

**DOCUMENTO DE CONTRIBUCIÓN A LA CONSULTA PÚBLICA DEL PROYECTO DE
“DIRECTRICES DESTINADAS A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES
SOBRE CÓMO CALCULAR LA CUOTA DEL SOBRECOSTE QUE SE REPERCUTIÓ AL
COMPRADOR INDIRECTO”**

Anna Merino Castelló (PhD in Economics)¹

Samantha Catalina Guerrero Putz (Master in Competition and Market Regulation)²

4 octubre 2018

El pasado 5 de julio, la Comisión Europea abrió una **consulta pública**³ para dar la oportunidad a todas las partes interesadas (jueces y tribunales, empresas y sus representantes, autoridades nacionales de competencia, asociaciones y academia) a realizar contribuciones en la elaboración de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales. En concreto, sobre cómo calcular la repercusión de los sobrecostos causados por ilícitos de competencia a los compradores indirectos y/o consumidores finales que participan en la cadena de distribución o transformación aguas abajo.

Esta cuestión, lejos de pasar desapercibida, ha sido uno de los aspectos más controvertidos surgidos en los debates sobre la *passing-on defence* a ambos lados del Atlántico, para abogados y economistas, tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial.

Este documento pretende realizar unas reflexiones generales sobre el contenido de estas Directrices **con el fin de contribuir al cumplimiento del principio de efectividad**.⁴ Los **responsables de garantizar este principio no deberían ser únicamente los jueces si no todas las partes implicadas en un asunto de reclamación de daños** (autoridades nacionales de competencia, abogados, peritos económicos, peritos contables), facilitando el pleno resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por una infracción de la normativa de competencia.⁵ De esta forma, el sistema europeo y los sistemas nacionales de defensa de la

¹ <https://www.linkedin.com/in/anna-merino-castello/>

² <https://www.linkedin.com/in/samantha-gp/>

³ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_cartel_overcharges/index_en.html

⁴ Artículo 4 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. 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.

⁵ Artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014: Derecho al pleno resarcimiento.

competencia ganarían en credibilidad y solidez y, por ende, tendríamos economías de mercado más sanas y competitivas.

1. ¿SON SUFICIENTES ESTAS DIRECTRICES?

Estas Directrices tienen su fundamento en los artículos 12.5 y 16 de la Directiva 2014/104/UE que otorgan a los órganos jurisdiccionales nacionales un papel relevante en el ejercicio del cálculo de la repercusión de sobrecostos.⁶

La *Guía Práctica de la Comisión Europea* publicada en 2013⁷ se centra en el cálculo del sobrecoste y únicamente los párrafos del 161 al 171 se refieren a la compleja repercusión de este, también conocido como *passing on*. Aunque la Guía Práctica ya apuntaba los elementos clave que se debían tener en cuenta para ello, se quedaba corta en la propuesta de métodos y técnicas para determinar el **índice de repercusión a los consumidores indirectos** situados en los distintos niveles de la cadena de suministro.

Por ello, con buen criterio, en 2015, la Comisión Europea encargó un estudio externo⁸ que ha servido de base para las Directrices que ahora estamos valorando. En este sentido, las Directrices cumplen su misión con nota, sin embargo, se elaboran en un momento en que los juzgados y tribunales de los distintos Estados miembros están en plena ebullición con los asuntos de moda, los de reclamación de daños, y cada sentencia dictada genera jurisprudencia no siempre en la misma dirección ni usando los mismos criterios.

Sin ir más lejos, la *Decisión de la Comisión Europea (AT.398249-Camiones)* constituye un buen ejemplo de lo que está pasando en Europa en relación con el tema que nos ocupa que, a su vez, nos permite extraer conclusiones y formular recomendaciones.

1. Por un lado, las Directrices no deberían estar destinadas únicamente a los órganos jurisdiccionales sino también a las autoridades de competencia ya que ellas son las primeras garantes del derecho al pleno resarcimiento y del principio de efectividad. Por este motivo, sus decisiones /resoluciones deberían ser auto explicativas, detallando la conducta sancionada, identificando potenciales afectados, estableciendo unos rangos de sobrepuestos, así como índices de repercusión de estos, todo ello para que fuera más fácil la reclamación de daños posterior.

⁶ Artículo 12.5. Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional nacional esté facultado para calcular, con arreglo a los procedimientos nacionales, qué cuota de sobrecostos se repercutió.

Artículo 16. La Comisión formulará orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la estimación de la cuota de los sobrecostos repercutidos al comprador indirecto.

⁷ "Guía Práctica para 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", publicada en junio 2013.

⁸ "Study on the Passing-on of Overcharges" elaborado por RBB Economics y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira y publicado en 2016.

