

Colección ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL • MERCATURA  
Dirigida por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

# LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE Y LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UN CÁRTEL

IGNACIO GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ

Editorial Comares



---

LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE  
Y LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS  
CAUSADOS POR UN CÁRTEL

---

IGNACIO GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ

LA REPERCUSIÓN  
DEL SOBRECOSTE  
Y LA COMPENSACIÓN  
DE LOS DAÑOS  
CAUSADOS POR UN CÁRTEL

GRANADA, 2022

---

---

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

•  
MERCATURA

Colección Estudios de Derecho Mercantil

dirigida por

**José Miguel Embid Irujo**

**61**

**CONSEJO EDITORIAL**

Prof. Niccolò Abriani (*Universidad de Florencia, Italia*)

Profesora María Fernanda Vasquez Palma (*Universidad de Talca, Chile*)

Prof. Pablo Girgado Perandones (*Universitat Rovira i Virgili, Tarragona*)

Prof. Ángel García Vidal (*Universidad de Santiago de Compostela*)

Maquetación:

Virginia Vílchez Lomas

© Ignacio García-Perrote Martínez

© Editorial Comares, 2022

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 46 53 82

E-mail: [libriacomares@comares.com](mailto:libriacomares@comares.com) • [www.comares.com](http://www.comares.com)  
[facebook.com/comares](https://facebook.com/comares) • [twitter.com/comareseditor](https://twitter.com/comareseditor) • [instagram.com/editorialcomares](https://instagram.com/editorialcomares)

ISBN: 978-84-1369-372-9 • Depósito legal: Gr. 675/2022

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

---

*A todas las personas que me han acompañado en este camino.*

*En particular, a mi madre, a mi hermano Rafa y a Espe.*

---

---

## SUMARIO

PRÓLOGO, <i>por Carlos Gómez Ligüerre</i> . . . . .	XIII
ABREVIATURAS . . . . .	XVII
INTRODUCCIÓN . . . . .	1

### CAPÍTULO PRIMERO

#### LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: DEFINICIÓN Y OBJETIVOS . . . . .	5
II. ILÍCITOS CONCURRENCIALES . . . . .	7
1. Infracciones de las normas de defensa de la competencia . . . . .	7
2. Prácticas de competencia desleal. . . . .	12
III. EL CÁRTEL COMO EL ILÍCITO DE REFERENCIA . . . . .	12
IV. ACTORES RELEVANTES . . . . .	13
1. Personas perjudicadas . . . . .	14
2. Causantes del daño . . . . .	15
V. LAS ACCIONES DE DAÑOS: ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO NACIONAL . . . . .	18

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### EL PERJUICIO EN LA ACCIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR CÁRTELES EN DERECHO ESPAÑOL

I. EL TÍTULO VI DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA . . . . .	21
II. LA FINALIDAD DE LA PRETENSIÓN . . . . .	24
III. LOS TIPOS DE ACCIONES. . . . .	28
IV. EL DAÑO COMO ELEMENTO PRINCIPAL DE LA PRETENSIÓN . . . . .	31
1. El daño emergente . . . . .	33
2. El lucro cesante . . . . .	35
3. La cuantificación del daño y la estimación judicial. . . . .	37
3.1. <i>La prueba de la cuantificación del daño.</i> . . . . .	38
3.2. <i>La estimación judicial del perjuicio</i> . . . . .	40
3.3. <i>Métodos de cuantificación.</i> . . . . .	44
a. <i>Métodos comparativos</i> . . . . .	45
b. <i>Simulación del mercado</i> . . . . .	48
c. <i>Métodos basados en costes y en información financiera.</i> . . . . .	48
d. <i>Método de la proporción de repercusión.</i> . . . . .	49
e. <i>Enfoque de la elasticidad</i> . . . . .	50

## CAPÍTULO TERCERO

## LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE: DEFINICIÓN

I. UNA DEFINICIÓN DE REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES . . . . .	51
II. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES . . . . .	54
III. REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES: UNA CIRCUNSTANCIA NO DEPENDIENTE EXCLUSIVAMENTE DE LA VOLUNTAD DE QUIEN REPERCUTE . . . . .	57

