Revista de Derecho Mercantil

2021

Número 322 (Octubre-Diciembre 2021)

Front page. Revista de Derecho Mercantil 322

OCTUBRE-DICIEMBRE 2021

PRESIDENCIA
ÁNGEL ROJO

DIRECCIÓN
ALBERTO DÍAZ MORENO

SECRETARÍA
ALBERTO VAQUERIZO

NÚM. 322
OCTUBRE-DICIEMBRE
2021

Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de defensade la competencia, *José Massaguer*

La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido?, *Fernando Gómez Pomar, Adrián Segura Moreiras, Ernesto Suárez Puga*

Desiguales reformas en materia de responsabilidad de administradores: altos directivos, consejeros públicos y consejeros de entidades aseguradoras, *Pablo Martínez-Gijón Machuca*

El nuevo régimen de operaciones vinculadas intragrupo en sociedades de capital no cotizadas. Derecho especial de grupos ma non troppo, *Aurora Campins*

El fin de la inmunidad registral marcaria: resolviendo problemas concretos y generando problemas sistémicos, *Antonio F. Galacho*

El Anteproyecto de Ley de 21 de julio de 2021: otra oportunidad perdida para salvar empresas viables y reinsertar insolventes, *Petra M. Thomás*

La reserva de dominio mobiliaria en el sistema concursal español, *Laura Sancho Martínez*

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited]

13 JAN 2022
PAGE RR-1.1
Revista de Derecho Mercantil
2021
Número 322 (Octubre-Diciembre 2021)
Estudios

Estudios

1 Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de defensa de la competencia*)

JOSÉ MASSAGUER

Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Murcia. Abogado

ISSN 0210-0797

Revista de Derecho Mercantil 322
Octubre - Diciembre 2021

Sumario:

I. Introducción
II. Articulación del régimen sustantivo de la responsabilidad civil por los sobrecostes
1. Proposiciones normativas fundamentales
2. Armonización parcial y unidad de la regulación interna
3. Incorporación de conceptos de Derecho de la Unión
III. Principios generales de la responsabilidad civil por sobrecostes (y otras modalidades de daños y perjuicios)
1. Principio de resarcimiento
2. Principio de efectividad
3. Principio de equivalencia
IV. Relación jurídica y estructura de la responsabilidad civil por sobrecostes
V. Sobrecostes
1. Definición
2. Naturaleza
3. Caracterización
3.1. Daño subjetivo y real-concreto
3.2. Daño consistente en la diferencia contextualizada del valor del patrimonio del perjudicado
3.3. Implicaciones
4. Sobrecostes y otros daños indemnizables
VI. Determinación de los sobrecostes indemnizables
1. Operaciones de determinación
2. Determinación de sobrecostes soportados
2.1. Regla general
2.2. Presunción legal
2.3. Contención de las presunciones judiciales
3. Determinación de los sobrecostes repercutidos que fundan una acción de daños (espada)
3.1. Regla general
3.2. Presunción legal
3.3. Medidas de facilitación de obtención de la prueba
4. Determinación de los sobrecostes repercutidos que fundan una excepción material (escudo)
4.1. Regla general
4.2. Inexistencia de presunción legal y contención de las presunciones judiciales
4.3. Medidas de facilitación de obtención de la prueba
VII. Cuantificación de los sobrecostes indemnizables
1. Operaciones de cuantificación
2. Prueba y valoración de la prueba de la cuantía de los sobrecostes indemnizables
3. Estimación judicial de la cuantía de los sobrecostes indemnizables
3.1. Reconocimiento de la facultad judicial de estimación
3.2. Presupuestos
3.3. Criterios sustantivos
3.4. Recapitulación

RESUMEN:

Estas líneas estudian la que probablemente es la partida más característica e importante de los daños indemnizables derivados de la infracción de la prohibición de las prácticas

ABSTRACT:

This article assesses the most singular and significant category of compensable damages deriving from the infringement of the prohibitions of restraints of competition and

colusorias y abusivas de posición de dominio, a saber: los llamados "sobrecostes". En ellas, me propongo contribuir a la elaboración de una teoría de daños derivados de los lícitos de defensa de la competencia y en particular elaborar las bases de la construcción teórica de los sobrecostes como modalidad de daño indemnizable en esta materia. Al efecto, dejaré establecidas las implicaciones que en esa construcción tiene el origen de su regulación en la Directiva 2014/104/UE; la definición y caracterización de los sobrecostes como modalidad de daño; su posición en la relación de responsabilidad civil nacida del ilícito antitrust y las condiciones exigidas para que sean indemnizables. Sobre ello, trataré de las operaciones para la determinación de los sobrecostes indemnizables y para la cuantificación del monto de la indemnización debida. Y lo haré de forma coherente con las exigencias sustantivas planteadas por el principio resarcitorio estricto que acoge la Directiva y la naturaleza de los sobrecostes (daño emergente) y su caracterización (daño subjetivo y concreto real que consiste en la diferencia en el valor del patrimonio del perjudicado), lo que arroja nueva luz, por un lado, sobre el objeto y extensión de la prueba de la existencia y cuantía de los sobrecostes indemnizables, y, por otro lado, sobre los presupuestos y criterios para emplear la estimación judicial como herramienta extraordinaria para cuantificar la indemnización debida.

PALABRAS CLAVE: Sobrecostes - Responsabilidad civil indemnizatoria - Derecho de defensa de la competencia

abuse of a dominant position, namely "overcharges". It sets out the basis for the dogmatic construction of overcharges as a kind of damage for which compensation the infringer is liable. To that end, it covers the particularities of the applicable legal regime, which derives from Directive 2014/104/EU; how the concept is defined and its characteristics as a kind of damage; its status as an element of the liability relationship resulting from an unlawful antitrust practice; and the conditions under which the liability arises. It also touches on how the existence of compensable overcharges is determined and how their compensation is quantified. In doing so, the article focuses on the compensation principle that inspires the Directive and the legal nature of overcharges (i.e. damnum emergens) and their characteristics (i.e. subjective and real-concrete damage). This approach sheds some new light on the evidence required to prove the existence of actual overcharges and on the conditions and criteria to use judicial estimation as an extraordinary tool to set the amount of compensation payable for overcharges.

KEYWORDS: Overcharges - Tort liability - Competition Law

I. INTRODUCCIÓN

El art. 3 del 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, incorporó al ordenamiento jurídico español interno las previsiones de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (la "Directiva 2014/104/UE", la "Directiva de daños" o, simplemente, la "Directiva"). A tal efecto, el apartado 2 de dicho art. 3 del Real Decreto-ley 9/2017 incluyó en la Ley de Defensa de la Competencia ("LDC") un nuevo Título VI, rubricado "*De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*", compuesto por sus arts. 71 a 81 y completado por las nuevas definiciones introducidas en su disposición adicional cuarta. A pesar de que no son vinculantes, para la mejor interpretación y aplicación de estas normas son de utilidad la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07) (la "Comunicación sobre cuantificación"), la Guía Práctica cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación sobre cuantificación (la "Guía Práctica"), 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 (2019/C 267/07) (las "Directrices"), y en fin el *Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union* (SWD(2020) 338 final) (el "Working Document on the Implementation of Directive 2014/104/EU").

Estas líneas se dedican al estudio de uno de los elementos clave del régimen de la responsabilidad civil indemnizatoria (o sencillamente responsabilidad civil) derivada de la infracción de las prohibiciones de prácticas colusorias y abusivas de posición de dominio (o, simplemente, infracciones de defensa de la competencia o ilícitos antitrust), como son los sobrecostes, seguramente la partida o modalidad de daño indemnizable más característica de esta materia. En particular, me propongo trabajar sobre las bases de una teoría de la responsabilidad por sobrecostes como modalidad de daño derivado de ilícitos de defensa antitrust. Y ello, con el objetivo de dejar sentados unos planteamientos y pautas generales que, confío, puedan servir de guía para afrontar la resolución de cualquier caso y contribuir, así, a un debate en el que se han producido sin duda valiosas aportaciones por parte de quienes se encuentran en la primera línea de la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia[1)] y de especialistas en Derecho de defensa de la competencia[2)], en el que ha restallado y todavía restalla el fragor de los camiones[3)] (cuyo interés a los efectos propuestos no deja de estar limitado por resultar de un conflicto al que no es aplicable la nueva regulación de esta materia *ratione temporis*), y en el que todavía son precisos, me parece, los esfuerzos dirigidos a ubicar y contextualizar esta categoría de responsabilidad en la teoría de daños, aunque no faltan trabajos que se han adentrado ya en esta labor[4)].

Para ello, a lo largo de seis apartados, revisaré y caracterizaré el régimen jurídico al que, en la llamada aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia, está sujeta actualmente la responsabilidad civil por sobrecostes y examinaré los principios que gobiernan su interpretación y aplicación, a lo que seguirá la definición de la relación jurídica y estructura de la responsabilidad en esta materia y el lugar que en ellas ocupan los sobrecostes, para finalmente afrontar la definición y caracterización de los sobrecostes como concreta modalidad de daño susceptible de ser compensado, la determinación de los sobrecostes o establecimiento de su efectiva existencia y, solo una vez sentada esta, su cuantificación o la fijación del importe de la suma indemnizatoria. No se considerarán, en cambio, las situaciones transitorias, y en particular el régimen aplicable a los supuestos anteriores a la entrada en vigor del art. 3 del Real Decreto-ley 9/2017, puesto que carece de efecto retroactivo por virtud de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley y del art. 22 de la Directiva 2014/104/UE[5)], sin perjuicio del sometimiento del régimen previo a los principios de efectividad y equivalencia cuyo reconocimiento está vinculado a la garantía de la aplicación efectiva de los arts. 101 y 102 del TFUE[6)]

II. ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS SOBRECOSTES

Los aspectos sustantivos de la responsabilidad civil por los sobrecostes derivados de las infracciones de defensa de la competencia se encuentran establecidos en los arts. 71 y siguientes y en la disposición adicional cuarta de la LDC, tanto en relación con las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE como de los arts. 1 y 2 de la LDC. De ellos interesa ahora dejar sentadas las proposiciones normativas básicas que articulan la responsabilidad civil en este ámbito y, seguidamente, la relevancia que tiene su origen en el Derecho de la UE para su interpretación y aplicación.