En este sentido, es relevante mencionar el análisis que ha realizado el Profesor Francisco Marcos en un artículo reciente⁹ donde evidencia la poca información que aporta la Decisión de Camiones para preparar una buena reclamación de daños tanto desde el punto de vista jurídico como económico.

2. Por otro lado, el caso del cartel de camiones está dando las primeras sentencias en Alemania y algunas de ellas no precisamente favorables a la repercusión de costes o *passing on*. Aunque evidentemente cada caso es distinto, el Tribunal Regional de Hannover en el asunto planteado por la ciudad de Göttingen contra una filial de MAN (diciembre 2017)¹⁰ niega la existencia del *passing on*. Y el Tribunal de Distrito de Dortmund (junio 2018) en un asunto contra concesionarias de marca de Volvo/Renault niega el *passing on* del transportista al siguiente de la cadena alegando que, en caso contrario, la cadena sería infinita y el daño a reclamar al infractor quedaría diluido.

Por tanto, recomendamos (1) incluir una sección específica en las Directrices destinadas a autoridades de competencia y (2) especificar el compromiso de la Comisión Europea de revisión constante y sistematizada de las Directrices teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente.

2. LA REPERCUSIÓN DE SOBRECOSTES EN LA DIRECTIVA 2014/104 ¿ES TODAVÍA VÁLIDA?

El Capítulo IV de la Directiva 2014/104 fija los elementos que deben tenerse en cuenta en la repercusión de sobrecostes (artículos 12 a 16). La admisibilidad de la repercusión de sobrecostes o daños en sus dos perspectivas, defensiva (escudo) y activa (arma), fue muy discutida en el Libro Verde y, en aquel momento, se contemplaban cuatro opciones.¹¹

1. La primera de ellas, la más amplia, acogía el argumento de la repercusión en ambas modalidades. Se permitía la defensa *passing-on* o de daños repercutidos y tanto los compradores directos como indirectos podían demandar al infractor.
2. La segunda opción contemplaba un modelo similar al estadounidense, en el que se rechazaba que el infractor de una norma antitrust pudiera alegar como defensa la repercusión de daños y se negaba legitimación activa a los compradores indirectos.
3. En la tercera, se rechazaba el *passing on* como defensa válida frente a una acción de daños, pero se admitía la repercusión de sobrecostes de cara a reconocer la legitimación de los compradores indirectos.

⁹ [“El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones”](#), Francisco Marcos, Almacén de Derecho (julio 2018).

¹⁰ Para más información, véase “Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de camiones Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 de diciembre de 2017”, Julia Suderow, Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución, nº 22/enero-junio 2018.

¹¹ Para más información, véase “La passing-on defence, ¿un falso dilema?”, Luis Antonio Velasco San Pedro y Carmen Herrero Suárez en La aplicación privada del derecho de la competencia (2011).

4. La última contemplaba un procedimiento en dos fases, en el que se excluía la defensa *passing on* y se reconocía que cualquier víctima pudiera demandar al infractor, permitiéndose que, en una segunda fase, el coste excesivo se repartiese entre todas las partes que habían sufrido un perjuicio.

Finalmente, la Comisión Europea se decantó, en el Libro Blanco y posteriormente en el texto de la Directiva, por la primera de estas opciones, la más amplia y completa en el sentido de garantizar el derecho al pleno resarcimiento a cualquier persona física o jurídica pero también la que conlleva más complejidad y costes en su aplicación.

Tanto las Directrices como el estudio externo de RBB/Cuatrecasas asumen como válida la teoría económica y reconocen que los efectos precio y volumen y su grado de repercusión vienen determinados por una serie de factores:

- La naturaleza de los costes de los insumos sujetos a un sobre coste (costes fijos o variables).
- La naturaleza de la demanda del producto (elasticidad).
- La naturaleza y la intensidad de la interacción competitiva entre las empresas que se encuentran en el mercado en el que operan los clientes directos o indirectos.
- Otros elementos: características de los clientes, la proporción de los insumos afectados por el sobre coste, el poder de la demanda, la integración vertical de los clientes directos e indirectos, la regulación de precios, etc.

Así pues, tanto las Directrices aquí analizadas como el texto de la propia Directiva evocan a las dos partes de un mismo procedimiento de reclamación de daños a luchar con “escudo y arma” (nunca mejor dicho) para que se reconozca o no la repercusión de un sobreprecio. Ello implica el encargo y elaboración de informes periciales y contra periciales que justifiquen una u otra posición, una carga adicional de trabajo para los jueces para entender e interpretar los resultados econométricos de dichos informes, informes periciales contables y un sinfín de argumentarios económicos a favor y en contra del infractor y el demandante.

Siendo cierto que existen casos donde el daño es *a priori* elevado por las magnitudes del sector afectado y la relevancia de las partes implicadas, también lo es que existen casos “de esquina” en el sentido que, por magnitud del daño y características de la empresa y del mercado, la repercusión de los sobre costes es irrelevante y deja de tener sentido la *passing on defence*.