## CAPÍTULO CUARTO

LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN ESPAÑA:  
MARCO REGULATORIO Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

I. LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA . . . . .	59
II. LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN LA JURISPRUDENCIA . . . . .	63
1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia: la inspiración de los tribunales españoles . . . . .	63
1.1. <i>Pretensiones indemnizatorias</i> . . . . .	64
1.2. <i>Restitución de impuestos indebidamente recaudados</i> . . . . .	67
1.3. <i>Conclusiones de la repercusión del sobre coste en la jurisprudencia del TJUE</i> . . . . .	70
2. En pretensiones de daños derivados de infracciones de normas de competencia . . . . .	71
2.1. <i>La jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> . . . . .	71
2.2. <i>La jurisprudencia menor: la litigación por los daños causados por el cártel de los camiones</i> . . . . .	74
2.3. <i>Análisis de la jurisprudencia menor</i> . . . . .	80
3. En otro tipo de pretensiones restitutorias e indemnizatorias . . . . .	82
3.1. <i>Pretensiones restitutorias: devolución de ingresos indebidos</i> . . . . .	82
3.2. <i>Pretensiones indemnizatorias: responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea</i> . . . . .	84
3.3. <i>Comentario al uso de la excepción por repercusión del tributo en estas pretensiones restitutorias e indemnizatorias</i> . . . . .	86
III. LA COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL CÁRTEL DEL AZÚCAR CON LA NORMATIVA ACTUAL . . . . .	88

## CAPÍTULO QUINTO

LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN OTROS ORDENAMIENTOS:  
MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

I. LA EXCEPCIÓN DE REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN REINO UNIDO . . . . .	95
II. LA EXCEPCIÓN DE REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN FRANCIA . . . . .	100
III. LA EXCEPCIÓN DE REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN ALEMANIA . . . . .	105
V. LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN EE.UU.: UNA VISIÓN ALTERNATIVA . . . . .	110
1. <i>Hanover Shoe contra United Machinery Corp</i> . . . . .	111
2. <i>Illinois Brick Co. y otros contra Illinois y otros</i> . . . . .	113
3. El debate doctrinal desde el análisis económico del derecho . . . . .	115
3.1. <i>Efectos sobre la política de precios en función de quién tiene una pretensión</i> . . . . .	116
3.2. <i>La posición del comprador directo como fundamento para tener una pretensión</i> . . . . .	116
3.3. <i>Las consecuencias de la extensión de la legitimación activa en el sistema de defensa de la competencia</i> . . . . .	117
4. <i>Report and Recommendations of the Antitrust Modernization Commission</i> . . . . .	119
5. <i>Apple Inc v Pepper et al: ¿un cambio de doctrina?</i> . . . . .	120
6. <i>Conclusión sobre el passing-on en Estados Unidos</i> . . . . .	124

## CAPÍTULO SEXTO

## EL FUNDAMENTO DE LA FIGURA LEGAL DE LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE

I. LA MITIGACIÓN DEL DAÑO . . . . .	128
1. Definición, origen y fundamento . . . . .	128
2. El reconocimiento legal del deber de mitigar el daño . . . . .	130
3. El deber de mitigar el daño en la jurisprudencia del TJUE y en instrumentos de <i>soft law</i> . . . . .	131
4. El contenido del deber de mitigar el daño . . . . .	132
5. La repercusión del sobrecoste y el deber de mitigar los daños sufridos . . . . .	135
6. Conclusión sobre la relación entre la repercusión y el deber de mitigar el daño . . . . .	138
II. LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE BENEFICIOS Y DAÑOS Y LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE . . . . .	139
1. Las reglas de coordinación y la incompatibilidad de la acumulación y la repercusión del sobrecoste . . . . .	139
2. Compensación de lucros y daños . . . . .	143
2.1. <i>Concepto</i> . . . . .	143
2.2. <i>Compensación de lucros y pérdidas en España</i> . . . . .	145
2.3. <i>Compensación de lucros y pérdidas en la jurisdicción europea y en instrumentos de soft law</i> . . . . .	151
2.4. <i>Repercusión del sobrecoste y compensatio lucri cum damno</i> . . . . .	153
3. La subrogación del comprador indirecto . . . . .	156
3.1. <i>La regla de la subrogación: fundamento y ejemplos</i> . . . . .	156
3.2. <i>La regla de la subrogación y la repercusión del sobrecoste</i> . . . . .	158
III. ¿PLENO RESARCIMIENTO O INTERDICCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA? . . . . .	159
1. El enriquecimiento sin causa como fundamento de la excepción . . . . .	161
1.1. <i>El enriquecimiento sin causa: definición y características</i> . . . . .	161
1.2. <i>El enriquecimiento sin causa y la repercusión del sobrecoste</i> . . . . .	165
2. La extensión del daño como fundamento de la excepción . . . . .	166
2.1. <i>El derecho al pleno resarcimiento en las pretensiones indemnizatorias</i> . . . . .	166
2.2. <i>La repercusión del sobrecoste y la reducción del daño efectivamente sufrido</i> . . . . .	167