1. PROPOSICIONES NORMATIVAS FUNDAMENTALES

Tres proposiciones normativas fundamentales articulan la responsabilidad civil por los sobrecostes que deriven de la infracción de las prohibiciones de prácticas colusorias y abusivas de posición dominante; a saber: el infractor de estas prohibiciones responde de los daños que cause a otros; los sobrecostes son una concreta categoría de daño emergente derivado de la infracción y son indemnizables cualquiera que sea el nivel de la cadena producción-distribución en que se verifiquen si, entre otros extremos, han sido efectivamente soportados o en la medida en lo hayan sido por la persona perjudicada que reclama su reparación, esto es, si no los ha repercutido a oros o en la medida en que no lo haya hecho. Estas tres proposiciones son válidas en los mismos términos para las acciones de responsabilidad de seguimiento (*follow on*) y autónomas (*stand alone*).

La primera de estas proposiciones se encuentra en el art. 71.1 de la LDC, según el cual: "(l)*os infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados*", y en el art. 72.1 de la LDC, con arreglo al cual: "(c)*ualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria*". Mientras que la obligación de responder impuesta al infractor no merece una norma en la Directiva, el reconocimiento del derecho de la persona perjudicada al resarcimiento encuentra expresión en los arts. 1.1 y 3.1 de la Directiva de daños y antes en la doctrina del TJUE[7)].

La segunda de las proposiciones mencionadas es la definición de sobrecoste, establecida en la disposición adicional cuarta.3 6) de la LDC y el art. 2 20) de la Directiva y según la cual es "*la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia*", que se completa su categorización como daño emergente, justamente por contraposición al lucro cesante y a los intereses (Aptdo. (39) de la Directiva 2014/104/UE en relación con su art. 3.2, y art. 72.2 LDC).

Ahora bien, y este es la tercera pieza fundamental del régimen de la responsabilidad por los sobrecostes, la definición y caracterización de los sobrecostes como daño emergente y su tratamiento como tal no pueden separarse de la precisión de que, sin perjuicio de otras condiciones más generales, solo son indemnizables los sobrecostes efectivamente soportados por el perjudicado, esto es, los sobrecostes que se han padecido y no se han repercutido a otros, si de este modo se evita o en la medida en que se evita padecer el daño que estos representan, aunque no se evite la lesión patrimonial encarnada en otros conceptos indemnizables

(como es en particular el lucro cesante)[8]. Así, se diferencia entre sobrecostes soportados, esto es, afrontados por quien adquiere al infractor, de forma directa o indirecta, los bienes o servicios afectados por la infracción de defensa de la competencia o incluso por quien adquiere de un tercero que no es miembro de un cartel pero se beneficia del llamado "*umbrela pricing*" derivado del cártel para fijar sus precios[9]; sobrecostes repercutidos o trasladados vía precio a sus clientes por el que los ha soportado al adquirir directa o indirectamente el producto o servicio en cuestión, y sobrecostes efectivamente soportados, que son los soportados pero no repercutidos en todo o en parte a otros. Solo estos últimos, cualquiera que fuere el eslabón de la cadena de suministro en el que se produzcan y tengan por tanto origen directo o indirecto en una transacción hecha con el infractor, son sobrecostes que constituyen daño emergente y en este sentido son susceptibles de ser indemnizados.

En principio, los sobrecostes se soportan por quienes quedan expuestos al resultado del ilícito de defensa de la competencia en forma de mayor precio de compra pagado al infractor o menor precio de venta pagado por el infractor. Pero con frecuencia los afectados repercuten a sus propios clientes el mayor coste que afrontan, y lo hacen en forma de mayor precio de sus propios productos o servicios o a sus proveedores en forma de menor precio de los productos o servicios que estos les suministran. Cuando se repercuten, los sobrecostes no forman parte de los efectos dañosos (netos) que el ilícito de defensa de la competencia causa a quienes se relacionan directa o indirectamente con el infractor, sino a quienes les adquieren o suministran los productos o servicios porque a su precio se traslada el sobrecoste (mayor precio de venta o menor precio de compra) impuesto por el infractor; dicho en otros términos: los sobrecostes solo son daño emergente si o en la medida en que, cualquiera que sea el eslabón de la cadena de suministro que se considere, quien los padece no los traslada al eslabón sucesivo o precedente. Probablemente por motivos de seguridad jurídica antes que por una verdadera necesidad de intervención legislativa, la regulación positiva del resarcimiento de los sobrecostes se ha centrado en establecer que solo los sobrecostes efectivamente soportados son reclamables al infractor, como es de ver en el párrafo primero del apartado 1 del art. 78 de la LDC: "*El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño*", cuyo contenido procede de los arts. 12, 13 y 14.1 de la Directiva. De ahí que, ahora desde el ángulo inverso, los sobrecostes repercutidos por el reclamante no puedan formar parte del contenido económico de la obligación de indemnizar el daño (emergente), como advierte el apartado 3 del art. 78 de la LDC, que, en línea con el inciso primero art. 13 de la Directiva, establece: "(e)*l demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia*".

Las implicaciones de estas proposiciones normativas fundamentales parecen claras. Sin duda lo son si se consideran en términos abstractos: el infractor solo ha de responder por los sobrecostes soportados y no repercutidos a otros por el perjudicado que reclama, porque solo esos sobrecostes pueden erosionar el patrimonio de este último, sea el perjudicado quien se relacionó con el infractor y apechó con el mayor precio, sea quien se relacionó directa o indirectamente con quien lo padeció en primer o anterior lugar y cargó con su repercusión. Pero seguramente dejan de serlo tan pronto como se consideran los detalles y sobre todo la forma en que debe depurarse la responsabilidad por los sobrecostes.

2. ARMONIZACIÓN PARCIAL Y UNIDAD DE LA REGULACIÓN INTERNA

El régimen de la responsabilidad civil indemnizatoria por los sobrecostes posee dos rasgos peculiares, que conviene no pasar por alto porque seguramente han de tener un peso notable en la construcción de la teoría de daños antitrust. Me refiero al alcance parcial que posee la armonización establecida en la Directiva 2014/104/UE y, al mismo tiempo, a la globalidad de la regulación positiva dispuesta en la LDC y la LEC sobre el particular.

La regulación de la Directiva es doblemente parcial. Lo es, primeramente, porque el ámbito armonizado está limitado a las acciones de daños derivados de la infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE y, si se aplican simultáneamente, de los equivalentes del Derecho nacional. Adviértase que, a los efectos del objeto y ámbito de aplicación de la Directiva, "*infracción del Derecho de la competencia*" (art. 1.1 de la Directiva 2014/104/UE) es "*toda infracción de los* artículos 101 *o* 102 *del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia*" (art. 2 1) de la Directiva 2014/104/UE), donde ciertamente el empleo de la conjunción disyuntiva "o" podría dar cabida sin matiz a toda infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC (y no solo aquella que concurriera con la vulneración de las prohibiciones del TFUE). Pero adviértase también que, desde el punto de vista ahora considerado, Derecho nacional de la competencia no son "*las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los* artículos 101 *y* 102 *del TFUE*" sino aquellas de estas que además "*se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (*CE*) no 1/2003, sin incluir las normas nacionales que prevean la imposición de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia aplicables a las empresas*" (art. 2 3) de la Directiva 2014/104/UE). Esta precisión trae a la parte dispositiva de la Directiva tanto la previsión sistemática de que su regulación "*no debe afectar a las acciones por daños en relación con infracciones del Derecho nacional de la competencia que no afecten al comercio entre Estados miembros a tenor de los* artículos 101 *o* 102 *del TFUE*" (Aptdo. (10) *in fine* de su preámbulo de la Directiva 2014/104/UE) como su objetivo de "*incrementar la seguridad jurídica y reducir las diferencias que existen entre los Estados miembros en cuanto a las normas nacionales por las que se rigen las acciones por daños en relación con infracciones del Derecho de la competencia tanto de la Unión como nacional, y del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique paralelamente al de la Unión*" (Aptdo. (9) *in fine* de su preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). Por lo demás, si no fuera así no habría necesidad ni consecuencia útil del principio de equivalencia (*vide infra* [3.3]), puesto que no habría ley doméstica más favorable para la responsabilidad derivada de ilícitos de Derecho nacional que para la derivada de la contravención de las normas de transposición de la Directiva. En suma, el ámbito armonizado no comprende la responsabilidad civil por daños derivados de la sola infracción de prohibiciones antitrust de Derecho nacional, pero tampoco impide que los casos estrictamente domésticos se sujeten al mismo régimen.

