrica con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE² y su subsiguiente implementación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

La anterior realidad jurídica es el punto de partida del presente *Documento*. Primeramente, se parte de las modificaciones habidas en los sistemas jurídicos de los Estados miembros

¹ STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage* y *Crehan*, y en la STJUE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

² Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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).

A lo largo del *Documento* se hará referencia a la Directiva como Directiva 2014/104/UE o como Directiva de daños indistintamente.

de la UE desde una perspectiva, material y procesal tras la implementación de la Directiva 2014/104/UE. En segundo lugar, se constatan divergencias en la transposición de la Directiva de daños en los diferentes Estados miembros. Y finalmente, formando parte de esa realidad legislativa, se tienen en consideración también la aprobación por las instituciones europeas de Directrices, Comunicaciones y otros instrumentos que tienden a complementar el contenido de la Directiva 2014/104/UE.

Ante la realidad anteriormente descrita, el *Documento* que presentamos identifica, analiza y plantea, a título de recomendaciones finales, cómo afrontar algunos de los cambios legislativos acaecidos, considerando las diferencias o similitudes detectadas en su aplicación por la judicatura tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE desde una perspectiva de Derecho comparado español y alemán. Ciertamente y, a pesar de hallarnos en un momento inicial de aplicación, por cuanto la transposición en España y en Alemania tuvo lugar en el año 2017, se observa una masiva entrada en los juzgados de procedimientos en los que se ejercitan acciones por daños en las diferentes jurisdicciones europeas.

La Comisión Europea en los programas de formación a jueces en Derecho de la competencia europeo —*EC Training of National Judges in European Union Competition Law*— de carácter transnacional pretende crear un foro de intercambio de ideas y formación para acercar planteamientos jurídicos o evitar que, ante situaciones jurídicas similares, se apliquen soluciones diversas en la materia. En el marco de este programa europeo, el proyecto GUIDAM-COMP³ ha promovido una reflexión en torno al nuevo marco normativo introducido por la Directiva 2014/104/UE y su aplicación, desde un punto de vista material, en particular en materia de cárteles (art. 101 TFUE) y desde un punto de vista procesal. Todo ello se ha llevado a cabo mediante talleres de debate y formación para y con magistrados. Los participantes y formadores de los

³ *Guidelines for Spanish judges for damages actions for Competition infringements in a comparative perspective - GUIDAM-COMP Project.*

talleres han sido miembros de la judicatura de diversos partidos judiciales, instancias y órdenes jurisdiccionales junto con académicos de diversas áreas de conocimiento del Derecho y Economía. Las reflexiones extraídas de los talleres han sido el vehículo para preparar el presente *Documento* que pretende efectuar unas recomendaciones a modo de conclusiones de los diversos debates celebrados, a los efectos de clarificar las diferentes posiciones planteadas, los consensos, e impulsar mejoras a implementar por los agentes implicados, atendiendo a la práctica judicial desarrollada ante la nueva realidad en la aplicación del Derecho de la competencia.

El trabajo de los académicos miembros del proyecto GUIDAM-COMP consistió, inicialmente, en la identificación de categorías de temas introducidos con la transposición de la Directiva 2014/104/UE en el ordenamiento jurídico español y alemán. Estas categorías, que *a posteriori* fueron desarrolladas en los talleres, se escogieron tras diversas reuniones con magistrados por poder generar cierto debate interpretativo, desde un punto de vista de derecho interno y comparado.

Las conclusiones alcanzadas en los talleres de formación y debate se plantearon en un segundo nivel de discusión con magistrados especialistas en Derecho de la competencia españoles y alemanes. El *Documento* es el resultado de sus observaciones y del trabajo académico desarrollado a lo largo del proyecto. Siguiendo la anterior metodología de trabajo, el lector hallará en el texto referencias a los consensos alcanzados en los talleres de formación y debate y a las aportaciones derivadas de la segunda fase de observaciones.