## CAPÍTULO SÉPTIMO

LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE EN PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS:  
PROBLEMAS DE APLICACIÓN

I. LA REPERCUSIÓN DEL SOBRECOSTE Y LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO: UN PROBLEMA TEÓRICO . . . . .	169
II. EL EJERCICIO DE LAS PRETENSIONES POR LOS COMPRADORES INDIRECTOS . . . . .	171
1. Dispersión del daño, compradores indirectos y consumidores finales . . . . .	171
2. Métodos para incentivar la tutela de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores . . . . .	174
2.1. <i>Los recursos colectivos</i> . . . . .	175
2.2. <i>La acumulación de acciones</i> . . . . .	176
2.3. <i>La cesión de acciones a entidades especializadas</i> . . . . .	177
3. Las pretensiones de daños ejercidas por compradores indirectos . . . . .	178
3.1. <i>España</i> . . . . .	178
a. <i>Acciones colectivas y acumulación de acciones</i> . . . . .	178
b. <i>Acciones colectivas y acumulación de acciones en la litigación privada por infracciones del derecho de la competencia</i> . . . . .	181
3.2. <i>Reino Unido</i> . . . . .	185
a. <i>Mecanismos de litigación colectiva: acciones representativas y group litigation orders</i> . . . . .	185

b. <i>Acciones representativas en la litigación privada por infracción de las normas de competencia</i> .....	187
3.3. <i>La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores</i> .....	191
3.4. <i>Las class actions de Estados Unidos</i> .....	193
4. El camino hacia la tutela efectiva de los derechos de los compradores indirectos y los consumidores finales en España .....	195
III. LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD .....	198
IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL SOBRECOSTE REPERCUTIDO .....	206
CONCLUSIONES .....	209
TABLA DE JURISPRUDENCIA .....	213
BIBLIOGRAFÍA .....	223

---

---

## PRÓLOGO

La repercusión del aumento de coste causado por un acuerdo colusorio es una de las defensas que la vigente regulación europea pone a disposición de los potenciales responsables de los daños causados por un ilícito concurrencial. La más específica, sin duda, y también la más compleja. No es la única, pero sus contornos la convierten en la más sofisticada de las técnicas de que dispone un responsable para escapar de la condena o reducir su importe. Conforme a ella, el infractor, a pesar de serlo, puede oponer que el demandante no es víctima del daño, pues repercutió el incremento de costes causado por la infracción en los contratos que concluyó con terceros; es decir, que quien compró más caro de lo que hubiera resultado si la competencia no se hubiera visto alterada, pudo, sin embargo, vender también más caro. En ausencia de pérdida efectiva, asume esta defensa, no hay lugar para una pretensión de compensación de daños.

Así lo previó el artículo 13 de la Directiva 2014/104, sobre acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia, que impuso a los legisladores nacionales la obligación de prever la defensa basada en la repercusión de sobrecostes en las respectivas normas internas. Los artículos 78 y 79 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tras la reforma llevada a cabo para adaptarla a la norma europea, dieron cumplimiento a ese mandato.