En este sentido, la regulación española interna relativa a esta materia, establecida en la LDC y en la LEC, excede del ámbito armonizado, y tiene por objeto la responsabilidad civil derivada de la sola infracción de los arts. 101 y 102 del TFUE, de la infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC cuando se aplican de forma concurrente con los anteriores porque la conducta enjuiciada afecta al comercio entre Estados miembros, y de la infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC cuando no se aplican conjuntamente con los arts. 101 y 102 del TFUE (arts. 1 y 2 1) y 3) de la Directiva 2014/104/UE). No se extiende esa regulación especial en cambio a la responsabilidad civil por daños derivados del falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal del art. 3 de la LDC, sin que sea evidente la justificación de esta exclusión pero sin que en cualquier caso exista una laguna legal puesto que en estos casos puede recurrirse a la acción de daños reconocida en la legislación de competencia desleal (art. 32.1 5.ªLCD) y a las medidas de facilitación de obtención de pruebas allí previstas (art. 36 LCD). Sea como fuere, el régimen aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC en conflictos estrictamente internos, no es transposición de la Directiva, con las implicaciones que ello tiene para la determinación del sentido y la aplicación de las normas del Título VI de la LDC. En estos casos, en efecto, la Directiva solo es un antecedente, que, si bien es un factor clave para la interpretación de los arts. 71 y siguientes de la LDC para su aplicación a conflictos sin transcendencia sensible para el comercio entre Estados miembros (art. 3CC), está lejos de poseer la relevancia sustantiva del principio de interpretación conforme que se aplicaría si en relación con esa clase de conflictos las normas internas también fueran normas de transposición[10].

La Directiva establece, en segundo lugar, una regulación parcial por razón del contenido armonizado. En este sentido, dispone los principios y reglas sustantivas que rigen solo algunos de los aspectos del ámbito armonizado y remite al Derecho interno tanto la disposición del sentido y alcance de algunas piezas de la estructura de la responsabilidad civil que la propia Directiva deja sentadas, como la determinación del régimen de algunos aspectos relacionados con el ámbito armonizado. Bajo el primer aspecto, la Directiva asume, por ejemplo, que la "*relación causal*" y "*la imputabilidad, la adecuación o la culpabilidad*" son presupuestos de la responsabilidad civil en esta materia, pero no establece el sentido y alcance de estos elementos, sino que los deja en manos del legislador nacional (Aptdo. (11) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). Ello no significa que la Directiva se desentienda de la interpretación y aplicación de la regulación interna correspondiente; al contrario, se ocupa doblemente de estos extremos: por un lado, mediante el establecimiento del principio de efectividad propio de esta materia (art. 4 de la Directiva 2014/104/UE, del que se tratará más adelante: *vide infra* [3.2]) y, por otro, mediante el principio general de interpretación conforme a las directivas[11]. Bajo el segundo aspecto, la Directiva confía a los Estados miembros la ordenación procesal del ejercicio el derecho a la compensación de daños derivados de los ilícitos de defensa de la competencia y, en particular, la regulación del escenario procesal en que se ha de desenvolver su reclamación (Aptdos. (11), (36), (46) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). Pero no lo hace enteramente. La remisión al Derecho interno está fuertemente condicionada por la propia Directiva. Lo está, en un plano general, por los citados principios de efectividad y equivalencia que su art. 4 establece como pautas para la interpretación y aplicación de estas normas de Derecho interno (Aptdo. (11) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE; *vide infra* [3.3] y [3.3]), así como por la confirmación del acervo comunitario o doctrina sentada anteriormente por el TJUE en esta materia, que se extiende a la exigencia de garantizar la plena efectividad del derecho de la competencia de la Unión también con ocasión de la interpretación y aplicación de las normas nacionales sobre aspectos no armonizados, como por ejemplo la relación causal[12] y la imputabilidad subjetiva (Aptdo. (12) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). Y también está condicionada, en un plano más concreto y sobre todo más incisivo en cuanto va considerablemente más allá de las exigencias del principio de efectividad, por las previsiones que la Directiva contiene en relación con el acceso a las fuentes de prueba en poder de la contraparte o terceros (Cap. II de la Directiva 2014/104/UE), con el establecimiento de ciertas presunciones [Aptdos. (41) y (47) del preámbulo y art. 17.2 de la Directiva 2014/104/UE], con la asignación de la carga de probar [Aptdo. (39) del preámbulo y arts. 13, 14.1 y 15.1 de la Directiva 2014/104/UE], y con la posibilidad de que Jueces y Tribunales recurran a la estimación como herramienta (subsidiaria) de cuantificación, en todo caso con sujeción a los "*procedimientos nacionales*" (Aptdo. (46) del preámbulo y art. 17.1 Directiva 2014/104/UE).

3. INCORPORACIÓN DE CONCEPTOS DE DERECHO DE LA UNIÓN

A su condición de normas de transposición de una directiva corresponde que algunos de los conceptos clave de los arts. 71 y siguientes y de la disposición adicional cuarta 3 de la LDC sean conceptos de Derecho de la UE. Entre ellos se cuentan los que forman el núcleo de este trabajo, a saber: "*sobrecoste*" (art. 2 20) de la Directiva 2014/104/UE), "*sobrecoste sufrido*" o, lo que es lo mismo, sobrecoste soportado (art. 13 de la Directiva 2014/104/UE), "*sobrecoste* (que) *se repercutió*" (arts. 12 y 13 de la Directiva 2014/104/UE) o "*sobrecostes repercutidos*" (art. 16 de la Directiva 2014/104/UE), y "*comprador directo*" y "*comprador indirecto*" (art. 2 23) y 24) de la Directiva 2014/104/UE), así como otros relacionados con el tratamiento de los sobrecostes, como son en particular "*perjuicio*" (art. 1.1 de la Directiva 2014/104/UE), "*pleno resarcimiento*" (art. 1.1 y 2 de la Directiva 2014/104/UE), "*situación en la que habría estado*" (art. 1.2 de la Directiva 2014/104/UE), "*daño emergente… lucro cesante* (e) *intereses*" (art. 1.2 de la Directiva 2014/104/UE), "*sobrecompensación*" e "*indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo*" (art. 3.3 de la Directiva 2014/104/UE).

El significado y alcance de los conceptos de Derecho de la Unión deben establecerse de forma autónoma respecto de los que pudieran considerarse equivalentes en el Derecho interno de los Estados miembros y de manera uniforme para todos ellos. A tal efecto, por lo tanto, ha de acudirse al entendimiento habitual de los términos empleados para su formulación, en este caso, por la Directiva 2014/104/UE, al contexto en el que se utilizan en la Directiva y a los objetivos que se pretenden conseguir con la Directiva, de donde, si se considera el punto de vista inverso, se sigue que ese significado y ese alcance no pueden establecerse por mera traslación de la forma en que esos conceptos o sus equivalentes son interpretados y aplicados en el Derecho nacional[13].

En particular, para establecer el entendimiento habitual de los términos con los que se formulan por la Directiva debe reconocerse, al menos mientras la jurisprudencia del TJUE no sea más precisa al respecto, la procedencia y utilidad de considerar el encuadramiento y tratamiento que reciben en los textos paneuropeos sobre la responsabilidad civil extracontractual, como son el llamado Borrador del Marco Común de Referencia ("DCFR", por sus siglas en inglés)[14] y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil ("PETL", por sus siglas en inglés)[15]. Hay buenas razones para ello: el TJUE ha invocado, no infrecuentemente, los "*principios generales del Derecho civil*" como exigencias a las que debe ajustarse la resolución de los asuntos pertenecientes a este ámbito del Derecho[16] y en particular ha manejado estos principios como fuente para la integración de conceptos autónomos de Derecho de la Unión[17], incluidos los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil[18]; por otra parte, el DCFR y el PETL se han elaborado a partir del acervo común de los Estados miembros y tienen una autoridad generalmente reconocida, como es de ver en no pocas sentencias de tribunales españoles, empezando por el TS, que se han referido a uno u otro en sus fundamentos de derecho[19], singularmente en materia de responsabilidad civil indemnizatoria[20].

III. PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SOBRECOSTES (Y OTRAS MODALIDADES DE DAÑOS Y PERJUICIOS)

1. PRINCIPIO DE RESARCIMIENTO

El reconocimiento de una acción de daños a la persona perjudicada por las infracciones de defensa de la competencia tiene por finalidad normativamente típica la compensación, desde la perspectiva ahora considerada, de los sobrecostes y cumple esa acción, por ello, una función primordialmente resarcitoria. Así resulta, en general, del objeto con el que se atribuye el derecho al resarcimiento de los daños en esta materia, que no es otro que "*devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia*" (art. 72.2 LDC y art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE) y "*recuperar el valor total de sus pérdidas*" (Pfo. (6) de la Comunicación sobre cuantificación). Y así lo confirman y concretan las reiteradas referencias al derecho al resarcimiento del daño causado por esos ilícitos (*ad ex*. Aptdos. (3), (4), (7) y (11) a (14) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE, o Pfo. (2) de la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación) o del "*perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia*" (Aptdo. (44) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE); el acotamiento del contenido económico de la responsabilidad civil por medio de la expresa advertencia de que "*no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*" (art. 72.3 LDC, y Aptdo. (13) del preámbulo y art. 3.3 de la Directiva 2014/104/UE), y la previsión de medidas para "*impedir… que se obligue al infractor a indemnizar daños y perjuicios que no se han sufrido realmente*", entre las que se menciona justamente la estimación judicial (Aptdo. (44) de la Directiva 2014/104/UE). Y así es igualmente de ver, más en particular, en los términos que articulan el tratamiento de los sobrecostes como modalidad de daño emergente (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE), desde su definición como "*diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia*" (art. 2 20) de la Directiva 2014/104/UE y disposición adicional cuarta.3 6) de la LDC), hasta el rechazo de que el resarcimiento "*supere el perjuicio por sobrecostes*" (Aptdo. (44) de la Directiva 2014/104/UE), que se lleva a la parte dispositiva mediante la definición del objeto del resarcimiento como "*sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado*" (art. 78.1 LDC) y la precisión de que este es precisamente el "*sobrecoste… que no haya sido repercutido*" (art. 78.1 LDC, y Aptdo. (41) del preámbulo y art. 13 de la Directiva 2014/104/UE).