El presente *Documento* ha sido coordinado por la profesora Sílvia Gómez Trinidad, de la Universitat de Barcelona, y son coautores junto con la anterior, los profesores Lluís Caballol i Angelats, Pablo Garrido Pérez y Cristina Roy Pérez. En las líneas base de redacción del presente documento han intervenido los académicos miembros del Proyecto GUIDAM-COMP: las profesoras Maria Asunción Gual Dalmau, Maria Teresa Franquet Sugañes y Maria Concepción Hill Prados. El profesor Wolfgang Wurmnest de la Universidad de Augsburg ha participado como experto en Derecho y práctica judicial

alemanes contenidos en el presente *Documento*. Atendiendo al carácter interdisciplinar, y con el objeto de aportar mayores reflexiones en cuanto al contenido y las conclusiones del presente *Documento*, han participado en el segundo nivel de debate los ilustres magistrados del orden jurisdiccional español Alberto Arribas Hernández, José María Fernández Seijo, Raúl Nicolás García Orejudo y Purificación Martorell Zulue-ta, junto con los ilustres magistrados del orden jurisdiccional alemán Gerhard Klumpe y Christina Gräfin von Merveldt, en dos paneles de discusión celebrados *online* a lo largo del año 2020 a quienes hacemos extensible un especial agradecimiento por su participación y aportaciones realizadas.

Al igual que el profesor Wolfgang Wurmnest, los magistrados alemanes hicieron sus comentarios desde la perspectiva del Derecho alemán, por tanto no participaron en la redacción del *Documento* en aquello que concierne a Derecho español o europeo. Por ese motivo los participantes alemanes no se hallan vinculados por las reflexiones contenidas en el texto respecto a Derecho español o europeo.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

[1] El derecho al pleno resarcimiento ante un ilícito concurrencial es el fundamento de la modificación normativa introducida con la transposición de la Directiva 2014/104/UE en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Esa modificación tiene por objeto que, bajo los principios de proporcionalidad y equivalencia, aquellos operadores del mercado que hayan sufrido un perjuicio económico en sus operaciones comerciales, bien sean consumidores o empresarios, puedan ser resarcidos, a consecuencia de una conducta anticompetitiva.

[2] Ciertamente, la exclusión de algunos elementos clave para el éxito pleno del objetivo fijado en la Directiva de daños ha hecho que este haya quedado diezmado al dejar al margen un régimen de acciones colectivas de damnificados o la determinación de un sistema de cuantificación de daños. Desde el punto de vista del ordenamiento interno español, con carácter previo a la interposición de la Directiva de daños, la declaración por la autoridad de competencia española en, los conocidos *cártel de los sobres*, *cártel del azúcar* o *cártel de la leche*¹, por citar algunos, ya habían comportado el inicio de

¹ Resolución de la CNC de 15 de abril de 1999 (expte. 426/98, *Azúcar*). Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2015 (expte. S/0425/12, *Industrias Lácteas*).

acciones judiciales por daños pero, evidentemente, utilizando aquellos instrumentos que el ordenamiento español disponía. Por ello no debemos perder de vista el punto de partida de este *Documento* cual es la transposición de la Directiva de daños, cuya consecuencia directa, ha comportado una ingente cantidad de escritos de reclamación de daños interpuestos tras la decisión del cártel de los camiones² declarado por la Comisión Europea, con la subsiguiente aplicación de la modificación normativa habida³. Indicar que, finalmente, los Tribunales españoles no han permitido aplicar la Directiva de daños para procedimientos en tramitación antes de la transposición, ni siquiera como criterio interpretativo.

[3] Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, la casi transposición literal de la Directiva 2014/104/UE, incorporando algunas figuras jurídicas ajenas a él, de inicio, ha generado una cierta incertidumbre jurídica. Se debe añadir que a esa incertidumbre, y en ciertos casos, se han generado diferencias en la interpretación de las normas afectadas por la transposición. Esa diferente aproximación a los cambios normativos ha hecho necesaria la intervención interpretativa del Tribunal Supremo en la resolución de cuestiones previas al análisis del fondo del asunto. En el contexto de Derecho europeo, el pronunciamiento del TJUE está siendo necesario a través de la resolución de diversas cuestiones prejudiciales elevadas por órganos de instancia o apelación para delimitar conceptos de Derecho europeo⁴. El ámbito de modi-

teas). Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 (expte. S/0316/10, *Sobres de Papel*).

² Decisión de la Comisión Europea AT.39824, de 19 de julio de 2016. Versión no confidencial de la Decisión publicada el día 6 de abril de 2017.