El objetivo es que sean las víctimas reales del daño quienes reciban la compensación de los daños efectivamente causados por el cártel. Tales víctimas son, lógicamente, quienes no han podido repercutir el sobrecoste causado por el acuerdo colusorio, bien porque son los destinatarios finales del producto o servicio, bien porque la estructura del mercado en que se ofrece no permite trasladar o repercutir el incremento del coste. En consecuencia, a tales víctimas corresponde la legitimación activa de las reclamaciones por daños causados por ilícitos concurrenciales: solo puede reclamar quien haya sufrido efectivamente el daño y contra quien lo haya causado.

La defensa tiene justificaciones diversas. Todas ellas reconducibles a una amplia concepción —vaga, por general— de la interdicción del enriquecimiento injusto (o

injustificado o sin causa) en que incurriría quien, a pesar de haber repercutido a terceros el incremento del coste causado por el cártel, reclama después su reembolso. Ese entendimiento, que encuentra acomodo en una intuición muy elemental de la justicia, esconde, sin embargo, los graves problemas prácticos que genera el reconocimiento de una defensa tal frente a la reclamación de los daños causados por un cártel.

La posibilidad de repercusión dependerá, de manera principal, de la elasticidad de la demanda del bien o servicio que se ofrezca. La elasticidad es la medida a la que recurre la teoría económica para evaluar la variación en la demanda de un bien cuando se altera el precio al que se ofrece (o la renta de quienes lo adquieren). Cuanto mayor sea la elasticidad de la demanda, mayor es su sensibilidad a la variación del precio del bien demandado. A los efectos que ahora interesan: si el precio aumenta, la demanda disminuye y así sucederá siempre que existan en el mercado sustitutivos cercanos o equivalentes al bien o servicio cuyo precio experimenta un incremento.

De esa elasticidad, dependerá, al final, la posibilidad y extensión de la repercusión del sobrecoste. Si los adquirentes son muy sensibles al incremento del precio, la víctima del cártel habrá de asumir el sobrecoste a cargo de sus beneficios. En la medida en que la demanda sea menos elástica, por el contrario, quien adquiere a mayor precio los bienes o servicios que ofrece el cártel, podrá repercutir el sobrecoste a sus respectivos adquirentes. En ese caso, procede que la legitimación para reclamar la compensación corresponda a los compradores indirectos del cartelista, que son quienes han sufrido efectivamente el daño, consistente aquí en un incremento del precio que no obedece a las reglas de funcionamiento de un mercado competitivo.

La norma, que obedece a la lógica que acaba de referirse, adolece de una visión excesivamente simple de la práctica empresarial y su estructura de costes. En muy pocas ocasiones, quien padece un incremento del precio de sus insumos podrá repercutir el aumento de coste a sus adquirentes sin que tal operación tenga consecuencias colaterales negativas en su cuenta de resultados. Es intuitivo suponer que quien vende más caro, venderá menos: menos de lo que vendía antes de repercutir el sobrecoste y menos de lo que podría haber llegado a vender con precios inferiores a los que impone el sobrecoste causado por el cártel. Así, aunque haya podido repercutir el sobrecoste que le impone el cártel, habrá un daño —indudable, pero de muy difícil cuantificación— que consistirá en una pérdida de cuota de mercado. Y si las características de la demanda impiden la repercusión del sobrecoste, quien lo sufre puede, además, soportar otros perjuicios que vayan más allá de la reducción de ventas y que pueden afectar a sus inversiones en investigación o a sus políticas de expansión, por ejemplo. Consecuencias —que sin duda constituyen un daño efectivo— aunque, de nuevo, sean de muy difícil prueba y cuantificación.

La carga de la prueba de la repercusión recae en el demandado. Lógico, pues se trata de una defensa a su disposición. Sin embargo, no parece que el demandado vaya a estar muy interesado en probar los efectos negativos que, a pesar de la eventual repercusión del sobrecoste, haya podido sufrir la víctima del cártel. A su vez, la oposición a la defensa

por repercusión del sobrecoste por parte del demandado, puede incrementar los costes de reclamación de la víctima, forzada a negar, contrarrestar o matizar la repercusión del sobrecoste que le imputa el cartelista.