En suma, el resarcimiento al que tiene (en su caso) derecho la persona perjudicada queda configurado como compensación en sentido estricto[21] y, en particular, como compensación de carácter pleno, en el sentido de que es integral y completa, de que comprende la reparación por el equivalente de todos los sobrecostes indemnizables y en toda la medida en que se hayan soportado hasta, como se ha visto, "*devolver a la persona que* (los) *haya sufrido… a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia*" (art. 72.2 LDC, que se corresponde con el art. 3.2 de la Directiva). Pero nada más. La obligación de resarcir que incumbe al infractor y el derecho a ser resarcido que tiene reconocido la persona perjudicada no va más allá del daño emergente (en el que quedan encuadrados los sobrecostes), el lucro cesante y el pago de intereses. No acoge esa obligación ninguna forma de sobrecompensación y en este sentido no admite "*indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo*" (art. 72.3 LDC, en términos que coinciden con los del art. 3.3 de la Directiva), como tampoco admite la sobrecompensación que resulte de la desviación al alza de la suma indemnizatoria respecto de la cifra que la prueba del caso asigne a los sobrecostes.

Al lado de la función resarcitoria de la responsabilidad por daños derivados de ilícitos antitrust concurre una función disuasoria o preventiva de carácter general. En este ámbito, esa función disuasoria no solo es el reverso natural de la función resarcitoria, sino un objetivo concreto del derecho al resarcimiento de daños que se halla plenamente integrado en el acervo del Derecho de la Unión. Así resulta de la ligazón que, antes de la Directiva, el TJUE estableció entre el reconocimiento del derecho a la compensación y el aseguramiento del efecto útil de las normas sobre defensa de la competencia[22] y que le llevó a afirmar que "*el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, infringiendo, en particular, el* artículo 101 *TFUE, apartado 1, refuerza la operatividad de las normas de la Unión relativas a la competencia, ya que puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia, contribuyendo de este modo al mantenimiento de una competencia efectiva en la Unión Europea*"[23]. Esta ligazón debe entenderse asumida, como parte del acervo comunitario en esta materia, por la Directiva, de cuyo texto se dice en su preámbulo que "*confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión, especialmente en relación con la legitimación y la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*" (Aptdo. (12) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE y Pfo. (2) de la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación).

De ahí se sigue que el régimen de responsabilidad por daños forma parte del sistema general de defensa de la competencia y, en este marco, se revela como medio dirigido a asegurar la efectiva observancia de las prohibiciones del TFUE y por extensión de la LDC. Y de ahí también que la finalidad disuasoria de la responsabilidad por daños deba tomarse en consideración para interpretar y aplicar las normas que rigen esta materia y que ello deba hacerse en la forma en que se prevé en la formulación del principio de efectividad (*vide infra* [3.2]). Pero nada en los términos en que la jurisprudencia del TJUE y la Directiva atribuyen esa función disuasoria a la responsabilidad por daños ni en su modo de operar justifica que, para promover el efecto útil de las prohibiciones de las prácticas colusorias y abusivas de posición dominante, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan ir más allá de la reparación del daño real e incorporar a la suma indemnizatoria un *quantum* disuasorio o de cualquier forma quebrar la correspondencia entre el interés económico lesionado y el importe de su reparación, por muy grave que se considere la conducta constitutiva del ilícito antitrust en cuestión desde el punto de vista de la política de defensa de la competencia. Antes bien, el carácter general de la función disuasoria que el TJUE ha reconocido en este ámbito casa mal con el carácter necesariamente individual que habría de tener un hipotético *quantum* disuasorio adicional y casa mal con el fin resarcitorio de la indemnización; de hecho, el TJUE, precisamente en relación con el aseguramiento del efecto útil de las prohibiciones antitrust por medio de la responsabilidad por daños, solo contempla la reparación del perjuicio causado a un sujeto en particular: "(l)*a plena eficacia del* art. 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 que pueda restringir o falsear el juego de la competencia*"[24]. También se orienta en esta línea la Directiva, que, como recordé, deja sentado que el resarcimiento pleno reconocido a las personas perjudicadas "*no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo*" (art. 3.3 de la Directiva 2014/104/UE). Esto, por lo demás, no puede ser una sorpresa: la imposición de sanciones económicas como instrumento para asegurar la observancia de las prohibiciones del TFUE y de la LDC y articular la disuasión particular corresponde al ámbito de su aplicación pública y se sustancia por medio del sistema de multas.

2. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

El principio de efectividad trata de la posibilidad de que el sistema de responsabilidad civil derivada de la infracción de defensa de la competencia permita efectivamente al perjudicado alcanzar el resarcimiento pleno del daño realmente padecido, esto es, se relaciona con la materialidad y utilidad del derecho a la reparación de esos daños, incluidos, claro está, los sobrecostes, pero no entraña la atribución de un derecho absoluto a obtener una satisfacción económica por el solo hecho de haber adquirido bienes o servicios afectados por un ilícito de defensa de la competencia.

A tal efecto, la Directiva requiere a los Estados miembros velar por que su legislación no albergue normas y procedimientos que "*se conciban 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*" (inciso primero del art. 3 de la Directiva 2014/104/UE). Este es sin duda un principio fundamental en el sistema de responsabilidad diseñado por la Directiva, aunque tiene un alcance claramente delimitado. En efecto, este es un principio de Derecho de la Unión que, en ausencia de norma que lo haya reproducido en la LDC, solo se proyecta de forma inmediata sobre los casos comprendidos en el perímetro de la armonización, y no por ello sobre los casos estrictamente domésticos, aquellos en los que la conducta considerada solo infringe el art. 1 *o* el art. 2 de la LDC pero no (simultáneamente) el art. 101 *o* el art. 102 del TFUE (*vide supra* [2.2]), aunque visto su fundamento no pude descartarse que su contenido se incorpore a la solución de los casos domésticos por vía de la interpretación sistemática y teleológica. Por otra parte, la virtualidad de este principio, como he apuntado, no se proyecta sobre las cuestiones (comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva) que han sido armonizadas, sino sobre aquellas cuya regulación se ha dejado en manos de los legisladores nacionales, esto es, sobre los "*aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios*" (Aptdo. (11) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE), el ejercicio del derecho al resarcimiento (Aptdos. (11), (36), (46) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE) o la cuantificación mediante estimación (Aptdo. (46) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). No puede extrañar por ello que la LDC carezca de norma que formule el principio de efectividad, puesto que, como se deduce de lo dicho, la observancia de su contenido material debe dejar sentirse, bien directamente en la letra de lo preceptos que tratan de cuestiones relativas a la responsabilidad civil por daños derivados de ilícitos antitrust que no han sido armonizadas a pesar de situarse en el perímetro de armonización, bien indirectamente en la forma en que se interpretan y aplican esos preceptos. Y, como consecuencia de ello, no puede extrañar tampoco, desde otro punto de vista, que el principio de efectividad no pueda servir de base para generar judicialmente normas, recursos y medidas de las que pudiera carecer la legislación interna sobre la materia de responsabilidad civil indemnizatoria por ilícitos de defensa de la competencia[25], comprendida en el ámbito de armonización o no.

En el ámbito y con el alcance que le son propios, el principio de efectividad se dirige a salvaguardar la realización del derecho al pleno resarcimiento reconocido por la Directiva, a través del cual conecta con el fomento del efecto útil de las normas de defensa de la competencia, como estableciera antes la jurisprudencia del TJUE[26]. Pero no va más allá. En particular, el principio de efectividad no desarticula ni modifica la función resarcitoria de la indemnización de daños ni por ello la necesidad de que la infracción antitrust ocasione y se pruebe (en su caso con presunciones que no se destruyen) que ocasiona un daño real y, en este sentido, no puede servir de base para sostener que, cometida una infracción antitrust, deba haber deba haber daño e indemnización necesariamente, a todo trance[27]: si no hay un daño efectivo no hay derecho a la indemnización, aun cuando pudiera resentirse (de una forma marginal, en todo caso) el componente disuasorio que tiene la responsabilidad civil en este ámbito, como tampoco puede servir de base para que, donde haya ese daño efectivo, el importe de la indemnización pueda exceder del valor del daño arrostrado. Más en particular, el principio de efectividad deja incólumes los presupuestos de la responsabilidad, armonizados y sin armonizar. De ahí que, por ejemplo, este principio no pueda servir a los tribunales de los Estados miembros para trastocar la exigencia de la realidad del daño derivado de la infracción antitrust o la correspondencia entre la medida económica del daño resarcible y el importe de la suma indemnizatoria.

3. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

El principio de equivalencia tampoco desvirtúa ni modula la función resarcitoria del derecho a la plena reparación del daño derivado de la infracción de las prohibiciones de defensa de la competencia y sus implicaciones sustantivas, puesto que solo contempla la eventualidad de la legislación de los Estados miembros que establezca regímenes distintos para la responsabilidad civil derivada de ilícitos de Derecho de la UE y de ilícitos de Derecho interno exclusivamente.