³ Debe hacerse notar que algunas acciones judiciales presentadas tras la Decisión CE del cártel de los camiones se interpusieron con anterioridad a la transposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español. Los primeros pronunciamientos judiciales tuvieron que manifestarse en torno a temas tales como la prescripción de la acción, la norma aplicable en el periodo de aplicación transitoria entre la Directiva y la entrada en vigor de la norma de transposición.

⁴ Citemos en este punto, por ejemplo, la cuestión prejudicial, AAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 24 de octubre de 2019; cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil, Sección 2.ª de Madrid, de 22 de enero de 2020; cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil, núm. 7 de Barcelona, de 21 de febrero de 2020.

ficación en el ordenamiento jurídico español ha sido doble, desde un punto de vista material, ha comportado la revisión de la Ley 15/2017 de Defensa de la Competencia y, desde un punto de vista procesal, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En Alemania, la Directiva 2014/104/UE fue transpuesta al ordenamiento jurídico alemán mediante la *Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschaerungen*, de 1 de junio de 2017, que modificó la norma alemana contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaerungen*, en adelante, GWB).

[4] El presente *Documento* reflexiona en torno a las siguientes cuestiones jurídicas: El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia y la colaboración de las autoridades de competencia con los órganos judiciales, la legitimación procesal, la prescripción de la acción, la figura del denominado *passing-on* y el sistema de cuantificación de daños.

[5] Cabe hacer una mención especial, previa al análisis de las cuestiones jurídicas indicadas al debate suscitado en torno a la *competencia judicial territorial* en casos de acciones por daños derivados de una conducta colusoria en litigios transfronterizos. En sede jurisdiccional alemana, parece no haber discusión en torno a la norma aplicable para determinar la competencia judicial territorial del órgano competente para conocer de una infracción por daños en esta materia. Si bien es cierto que se considera aplicable el Reglamento 1215/2012 o *Reglamento Bruselas I Bis* como norma que determina en algunos casos incluso la competencia judicial internacional y territorial, no es menos cierto que no todos los criterios atributivos de competencia judicial en el citado Reglamento son una norma de atribución de competencia mixta⁵. Sin embargo, no es cuestión debatida en Alemania que el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012 una norma de atribución de competencia mixta que determina la competencia territorial de los tribunales del «lugar donde se haya producido el hecho dañoso».

⁵ Por ejemplo, el art. 4 del Reglamento Bruselas I Bis únicamente es una norma de atribución de competencia internacional, dejando a la norma correspondiente del Estado miembro competente la determinación de la competencia territorial.

Ello no obstante, en sede de jurisdicción española, diversidad de resoluciones en varias instancias se han pronunciado en torno a esta cuestión, habida cuenta de la inexistencia de un fuero general atributivo de la competencia judicial territorial en estos procedimientos en sede interna en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Supremo, en diversos autos⁶, ha resuelto al respecto la posible aplicación del foro contemplado en la Ley 3/1991 de competencia desleal, descartando la aplicación del art. 7.2 del Reglamento 1215/2012 como norma de atribución de competencia mixta en acciones judiciales por daños derivados de una conducta colusoria, si bien el Tribunal Supremo reitera la necesidad de un análisis casuístico en estos procedimientos para la determinación del foro.

[6] En sede de los talleres de debate surgieron diversos posicionamientos respecto a esta cuestión, pudiendo calificarse como controvertida. A pesar de lo anterior, no se descartó aplicar el fuero territorial determinado por la Ley 3/1991 de competencia desleal, como fuero de competencia territorial en estos procedimientos, y parecería idónea la determinación legislativa de un fuero general atributivo de la competencia territorial ante la interposición de acciones judiciales por daños. La anterior propuesta deriva de la disparidad doctrinal existente y la doctrina jurisprudencial anteriormente citada del Tribunal Supremo. Una vez revisadas las conclusiones alcanzadas en un segundo nivel de debate, baste añadir que a menudo las cuestiones de competencia territorial suelen plantearse ante los juzgadores como acciones declinatorias de competencia a los efectos de dilatar el proceso, llegando en sede de apelación, en la mayoría de casos, a discutirse simplemente la imposición de las costas de instancia. Ello no obstante, se deberá estar al pronunciamiento aún pendiente del TJUE sobre la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, Sección 2.ª de Madrid, de 22 de enero de 2020 (asunto C-30/20, *Volvo*) sobre si el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012

⁶ El primero de ellos ATS 2140/2019, Sala de lo Civil, de 26 de febrero (rec. 262/2018), ECLI:ES:TS:2019:2140A, y en el mismo sentido, ATS 10564/2019, Sala de lo Civil, de 15 de octubre (rec. 206/2019), ECLI:ES:TS:2019:10564A, entre otros.

es una norma mixta y, por tanto, determina la competencia internacional y la territorial, sin necesidad de efectuar remisiones para su determinación a la normativa interna.