Por ello, sería aconsejable que las propias Directrices concluyeran con unas pautas más claras sobre los casos que, dadas determinadas características de oferta y demanda, **se podría rechazar la aplicación del *passing on defence* y situarnos en las opciones 3 o 4 que mencionaba el Libro Verde**. Sería una propuesta equivalente al concepto de conductas de minimis o del reglamento de exenciones verticales a partir de **la creación de una lista de comprobación (*check list*) con parámetros objetivables que permitieran rechazar o**

aprobar la *passing on defence* de forma justificada. Ello también implicaría la modificación de algunos artículos del Capítulo IV de la Directiva 2014/104/UE.

3. LA CADENA DE SUMINISTRO, ¿HASTA DÓNDE SE PUEDEN REPERCUTIR LOS SOBRECOSTES?

El artículo 15 de la Directiva 2014/105 hace referencia a las demandas por repercusión de sobrecostos de consumidores indirectos en distintos niveles de la cadena de suministro. La discusión en esta materia tiene dos argumentos opuestos:

- El primero se centra en el derecho que tienen los compradores directos e indirectos participantes en la cadena de suministro al pleno resarcimiento de los daños; así como el derecho que tienen los demandados por daños a invocar la defensa de la repercusión de sobrecostos.¹²
- El segundo se basa en la dificultad de delimitar donde termina la cadena de suministro afectada por el mercado, ya que una errónea definición de esta podría ocasionar indemnizaciones por encima de los daños y perjuicios, así como un posible deslinde del infractor de su responsabilidad o la existencia de responsabilidad múltiple.¹³

La sentencia del *Tribunal Supremo (STS 5819/2013 Azúcar)* en el caso del azúcar y la del *Tribunal de Distrito de Dortmund* en el asunto de reclamación de daños del cartel de camiones permiten entender mejor el importante rol que juega la definición del último nivel de la cadena de suministro, así como formular recomendaciones en este ámbito.

1. Las Directrices deberían incluir una conceptualización clara de lo que es la cadena de suministro de cierto mercado vertical para comprender como el producto sujeto a la infracción afecta posteriormente.

Por ejemplo, en la sentencia alemana mencionada sale a relucir que para que se pueda utilizar la defensa de repercusión de los sobrecostos es necesario que el mercado posterior sea congruente con el mercado donde se cometió la infracción. En este caso, se determinó que el mercado que concierne a los camiones termina con el transportista, ya que el siguiente nivel de la cadena no compra un camión si no que el camión es utilizado para dar un servicio con otra estructura de costes. Así mismo, los clientes de la empresa de transporte y logística no podrían reclamar a los fabricantes de camiones ya que no son participantes del mercado de compra de camiones. El tribunal concluyó que no podía existir *passing on* y, por lo tanto, denegó por irrelevante la prueba pedida por los fabricantes al demandante para acreditar la repercusión.

¹² Véase artículo 3, 12 y 13 de la Directiva 2014/104.

¹³ Véase artículo 14 y 15 de la Directiva 2014/104.

2. En el caso del cartel del azúcar en España, *Ebro Foods* apeló al Tribunal Supremo con el argumento de que “*existió un indicio de traslado de costes hacia el consumidor final*”, un ejemplo de lo complejo que es probar que la infracción fue trasladada dentro de la cadena de suministro hasta el consumidor final. Sin embargo, la sentencia menciona que el infractor solo podría verse liberado de indemnizar un daño si se prueba que quién lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente.

El Tribunal Supremo rechazó que el sobreprecio se repercutiera a los consumidores finales ya que no encontró recursos para probarlo “*Los tribunales no pueden proteger más al infractor que voluntaria y conscientemente causa el daño que a las víctimas que no han sido suficientemente hábiles para evitarlo.*”¹⁴

Una buena forma de saber hasta dónde se podría repercutir el sobrecoste es relacionándolo con la naturaleza de coste fijo o variable. Las Directrices ya incluyen, tanto en el cuerpo del documento¹⁵ como en los anexos, una explicación detallada sobre la diferencia en la repercusión dependiendo de si se clasifican como costes fijos o variables. Según la teoría económica, son los costes variables los que se repercuten en el corto plazo en el precio del producto mientras que el coste fijo únicamente se podría trasladar en el largo plazo.

Por tanto, recomendamos incluir en la sección de anexos de las Directrices un apartado destinado específicamente a la explicación y conceptualización de las cadenas de suministro y delimitación de estas a partir del concepto de coste fijo y variable con elementos suficientes que permitan rechazar o aprobar la utilización de la *passing on defence*.

Barcelona, 4 de octubre de 2018

¹⁴ Véase Caso STS 5819/2013 del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de Madrid 2013.

¹⁵ Véase Sección 3 y 5 del Proyecto de Directrices de 2018.