En efecto, por virtud este principio de equivalencia, "*las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los* arts. 101 *o* 102 *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*" (inciso segundo del art. 4 de la Directiva 2014/104/UE)[28]. Salta a la vista que, como he avanzado, este principio está relacionado con un aspecto muy concreto de la limitación del ámbito armonizado, como es la ubicación de los ilícitos estrictamente internos (las conductas que solo infringen los arts. 1 o 2 de la LDC) fuera del alcance de la Directiva y, de su mano, con la hipotética existencia de un régimen de responsabilidad civil en esta materia que, en atención a sus inexistentes o insuficientes efectos reales o potenciales sobre la competencia en el mercado interior y el comercio entre Estados miembros, solo están sujetos a un régimen (nacional) que, por hipótesis, puede ser distinto del establecido por la Directiva (Aptdo. (11) de la Directiva 2014/104/UE). Para este escenario se establece el principio de equivalencia o, quizás de una forma más precisa, el mandato de mejora del Derecho armonizado, una suerte de "cláusula de perjudicado más favorecido" por cuya virtud la formulación y aplicación de las normas que trasladen al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva se han de equiparar a las disposiciones internas aplicables en casos estrictamente domésticos cuando estas sean más favorables para quien sufre el daño derivado de la infracción de defensa de la competencia. En un sistema que, como es el establecido en la LDC, trata por igual la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las prácticas colusorias y abuso de posición dominante contrarias al TFUE solo y al TFUE y a la LDC simultáneamente, por una parte, y, por otra, solo a la LDC, el principio de equivalencia tiene un papel marginal, si es que tiene alguno. Y ello, porque en la LDC el régimen sobre las cuestiones en las que debería operar la mejora que entraña este principio (como es por ejemplo "(e)*l cálculo de dicha cuota, que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, y el establecimiento de los criterios pertinentes, como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel*" [Aptdo. (37) de la Directiva 2014/104/UE]) es el mismo para esos dos grupos de infracciones.

Aún más, el principio de equivalencia no solo obedece a consideraciones distintas a las que inspiran el principio de resarcimiento, sino que está consignado en términos que asumen la vigencia del principio de resarcimiento. En este sentido, el principio de equivalencia solo admite que el tratamiento de los casos comprendidos en el ámbito armonizado se equipare al de aquellos otros que únicamente lo están en el ámbito de aplicación de la ley nacional cuando esta supere el grado de tutela que reconoce la Directiva. Pero solo lo requiere si las acciones de resarcimiento atribuidas a la persona perjudicada por la normativa nacional son "*similares*" a las que reconoce la Directiva. Ello implica que la extensión de las normas sobre supuestos estrictamente domésticos prevista por el principio de equivalencia tiene como límite, al menos, las exigencias derivadas del principio de resarcimiento, de modo que una hipotética acción doméstica de daños punitivos o de recargo preventivo en la compensación no es una acción similar a la que emana del derecho al pleno resarcimiento de la Directiva (*vide supra* [3.1]). Sea como fuere, la LDC carece de normas que admitan que la indemnización de daños y perjuicios derivados de la infracción de sus arts. 1 y 2 pueda exceder el importe de los que realmente se hayan ocasionado a la persona perjudicada cuando no se produzca de forma concurrente una infracción de las normas del TFUE, por lo que no deja espacio para hacer un *upgrading* a las normas armonizadas.

IV. RELACIÓN JURÍDICA Y ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SOBRECOSTES

Ni la LDC ni la Directiva de daños encuadran la responsabilidad civil indemnizatoria que establecen ni en particular la responsabilidad por los sobrecostes en el ámbito de la responsabilidad contractual ni en el de la extracontractual; en la práctica anterior a la Directiva de hecho las acciones de indemnización de daños derivados de un cártel se fundaron indistintamente en el art. 1101 y concordantes del CC y en el art. 1902 del CC[29]. Seguramente, así ha sido porque no era necesario dejar establecido este extremo. A los fines de la Directiva, en efecto, esta categorización no es precisa para elaborar un régimen de responsabilidad que está construido esencialmente con conceptos autónomos, como es precisamente el de sobrecoste, y que además no lleva a la aplicación subsidiaria de ningún régimen de responsabilidad civil típico de Derecho de la Unión.

Sea como fuere, los sobrecostes son un daño extracontractual y la responsabilidad civil indemnizatoria por los sobrecostes tiene también carácter extracontractual, a cuya regulación y construcción dogmática habrá que acudir para integrar su régimen en los aspectos en que sea aplicable el Derecho nacional. En efecto, el hecho generador de la responsabilidad por este concepto, que es la determinación del precio (sea del precio de la compra directa, sea de la compra indirecta y tanto en los mercados de venta como en los de compra) no se produce con ocasión del cumplimiento del contrato por parte del infractor, que es el escenario en que, en nuestro sistema, nace y se desenvuelve la responsabilidad contractual (art. 1101 CC). No puede negarse que los sobrecostes se hallan relacionados con un contrato, puesto que de hecho forman parte de uno de los componentes de su objeto, como es el precio. Pero lo están en la fase de formación del contrato, de determinación de sus términos y en especial de concreción de su objeto, y no en la fase de cumplimiento de su contenido obligacional. La incorporación de los sobrecostes a la relación entre infractor y persona perjudicada se sitúa por tanto en el ámbito de la *Vertragsanbahnung*, de los contactos entre la oferta y la demanda dirigidos a establecer los elementos del contrato y concretar sus términos. La imposición del sobreprecio que configura el sobrecoste, que es el evento dañoso indemnizable por el que puede hacerse responsable al infractor, se sitúa así en una etapa anterior a la perfección del contrato y tiene su origen en un comportamiento antijurídico del infractor que no está relacionado con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones que le corresponden por virtud de un contrato. En suma, la imposición de los sobrecostes a la persona perjudicada resulta de una actuación desenvuelta por la persona infractora al margen de una relación contractual existente, es distinta por ello del incumplimiento del programa contractual que rige la relación con la persona perjudicada y genera una obligación a cargo de la primera y a favor de la segunda de resarcir los daños causados, entre los que se incluyen los sobrecostes, que tiene una naturaleza extracontractual[30].

Sentado lo anterior, las normas reguladoras de la responsabilidad por daños ocasionados por ilícitos de defensa de la competencia perfilan una relación jurídica cuyo elemento objetivo comprende los sobrecostes (donde los haya) –al lado de otras modalidades de daños y perjuicios resarcibles– y cuyo elemento subjetivo se refiere, por una parte, a la persona infractora o deudora de la obligación de indemnizar (art. 72.1 LDC en relación con el art. 73 LDC) y, por otra parte, a la persona perjudicada o acreedora de la pretensión indemnizatoria (arts. 72.1 y 2, 78.1 y 79 LDC), que como se ha dicho puede ser tanto un comprador directo como un comprador indirecto, ambos en los términos de su respectiva definición (disposición adicional cuarta.3 7) y 8) de la LDC).

Por su parte, la responsabilidad por sobrecostes, como corresponde a su condición de daño emergente, tiene la estructura (esto es, presupone la articulación de elementos sustantivos) que entre nosotros se asigna con carácter general a la responsabilidad civil extracontractual. En particular, consta, en primer lugar, de la producción real y efectiva de un daño "*jurídicamente relevante*" (VI.-1:101 (1) del DCFR) como es el que en forma de mayor precio resulta de la vulneración de un interés digno de tutela inherente a los ilícitos antitrust (VI.-2:101 (1) (c) y (3) del DCFR en relación con los Aptdos. (39) a (41) del preámbulo y arts. 3.2 y art. 12.1 de la Directiva 2014/104/UE, y con el art. 78.1 I LDC); en segundo lugar, de la existencia de una relación causal adecuada entre el ilícito antitrust y los sobrecostes considerados, cuyo régimen, como se ha dicho, es el previsto en el derecho nacional aplicable (Aptdos. (11) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE)[31], aunque no puede desconocerse que su configuración elemental resulta de la doctrina del TJUE, que apunta a un entendimiento amplio de este presupuesto[32], y por ello se halla en el acervo comunitario que la Directiva vino a confirmar (Aptdo. (12) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE); en tercer lugar, de la presencia de un nexo o título de imputación suficiente, que en este caso es la culpa o negligencia, cuya exigencia se encuentra implícita en la doctrina del TJUE[33] e integra también el acervo comunitario confirmado por la Directiva, aunque su régimen, como también se ha dicho, es el previsto en el Derecho nacional aplicable (Aptdo. (11) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE en relación con art. 1902 CC). Todos estos son presupuestos de la responsabilidad indemnizatoria cuya concurrencia deberá ser debidamente probada, en su caso con el beneficio de las facilidades de prueba que se arbitran en esta materia.

Como se ve, la matriz de la responsabilidad por los sobrecostes no presenta ninguna particularidad por comparación con la que con carácter general sirve de molde a la responsabilidad civil extracontractual en nuestro sistema. No puede decirse lo mismo, en cambio, de la sustancia de los sobrecostes como daño indemnizable ni, sobre ello, de la forma de determinar ese daño, esto es, de establecer la presencia de sobrecostes que deban ser indemnizados, ni de la forma de cuantificarlos, esto es, de fijar la suma indemnizatoria. De ello se trata seguidamente.

V. SOBRECOSTES

1. DEFINICIÓN

En materia de responsabilidad civil derivada del ilícito de defensa de la competencia, los sobrecostes son un concepto de Derecho de la Unión, cuyo significado y alcance se encuentra definido en la Directiva de daños. Como se dijo, los sobrecostes son "*la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia*" (art. 2 20) de la Directiva 2014/104/UE y disposición adicional cuarta.3 6) LDC) y tienen atribuida la condición de daño emergente (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104). Por tratarse de un concepto de Derecho de la Unión esta definición y su calificación no pueden ser sustituidas, matizadas o desenvueltas por el entendimiento que de este concepto u otro equiparable y su consideración como modalidad de lesión resarcible pudiera haberse elaborado legislativa o jurisprudencialmente en los Estados miembros.