A los problemas anteriores hay que sumar otro, de importantísimas consecuencias prácticas, que tiene que ver con la eficacia preventiva de las normas de compensación de daños por infracciones del derecho de la competencia. Sin perjuicio de otras cuestiones relevantes en la relación entre compensación y prevención, una y otra dependen de que las víctimas puedan reclamar los daños que sufren y de que sus responsables asuman las consecuencias de sus decisiones. Cuanto más difícil sea identificar a las víctimas, menor será la probabilidad de que los responsables paguen por los daños que causaron. Y ese es, precisamente, el riesgo práctico más grave de la defensa basada en la repercusión del sobrecoste. En los casos de repercusión, el colectivo de víctimas puede ampliarse en cada uno de los estadios de la cadena de distribución. El daño sufrido, a su vez, se atomiza, se incrementan los costes de identificación de las víctimas, los relativos a su coordinación y disminuyen los incentivos a reclamar por daños que son colectivamente abultados pero que, individualmente considerados, puede ser inferiores a los costes de su reclamación judicial.

En la medida en que los daños no se reclamen, no pagarán por ellos sus responsables y en ausencia de compensación, no hay eficacia preventiva alguna de las normas de responsabilidad por daños causados por infracciones del derecho de la competencia. De hecho, la conveniencia de reforzar el efecto preventivo de tales normas ha llevado a otros sistemas de protección de las víctimas de acuerdos colusorios a excluir la defensa basada en la repercusión del sobrecoste del elenco de las disponibles para el demandado. Así, de manera señalada, en los Estados Unidos de América donde, a salvo de algunas excepciones que, por el momento, son solo eso, la defensa basada en la repercusión del sobrecoste o *passing-on defence* es desconocida por su derecho de defensa de la competencia.

El libro que prologan estas líneas trata de estas cuestiones. De la función de la defensa basada en la repercusión del sobrecoste, de su regulación en nuestro ordenamiento y otros de referencia para nosotros, su eventual justificación y los problemas que supone su aplicación. Lo hace con rigor, de manera clara y ordenada, con un conocimiento cabal de las reglas que gobiernan los remedios indemnizatorios y de los principios que informan el derecho de la competencia. Un trabajo que da razón de la mejor labor universitaria, capaz de conjugar el análisis con la divulgación, el estudio con las propuestas y la hermenéutica con la práctica.

El trabajo se corresponde con la tesis doctoral que su autor defendió en el mes de julio de 2021 y que mereció la máxima calificación por parte del tribunal que tuvo a bien evaluarla. Ese trabajo, con las oportunas correcciones de contenido, se pone ahora a disposición del público interesado en uno de los ámbitos más efervescentes desde el punto de vista teórico y de mayores repercusiones sociales y económicas del actual derecho de daños, en España y en el resto en la Unión Europea.

Su autor culminó con la defensa del trabajo y la obtención del grado de doctor en derecho un programa formativo ejemplar. Estudió —mucho— materias incomprensiblemente alejadas del contenido habitual de nuestros planes de estudio, aprendió de algunos de los expertos europeos en la materia con motivo de estancias de investigación, bien aprovechadas, en centros extranjeros de referencia y fue capaz de hacer todo eso sin desatender las muchas y variadas labores que componen el quehacer universitario. Quienes tuvimos la suerte de compartir tareas con el Dr. Ignacio García-Perrote fuimos testigos de su capacidad de trabajo, de su buen carácter y de su habilidad para contribuir en todo momento a un entorno agradable, positivo y constructivo de trabajo. Quien prologa este libro tuvo, además, la fortuna de dirigir la tesis de la que trae causa esta publicación, que está llamada a convertirse en una referencia imprescindible para quienes estén interesados en las acciones de daños causados por la infracción de normas de derecho de la competencia.