[7] En materia de competencia objetiva, se puede afirmar que en sede del ordenamiento jurídico español, no aparece como cuestión controvertida. La competencia objetiva de los juzgados mercantiles frente a los juzgados de instancia civiles ha dejado de ser una cuestión debatida, por cuanto esos procedimientos derivan de ilícitos concurrenciales a pesar de tratarse de una acción resarcitoria.

1. EL EFECTO VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN SEDE JUDICIAL

1.1. Planteamiento

[8] La aplicación de las normas de Derecho de la competencia por las autoridades nacionales de Competencia, administrativas o jurisdiccionales (en adelante, ANC) y la Comisión Europea (en adelante, CE) y su aplicación por los órganos judiciales nacionales es definible como paralela, obviando injerencias entre ambas sedes, fundamentándose todo ello en la diferenciación en sus ámbitos de actuación. Las ANC y la CE tienen por objetivo mantener estructuras de mercado, promover la competencia y sancionar aquellas conductas consideradas anticompetitivas. Por su parte, los órganos judiciales deberán resolver, dependiendo de la petición presentada ante ellos, conflictos entre particulares reclamando un resarcimiento de daños causados por una conducta anticompetitiva.

[9] Un ejemplo de esta función y actuación diferenciada de las autoridades de competencia y los órganos judiciales se puede hallar en el análisis de los cárteles por el objeto. Cuando las autoridades de competencia abordan el análisis de un cártel por el objeto les es suficiente demostrar la existencia de la conducta infractora y, aun habiendo una decisión condenatoria en este tipo de cárteles, no viene siendo necesario demostrar sus efectos en el mercado. En sede judicial será tarea

difícil cumplir con la carga probatoria que le correspondería al actor ante este tipo de cárteles en un procedimiento de resarcimiento de daños.

Con carácter general las decisiones de las autoridades de competencia sobre cárteles por el objeto se fundamentan en presunciones y carecen de una excesiva práctica de prueba. Ello no obstante, la STJUE, *asunto C-228/18*, de 2 de abril de 2020, dando respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de Hungría sobre la aplicación del art. 101.1 TFUE en los cárteles «por el objeto» y «por los efectos», la calificación simultánea de un cártel como «por el objeto» y «por los efectos» y la prueba necesaria para demostrar el efecto lesivo en un mercado concreto en un cártel «por el objeto», puede implicar un cambio en la actuación de las autoridades de competencia. El TJUE declara la necesaria evaluación de los efectos limitativos o distorsionadores de la competencia en mercados concretos, a pesar de hallarnos ante cárteles «por el objeto». Bien sabido es, que por definición, en este tipo de cárteles, la carga probatoria del efecto lesivo del cártel es mínima. La referida STJUE parece exigir un mínimo nivel de pronunciamiento y prueba en torno al carácter lesivo de este tipo de restricciones concurrenciales. El TJUE, en su pronunciamiento, mantiene como obligaciones de las autoridades: probar la situación de competencia existente en el mercado concreto anterior al acuerdo restrictivo, considerando su contexto económico y jurídico en relación con otros acuerdos similares y, finalmente, analizar el carácter lesivo del acuerdo en el mercado. Si tras la decisión emitida por el TJUE el análisis de los efectos de una conducta pasa a ser más detallado en las decisiones de las autoridades de competencia, so pena de anulación de la decisión de la autoridad de competencia, puede que nos hallemos ante un cambio de paradigma, más facilitador a nivel de carga probatoria, para la fundamentación de futuras acciones judiciales por daños.

[10] Al hilo del anterior ejemplo, en sede de derecho interno español, se observa una necesaria mayor cooperación entre autoridades de competencia y los órganos judiciales, o cuanto menos una necesaria complementariedad, máxime