La definición de sobrecostes presenta una doble faz: los sobrecostes son mayor precio y mayor coste. De esta dualidad da cuenta la diversidad de designaciones que esta partida indemnizatoria conoce en las distintas versiones de la Directiva. Mientras que las versiones española, inglesa y francesa se refieren a "*sobrecoste*", "*overcharge*" y "*surcoût*", respectivamente, otras se refieren, acaso de forma más coherente con su condición de daño emergente, a "sobreprecio", como es de ver en el texto alemán ("*Preisaufschlag*") e italiano ("*sovrapprezzo*"). Sin embargo, la definición en unas y otras versiones es la misma y gira en torno al mismo eje (la diferencia entre el precio real y el de referencia), por lo que la diversidad terminológica en la designación de esta partida de daños no plantea ninguna cuestión difícil.

Si esta doble aproximación a los sobrecostes ha tenido reflejo en la Directiva, no puede decirse lo mismo, en cambio, de la forma de manifestarse que tienen los sobrecostes en los mercados de venta, que son los que ha tenido presentes la Directiva, y en los mercados de compra. En estos últimos, el comprador directo es en realidad el vendedor directo y en ellos no hay propiamente sobrecostes impuestos por el infractor sino un "infraprecio", esto es, un precio menor al que en ausencia del ilícito habría pagado la persona infractora a la perjudicada (Aptdo. (43) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE y Pfo. (13) de las Directrices)[34], que por tanto si se repercute (aguas arriba, ahora), en realidad, no traslada mayores costes a sus proveedores (vendedores indirectos, ahora) en forma de menores precios de suministro. Con el fin de simplificar el discurso y en línea con lo hecho en la Directiva (art. 12.4 de la Directiva 2014/104/UE), seguidamente solo trataré de los sobrecostes en el mercado de venta, siempre en el bien entendido de que, con los ajustes precisos, lo que se diga vale también para el mercado de compra.

El tratamiento de los sobrecostes como modalidad de daño resarcible es el mismo con independencia de la modalidad de infracción de defensa de la competencia que los genere, cualquiera que sea por tanto la práctica colusoria o abusiva que genere el alza de los precios de suministro o el mantenimiento de un nivel artificialmente elevado de precios, excepción hecha de la presunción del carácter dañoso de los cárteles (*vide infra* [6.2.2]). No solo son relevantes los sobrecostes que genera directa e inmediatamente la infracción, como el que trae causa de un cártel de precios o una fijación vertical de precios ilícita[35], sino también los que establecen condiciones de competencia que facilitan alzar precios o mantener precios supracompetitivos, como los que podrían derivarse, cuando fueren ilícitos, de un pacto de exclusiva, de una restricción territorial o de una vinculación de prestaciones. Pero no solo. Un mayor precio también podría esperarse de las prácticas colusorias horizontales sobre discriminación de precios, concertación de los términos de la oferta que se presente en procesos de licitación, la alineación de condiciones comerciales, el reparto de mercados (territoriales o subjetivos), la asignación de cuotas de producción, la importación o comercialización, la organización de compras y ventas conjuntas, etc. Asimismo, los sobrecostes pueden ser, en un momento u otro, un efecto natural de las prácticas abusivas de posición dominante relativas a los precios, que comprenden desde la imposición de precios no equitativos o excesivos a la discriminación de precios, la vinculación de prestaciones, la exclusión de competidores (que si resulta de la práctica de precios predatorios solo genera sobrecostes tras el "ajuste" de los precios a la nueva la estructura subjetiva del mercado), el cierre de mercados o la negativa a contratar[36].

Los sobrecostes pueden producirse no solo en la transacción realizada por el infractor, o por quienes se benefician del "efecto paraguas" que pueda tener un cártel[37], con su contraparte (persona directamente perjudicada o comprador directo) en una operación comercial o serie de operaciones cuyo objeto son los productos o servicios afectados por la infracción de defensa de la competencia (disposición adicional cuarta.3 7) LDC, y art. 223) de la Directiva 2014/104/UE), sino también en las operaciones realizadas por la persona directamente perjudicada con terceros (comprador indirecto) si el precio de una o varias de las segundas transacciones incorporan todo o parte del sobrecoste de la operación o de alguna de la serie de operaciones directas (disposición adicional cuarta.3 8) LDC, y art. 224) de la Directiva 2014/104/UE), y así sucesivamente, en su caso, a lo largo de la cadena de suministro (Pfos. (8) y (12) de las Directrices). Todos ellos, comprador directo y comprador o compradores sucesivos pueden ser titulares del derecho de resarcimiento, siempre que hayan soportado efectivamente los sobrecostes en todo o en parte, el primero por imposición de la persona infractora, los segundos por traslación del comprador directo, y siempre en la medida en que los hayan soportado efectivamente.

Esta última circunstancia, clave en un sistema que gravita por igual en torno al reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños padecidos y a la proscripción de su sobrecompensación, está más claramente contemplada en la Directiva 2014/104/UE que en la LDC. La Directiva, en efecto, atribuye la posición de acreedores de la pretensión indemnizatoria a los compradores indirectos de forma expresa, justamente porque soportan en todo o en parte la repercusión de los sobrecostes (art. 12.1 de la Directiva 2014/104/UE), después de habérsela atribuido con carácter general a la "*persona que haya sufrido un perjuicio*" (art. 1.1 y 3.1 de la Directiva 2014/104/UE), que no es otra que la "*parte perjudicada*" (art. 2 6) de la Directiva 2014/104/UE), esto es, "*cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto*" (art. 12.1 de la Directiva 2014/104/UE). En cambio, la LDC se refiere a los acreedores de la indemnización de forma genérica, como "*persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio*" (art. 72.1 y 2 LDC), "*quienes hubiesen resultado perjudicados*" (art. 76.4 LDC), "*persona perjudicada*" (art. 77.1 LDC), "*perjudicado*" (art. 78.2 II LDC), consideración que solo de forma implícita incluye al comprador indirecto (art. 79.2 LDC).

2. NATURALEZA

Desde el punto de vista de una construcción dogmática canónica de la obligación de indemnizar daños, los sobrecostes se ubican en la esfera del daño emergente; de hecho, esta es la consideración que se les atribuye en la Directiva: "*El perjuicio en forma de daño emergente puede ser el resultado de la diferencia de precios entre las cuantías ya pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido una infracción*" (Aptdo. (39) de la Directiva 2014/104/UE). La Directiva parte, por lo tanto, de que los sobrecostes comportan una reducción o minoración del valor actual del patrimonio de la persona perjudicada, una pérdida de su valor que en este caso se debe a la salida de bienes (dinero) que directa o indirectamente fueron destinados a pagar un precio más elevado del que la parte infractora habría practicado si se hubiera fijado sin mediar el ilícito de defensa de la competencia.

Dicho esto, los sobrecostes no dejan de ser un daño emergente singular. En efecto, no acaban de encajar en ninguna de los grupos en que se ordenan los casos de

daño emergente habitualmente contemplados en la teoría de daños, al menos en la construcción que se maneja comúnmente entre nuestros estudiosos y tribunales. En particular, los sobrecostes no expresan la pérdida de valor de un bien o derecho concreto, los gastos de defensa, incluidos los de obtención de prueba, ni los gastos acometidos para limitar o evitar un daño[38]. Además, no puede dejar de observarse que los sobrecostes son, en cuanto anverso de los sobreprecios, ingresos que el infractor obtiene de la colusión o el abuso de posición dominante. Estas circunstancias, sin embargo, no han impedido que el remedio dispuesto en la Directiva y por ende en la LDC para tutelar el interés económico de la persona perjudicada por los sobrecostes sea de naturaleza inequívocamente indemnizatoria y su contenido económico sea el importe del daño emergente causado, como resulta de su fundamentación, estructura y funcionamiento (*vide supra* [3.1]). Esta es, por lo demás, la solución técnicamente más adecuada. Lo es primeramente, porque en el sobrecoste no existe ningún atisbo de apropiación de un resultado económico ni del aprovechamiento de un recurso que, en circunstancias ordinarias, solo debiera haber beneficiado a otro, sino la exigencia y pago de un precio sobrecompetitivo impuesto ilícitamente. Y lo es, en segundo lugar, porque la tutela restitutoria, justificada en materia de responsabilidad contractual por la presencia de un componente punitivo[39] y en materia de responsabilidad extracontractual por la íntegra protección del valor del bien o derecho ilícitamente utilizado[40], no explicaría adecuadamente el tratamiento de la repercusión de los sobrecostes, en especial donde hubiera de darse respuesta a la acción de un comprador indirecto al que se hayan trasladado los sobrecostes.

Dicho esto, también debe reconocerse que el contenido económico de los sobrecostes y su resarcimiento coincide con la parte sobrecompetitiva del precio que efectivamente obtiene el infractor y, en este sentido, que, como cuestión de hecho, lo que el infractor recibe de más marca el límite del importe de la pretensión indemnizatoria no ya de un perjudicado único (el comprador directo) sino, en el caso de repercusión, del conjunto de los sucesivos perjudicados (los compradores indirectos), que no podrán pretender que el infractor compense la parte de sus costes que exceda propiamente de la repercusión. Sin duda, ello explica la rotundidad de la Directiva en la proscripción de la sobrecompensación (Aptdo. (13) y arts. 3.3 y 12.2 de la Directiva 2014/104/UE), que se aprecia también en la ley nacional (art. 72.3 LDC). Y, en un plano practico, puede abrir la puerta a estrategias de defensa del infractor dirigidas a la prueba de la cifra máxima de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido.