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE  
*Barcelona, abril de 2022*

---

---

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
Art/s.	Artículo/s
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAT	<i>Competition Appeal Tribunal</i>
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
cit.	Obra citada
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord/s.	Coordinador/es
CPO	<i>Collective proceedings order</i>
DA	Disposición Adicional
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Dir/s.	Director/es
Directiva 2014/104	Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,
o Directiva de	de 26 de noviembre de 2014 , relativa a determinadas nor-
Daños	mas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea
Directiva 2020/1828	Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea

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

---

---

## INTRODUCCIÓN

En mayo de 2017, mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, se traspuso la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (de ahora en adelante «Directiva de Daños» o «Directiva 2014/104»). El objetivo de este instrumento de Derecho de la UE era la armonización parcial y de mínimos, a la par que extensa, de los regímenes nacionales de las pretensiones indemnizatorias por daños causados por cárteles y otros ilícitos concurrenciales con el fin de fomentar la litigación para que las víctimas de estas infracciones fueran compensadas con independencia del Estado miembro donde residieran.

Esta directiva modifica el ordenamiento jurídico español tanto a nivel sustantivo como procesal. Su transposición significa la formación de un régimen específico para las pretensiones que nazcan por los daños causados por cárteles, prácticas colusorias en sentido amplio y abusos de la posición dominante en el mercado, que provocan el incremento de los precios y el pago de un sobrecoste. A partir de su entrada en vigor, cualquier perjudicado, con independencia de ser cliente de los infractores, puede ejercitar la acción de daños contra cualquiera de ellos, por ser la responsabilidad solidaria. Para ello, tendrán un plazo de cinco años a partir del cese de la infracción o del año siguiente a la finalización del procedimiento de aplicación pública de las normas de la defensa de la competencia por parte del órgano competente, cuyas resoluciones vincularán al juez civil una vez sean firmes. Para obtener la información necesaria para cuantificar los daños, las demandantes pueden solicitar al órgano judicial que ordene la exhibición de documentación que se encuentre en poder de la causante del daño o de terceras personas.

La transposición de la Directiva 2014/104 también ha supuesto la normativización de la excepción de repercusión del sobrecoste, un argumento que el infractor y, a la

vez, demandado puede oponer para reducir la indemnización solicitada o, directamente, evitar su pago atendiendo a que el perjudicado no ha sufrido el daño que alega. Para ello, tendrá que evidenciar que la víctima ha incrementado sus precios para trasladar el sobre coste y la medida en que lo ha hecho, esto es, la cuota repercutida de forma efectiva. Como esta información la tendrán las propias demandantes o terceras personas, las demandadas también podrá solicitar su exhibición al tribunal.

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

Los sistemas de defensa de la competencia se asientan sobre tres pilares: la disuasión de las conductas ilícitas, la compensación de las víctimas y la eficiencia del sistema en sí mismo. Alcanzar un equilibrio que combine los tres puede ser una aspiración difícil de cumplir:

- Un sistema donde no todas las víctimas son compensadas, pero las sanciones que se imponen a los infractores son suficientemente disuasorias es eficiente: los potenciales infractores no tendrán incentivos para distorsionar la competencia y dejarán de cometer ilícitos concurrenciales que perjudiquen a terceras personas.
- También lo será aquel donde se compense a las víctimas a pesar del mantenimiento de las infracciones de las normas de competencia: mientras las autoridades de la competencia sancionen algunos comportamientos ilícitos, los perjudicados verán sus daños resarcidos y se limitará el impacto de la conducta anticompetitiva en el mercado. En función de la magnitud de las indemnizaciones, se atarán los incentivos para llevar a cabo tales conductas.
- Por el contrario, un sistema que no consiga desincentivar las conductas que falseen la concurrencia en el mercado y donde los perjudicados no sean resarcidos de los daños será completamente ineficiente.

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

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

El trabajo está estructurado en siete capítulos.

El capítulo primero introduce al lector al derecho de la competencia. Para ello, se define qué es esta rama del ordenamiento jurídico y cuál es su finalidad. A continuación, se describen los comportamientos que se consideran anticompetitivos y se justifica la elección del cártel como conducta cuyos daños serán objeto de estudio. Se

identifican cuáles son los actores relevantes en estas pretensiones y se cierra con una breve explicación del impacto que tiene el Derecho de la Unión Europea en el régimen de responsabilidad civil de los infractores.