3. CARACTERIZACIÓN

3.1. Daño subjetivo y real-concreto

La definición de sobrecostes (disposición adicional cuarta.3 6) de la LDC y art. 2 20) de la Directiva 2014/104/UE) relaciona el alza del precio con su padecimiento por la persona perjudicada de una forma que individualiza todos los aspectos que atañen a su configuración como daño indemnizable[41]. El mayor precio en que consisten los sobrecostes es el que se aplica precisamente a la persona perjudicada y esta afronta en una operación o en todas o algunas de las operaciones de una serie de operaciones (precio real) por comparación con el que se habría exigido precisamente a ella y habría pagado precisamente ella en un escenario sin ilícito antitrust (precio de referencia). Y es, sobre ello, el mayor precio que soporta la persona perjudicada porque, cualquiera que sea el eslabón de la cadena de producción-distribución en que se sitúe el conflicto, no lo traslada (en todo o parte) a otros situados aguas abajo, el que expresa por tanto la pérdida directa del valor actual de su patrimonio (el bien o derecho que sale de su patrimonio a causa de la palanca ilícita de que se vale la persona infractora para fijar un precio supracompetitivo). Dicho en otros términos, el sobrecoste solo es el daño que para cada persona deriva del ilícito de defensa de la competencia, que le afecta de forma inmediata y personal.

Así las cosas, el sobrecoste queda perfilado como consecuencia económica negativa directa o inmediata y mesurable que en efecto y atendidas las circunstancias y factores de cada caso padece el perjudicado y, por consecuencia y en línea con la general comprensión del daño indemnizable en la teoría general de daños, es un daño subjetivo y real-concreto[42]. De ello se siguen, por lo que ahora importa, las dos consecuencias siguientes.

En primer lugar, la existencia de sobrecostes y su concreta cuantía así como, respecto de ambos extremos, su derivación (causalmente adecuada) del ilícito de defensa de la competencia deben establecerse caso por caso, para cada persona perjudicada y para cada operación realizada con ella en consideración, de un lado, al precio de la concreta operación o de todas o algunas de las operaciones de una serie de operaciones y, de otro, al precio que, *ceteris paribus*, esa misma persona perjudicada habría pagado al infractor o a su proveedor en una adquisición indirecta o amparada por el efecto paraguas si no hubiera habido el ilícito de defensa de la competencia. En este sentido, la Comisión indica que el enfoque que se escoja para cuantificar el daño causado por la infracción debe ser "*adecuado en las circunstancias específicas de un asunto dado*" (Pfo. (14) de la Comunicación sobre cuantificación).

En segundo lugar, los sobrecostes no expresan un daño normativo de perfil abstracto u objetivo. En efecto, los sobrecostes y la obligación de indemnizarlos no resultan de una disposición legal que primeramente reconozca un valor económico al interés individual lesionado por la infracción de defensa de la competencia, prevea seguidamente la resarcibilidad de la pérdida del valor económico asociada a la lesión de ese interés y, en fin, establezca de antemano la medida de su resarcimiento o los criterios con arreglo a los que debe cuantificarse esa medida por razones ajenas a la reparación integral de la merma real del patrimonio del perjudicado, basadas en la dificultad de su cuantificación y justificadas por la oportunidad de reducir la litigiosidad o las cuantificaciones divergentes.

A pesar de lo dicho, no creo que al respecto pueda adoptarse una posición maximalista que, fundada en imperativos sistemáticos, descarte que los sobrecostes puedan tratarse como daño objetivo. De hecho, por esta vía discurre la solución húngara o lituana de la presunción de un sobrecoste del 10 por 100 o rumana, de un 20 por 100[43]. Pero me parece más evidente que, hoy por hoy, esa solución solo puede establecerla el legislador nacional y que, sin su previsión y configuración positivas, Jueces y Tribunales tienen vedado planteársela y recorrerla y, en particular hacerlo, tras haber comprobado la realidad de los sobrecostes, por vía de una estimación de su cuantía que no tenga en cuenta la concreta realidad del caso enjuiciado sino porcentajes extraídos de reclamaciones resueltas en procedimientos paralelos, de datos agregados del mercado concernido o incluso de datos generales de otros mercados considerados comparables. Como se dirá en otro sitio, estos estudios pueden ser útiles para valorar el conjunto de la prueba practicada, pero no pueden ser la fuente única de la determinación que te tome acerca del importe de la indemnización precisamente porque no se refieren al asunto enjuiciado.

Finalmente, la repercusión de los sobrecostes no es una medida dirigida a mitigar el daño que causa su imposición por el infractor en el sentido que tiene en el Derecho de daños[44]. En efecto, la repercusión no enjuga el daño ni contiene su magnitud sino que lo desplaza a otro, al que se reconoce la condición de persona perjudicada por el infractor, la condición de titular de un interés lesionado por un evento dañoso que no se imputa al que evita el daño sino al infractor-causante del daño, y de acreedora por título propio a su reparación y legitimada para reclamar su compensación al infractor. Además, no se ve en este contexto la exigencia de la buena fe que impone a la persona perjudicada el deber de minimizar la magnitud del daño y menos desplazarlos a sus contrapartes en una suerte de mancomunidad forzosa en el padecimiento de los efectos dañosos de la infracción de defensa de la competencia. Por tanto, sobre la persona perjudicada no pesa una obligación de repercutir los sobrecostes en la extensión en que fuera posible razonablemente que sea expresión de la obligación general de Derecho de daños de mitigar la lesión ocasionada por el evento daños, ni queda condicionada, claro está, la responsabilidad del infractor por los sobrecostes a que los hubiera repercutido en la medida de lo razonable.

3.2. Daño consistente en la diferencia contextualizada del valor del patrimonio del perjudicado

Tal y como se ha visto que queda legalmente caracterizado, el sobrecoste solo existe si, por la adquisición de un producto o servicio, el perjudicado hubo de satisfacer un mayor precio del que habría satisfecho, precisamente él, en ausencia del ilícito de defensa de la competencia considerado. Ninguna razón hay para suponer, sin prueba que así lo demuestre, que los precios reales practicados por un infractor han sido los mismos con todos sus compradores directos, ni para suponer que estos, cuando han repercutido sus sobrecostes, lo han hecho exactamente todos del mismo modo. Y otro tanto vale para los precios de referencia. A estos efectos, el precio que habría prevalecido sin infracción al que se refiere la disposición adicional cuarta.3 6) de la LDC es el precio que se habría practicado al que se presenta como perjudicado sin vulneración de las prohibiciones de defensa de la competencia, del modo en que se indica en el Aptdo. (39) de la Directiva 2014/104/UE, según el cual "(el) *perjuicio en forma de daño emergente puede ser el resultado de la diferencia de precios entre las cuantías ya pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido una infracción*", así como en la versión alemana del art. 2 20) de la Directiva de daños, que a estos efectos se refiere justamente al "*Preis, der sich ohne die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ergeben hätte*".

Y sobre ello, el sobrecoste que, según lo dicho, realmente existe solo es indemnizable si la persona que se dice perjudicada lo soportó y no lo trasladó o, en su caso, en la medida en que no lo trasladó a un tercero que adquiere los productos o servicios cuyo precio resulta afectado al alza por la infracción (arts. 78.1 I y 3 I y 79.1 LDC). Esta regla, como es obvio, es válida en cualquier eslabón de la cadena de transacciones que van desde la producción hasta la utilización o consumo final (art. 80.1 a) LDC).

Estas notas ubican el sobrecoste, como daño emergente, en el ámbito de la teoría de la diferencia, puesto que en esencia esta clase de daño se produce solo si existe una diferencia entre el precio pagado por la persona perjudicada (mayor) y el que habría pagado (menor) si no se hubiere producido la infracción antitrust (Pfo. (12) de la Guía Práctica), en el bien entendido de que en este caso, y ello la hace a mi juicio aceptable en nuestro sistema de responsabilidad civil, esa teoría se halla intensamente modulada o contextualizada por la definición de sobrecoste, la expresa previsión legal de su resarcibilidad y las condiciones en que es resarcible. En este sentido, los sobrecostes no son daño indemnizable por sí y en todo caso, sino solo si, atendidas todas las circunstancias del caso y entre ellas

cualquier clase de medida paliativa, el valor del patrimonio del afectado es inferior al que hubiera tenido si no se hubiera aplicado el sobreprecio, con independencia del detrimento que, en forma de pérdida de ganancias o lucro cesante, pudiera derivar de la adopción de esas medidas paliativas, que es un concepto indemnizatorio distinto.

3.3. Implicaciones

La consideración de los sobrecostes como daño subjetivo, concreto y real consistente en una pérdida de valor patrimonial observada tras comprobar su eventual incidencia en el nivel de precios de los productos o servicios adquiridos por la persona que se dice perjudicada y además en el de los productos o servicios que esta práctica en sus operaciones con otros aguas abajo, según los términos expuestos, sugiere, cuando menos, que los métodos de determinación y cuantificación más adecuados para establecer la existencia y fijar la cuantía de los sobrecostes indemnizables son los llamados métodos de naturaleza comparativa (Pfo. (3) de la Comunicación sobre cuantificación, Pfos. (32) a (72) de la Guía Práctica, y Pfos. (71), (84) a (119) de las Directrices), y especialmente los que están basados en la comparación diacrónica del mismo mercado (Pfos. (37) a (48) de la Guía Práctica).

Este planteamiento no puede entenderse de forma maximalista y en particular no debe entenderse como rechazo absoluto de la posibilidad de acudir a otros métodos para la determinación y cuantificación de los sobrecostes indemnizables. No puede en efecto desconocerse la admisibilidad de esos otros métodos ni la utilidad de los datos que proporcionan. Pero, vista la caracterización de los sobrecostes como daño y los principios y reglas que rigen su tratamiento como partida indemnizable, esos otros métodos no debieran desempeñar un papel decisivo para determinar la realidad de los sobrecostes indemnizables (efectivamente soportados) ni, sentado lo anterior, el importe de la suma indemnizable, porque no se refieren al caso enjuiciado o al menos a otro u otros casos concretos iguales (esto es, en los que se haya producido la misma infracción por el mismo infractor en el mismo mercado de producto, tiempo y territorio, se haya practicado un precio en la compra directa por encima del precio de referencia, se advierta la misma ausencia o existencia de repercusión del sobrecoste a los compradores indirectos, etc.); más bien parece que esos otros estudios solo debieran ser tenidos en cuenta como complemento en general y, en su caso, como piedra de toque o fiel de la razonabilidad de las conclusiones a las que llegue la prueba comparativa.