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

En el capítulo tercero, se presenta la repercusión del sobrecoste desde un punto de vista económico. Por ello, se define en qué consiste y se examinan las circunstancias relevantes para la efectividad del traslado al mercado subsiguiente para ilustrar cuáles serán los elementos a tener en cuenta en el análisis de su viabilidad real en el caso concreto.

Los capítulos cuarto y quinto están dedicados a la repercusión del sobrecoste desde un punto de vista legal. Para ello, se analizan los regímenes legales y jurisprudenciales aplicables en España, Francia, Alemania y el Reino Unido hasta la transposición de la Directiva 2014/104 para reflexionar sobre su compatibilidad con la normativa actual. Asimismo, se estudia la concepción de la repercusión del sobrecoste en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues influyó en las posiciones adoptadas en algunos Estados miembros. Se incluye también el estudio de la cuestión en Estados Unidos, porque la finalidad esencialmente disuasoria de las pretensiones de daños ha llevado a la adopción de un régimen completamente diferente al imperante en Europa.

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

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

El estudio se cierra con unas conclusiones.

El punto de partida de este trabajo es el texto actual de la Ley de Defensa de la Competencia en su redacción tras la transposición de la Directiva 2014/104. Su falta de aplicación por la prohibición de aplicación retroactiva ha llevado a la incorporación del estudio de la jurisprudencia dictada según la normativa anterior, en su mayoría de tribunales menores por la todavía joven tradición de litigación por los daños causados

por cárteles en España. Por ello, también se ha extendido el análisis del efecto de la repercusión en otros grupos de casos, como son las pretensiones indemnizatorias y restitutorias derivadas de la exacción de tributos considerados contrarios al Derecho de la Unión Europea.

Asimismo, se ha incluido el estudio de las soluciones a la problemática de la repercusión del sobrecoste que se ha dado en otros Estados y jurisdicciones, como sería Alemania, Francia, Países Bajos, el Reino Unido (en concreto, Inglaterra y Gales) atendiendo a la jurisprudencia y la legislación previa al Brexit, y los Estados Unidos de América. La selección de estas jurisdicciones se debe, por un lado, al arraigo que tiene la litigación privada contra infractores del derecho de la competencia y, por otro, a su posición legislativa o jurisprudencial respecto a la repercusión del sobrecoste y la solución al impacto de esta situación en la determinación del perjuicio sufrido por cada una de las víctimas.

No se han analizado todos los cambios normativos que ha supuesto la transposición de la Directiva 2014/104 en la acción de daños derivados de prácticas anticompetitivas, sino que se ha puesto el foco en la determinación del perjuicio sufrido por la víctima y se ha procurado incorporar las referencias adecuadas y necesarias para poder profundizar en aquellas cuestiones vinculadas. Tampoco se han estudiado las pretensiones por los daños causados por cualquier ilícito concurrencial, sino que el trabajo se centra en el cártel como ilícito concurrencial. Finalmente, se advierte al lector que no se ha podido dar razón de la totalidad de resoluciones judiciales dictadas y publicadas por los daños causados por los cárteles a fecha de cierre del presente texto.

Este trabajo es la corrección y actualización de la tesis doctoral que defendí el 23 de julio de 2021 en la Universitat Pompeu Fabra. Por tanto, debo mostrar mi agradecimiento tanto a los miembros del tribunal de defensa de la tesis doctoral, Fernando Gómez Pomar, Sergio Baches Opi y Magnus Strand, como a los investigadores cuyos informes permitieron que se me concediera la mención de doctorado internacional, Albert Sánchez Graells y Hugo Acciarri, y a mi director de tesis, Carlos Gómez Ligüerre, por su contribución a la presente obra. También tienen mi gratitud Ana del Arco y el equipo de la editorial Comares por publicar esta monografía. Vaya por delante que cualquier error es única y exclusivamente atribuible al autor.

*Bruselas, 2 de noviembre de 2021*



COMARES  
editorial

ISBN 978-84-1369-372-9



9 788413 693729