Por otra parte y como viene deslizándose en esta exposición, el encuadramiento de los sobrecostes en el ámbito de la teoría de la diferencia implica que para el establecimiento de la responsabilidad del infractor por este concepto es necesaria la comprobación de dos extremos formal y sustantivamente distintos, a saber: la determinación de los sobrecostes indemnizables (esto es, el establecimiento de la realidad de los sobrecostes y de las condiciones de que, sobre ello, depende que sean indemnizables, que comprenden no solo la determinación de la relación causal, sino también del nexo de imputación a la persona infractora, así como de la constatación, cuando se alegue, de si los sobrecostes han sido repercutidos por la persona perjudicada que reclama su reparación y si lo han sido la medida en que lo fueron) y, tras aquella determinación, la cuantificación o fijación de la suma indemnizatoria (esto es, el establecimiento del importe de la lesión patrimonial que han producido los sobrecostes indemnizables determinados en el paso anterior de la forma en que se acaba de indicar). Los lindes entre una y otra operación, sin embargo, no son necesariamente nítidos. En efecto, la determinación de la realidad de los sobrecostes indemnizables no puede separarse enteramente de la operación de cuantificación, y en particular del cálculo al menos aproximado del precio real y del precio de referencia así como de la parte del importe del primero que trae causa precisamente del ilícito antitrust, puesto que sin ese principio de cálculo no es posible establecer que en el caso hubo un alza en el precio real sobre el precio de referencia que obedece precisamente a la infracción de las prohibiciones de acuerdos colusorios o de abuso de posición de dominio y, si hubiere habido repercusión, sin un cálculo al menos indiciario tampoco es posible determinar si el sobreprecio fue enjugado total o solo parcialmente. Y a la inversa, dado que no se trata de poner un importe a un daño objetivo, la cuantificación muestra por sí la realidad material de los sobrecostes.

4. SOBRECOSTES Y OTROS DAÑOS INDEMNIZABLES

Los sobrecostes ocupan sin duda un lugar central en sistema de responsabilidad civil derivada del ilícito de defensa de la competencia, pero no son las únicas partidas de daños derivados del ilícito de defensa de la competencia sujetas al régimen especial del art. 71 y ss. de la LDC. No estará de más recordar, en este sentido, que al lado del derecho al resarcimiento de los sobrecostes indemnizables, a la persona perjudicada se le reconoce el derecho a la compensación del lucro cesante y a los intereses (art. 72.2 LDC). En particular, se le atribuye el derecho a la "*indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes*" (art. 78.1 III LCD), entre los que se cuenta la "*pérdida de oportunidades de negocio*" (Aptdo. (13) del preámbulo de la Directiva de daños), y, en cuanto elemento que atendiendo a la condición de deuda de valor que corresponde a la reparación de los daños actualiza su cuantía en consideración al tiempo transcurrido desde la fecha del evento dañoso, el derecho a los intereses que la suma indemnizatoria produjo desde que se ocasionó el daño indemnizable hasta la fecha en que se satisfizo la indemnización (Aptdo. (12) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE)[45]. Finalmente, tampoco absorben los sobrecostes en esta materia el entero espectro del daño emergente que puede ser indemnizado. Veamos esto último con algún detalle.

Los términos en que se formula el derecho al resarcimiento de los sobrecostes podrían sugerir que la única indemnización por daños emergentes debida por el infractor sería esta. Así podría pensarse a la vista de que "*el derecho al resarcimiento enunciado en este título* (que, recuérdese, que reza "de la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia") *se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado*", y sobre todo a la vista de los términos en que se limita la suma de la indemnización debida por daño emergente, que no admiten, "*en ningún caso*", que "*el resarcimiento del daño emergente supere el perjuicio del sobrecoste*" (art. 78.1 II LDC). Sin embargo, este entendimiento no puede compartirse porque, por un lado, pugna con el carácter abierto con el que la Directiva se refiere al daño emergente, cuyo preámbulo presenta los sobrecostes como un "*perjuicio en forma de daño emergente*" (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE), y, por otro lado, pugna con el sentido más evidente de la caracterización del derecho al resarcimiento como "*derecho al pleno resarcimiento*", que se concreta en su objeto, a saber: "*devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción*", y de las partidas que comprende, como son (sin matices ni límites) "*el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses*" (art. 72.2 LDC y art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE). Precisamente a la luz del objeto del derecho al resarcimiento, la lectura más correcta de los pasajes antes considerados apunta a que la expresión "(e)*l derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado*" (art. 78.1 LDC) sirve al fin de dejar sentado que solo son indemnizables los sobrecostes efectivamente soportados, por contraposición a los que no se han soportado efectivamente (porque, por ejemplo, no se ha demostrado su realidad o, demostrada esa realidad, se ha probado su repercusión) y por ello no son indemnizables, y no por contraposición a otras categorías o modalidades de daño emergente. Y apunta asimismo a que la limitación de la suma de la indemnización del daño emergente a la que corresponda al sobrecoste solo concreta la proscripción de la sobrecompensación (art. 3.3 Directiva 2014/104/UE y art. 72.3 LDC), puesto que, como es de ver en las referencias a los sucesivos niveles de la cadena de suministro (art. 12.2 de la Directiva 2014/104/UE y art. 78.1 II LDC) o a los procesos conexos (Aptdo. (44) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE), su objeto es impedir que la suma de la indemnización reconocida por este concepto incluya el importe de sobrecostes repercutidos, y no limitar el contenido económico de la indemnización mediante la exclusión de una u otra partida del daño emergente.

Como en otros ámbitos, esos otros daños emergentes indemnizables serán, si están justificados formal y materialmente y en la medida en que sean razonables, los gastos de investigación y obtención de prueba, de asesoramiento precontencioso[46], de intento de solución extrajudicial de la controversia, de dedicación del personal de la persona perjudicada a la preparación de la acción, de reducción o minoración del daño, etc., siempre claro está que no se trate de gastos que constituyan costas procesales, en cuyo caso su recuperación está condicionada a la condena en costas y sometida en su caso a los límites cuantitativos que pudieran aplicarse (arts. 241, 243.2, 394 y ss. LEC).

VI. DETERMINACIÓN DE LOS SOBRECOSTES INDEMNIZABLES

La determinación de la existencia de sobrecostes indemnizables es, en el camino a la afirmación de la responsabilidad civil del infractor y condena al pago de la suma indemnizatoria, una etapa lógica y materialmente anterior y distinta de la cuantificación. El Aptdo. (45) del preámbulo de la Directiva no deja lugar a dudas sobre este extremo: "*Una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios*". Tampoco lo deja la parte dispositiva de la Directiva y la LDC,: la primera condiciona el empleo de la facultad judicial de estimar la cuantía de la indemnización a que, entre otros extremos, "*se acredit*(e) *que el demandante sufrió daños y perjuicios*" (art. 17.1 inciso segundo de la Directiva 2014/104/UE y art. 78.2 LDC), mientras que la segunda considera objeto de pruebas diversas "*la existencia y cuantía de tal repercusión*" (art. 79.1 LDC). No puede desconocerse, con todo, que la etapa de determinación de los sobrecostes guarda proximidad funcional y que de hecho anticipa *grosso modo* la cuantificación del importe de la indemnización, puesto que en última instancia con la primera se trata de establecer no solo que la cuantía del precio satisfecho era mayor que la del precio que en ausencia de conducta ilícita se habría pagado, sino que esa diferencia no se enjugó mediante la traslación de todo o parte del mayor precio al de los productos o servicios propios.

1. OPERACIONES DE DETERMINACIÓN

Los sobrecostes indemnizables son los excesos de precio aplicados por quien ha cometido un ilícito de defensa de la competencia a una operación o en cada una o alguna de las operaciones de una misma serie que presentan las condiciones exigidas para que nazca en Derecho la responsabilidad por la lesión patrimonial así ocasionada. Su determinación se dirige, por lo que se refiere al primero de estos extremos, a establecer, de un lado, la realidad de los sobrecostes cuya reparación

se interesa, esto es, que el precio real practicado en la transacción considerada ha sido superior del que, vistos los factores y circunstancias del caso, debe tenerse por precio de referencia, y ello tanto si los sobrecostes se producen en una operación entre infractor y comprador directo, como si se producen por vía de repercusión en transacciones hechas en los niveles subsiguientes de la cadena de distribución, y se dirige a establecer, de otro lado, la realidad de los sobrecostes que la persona infractora a la que se reclama su reparación dice repercutidos por quien se presenta como acreedor de la pretensión indemnizatoria en los precios de sus transacciones aguas abajo. En esencia, se trata de la comprobación de la realidad del daño, primera condición o presupuesto sustantivo de la responsabilidad por daños. Por lo que se refiere al segundo de los extremos indicados, la determinación está encaminada a verificar los (otros) presupuestos sustantivos de los que también depende que los sobrecostes soportados deban ser reparados por el deudor de la prestación indemnizatoria, esto es, a verificar que el mayor precio observado en la operación anterior trae causa de la infracción antitrust y por ello concurre la necesaria relación causal, y que el infractor conocía o debía conocer la irregularidad del precio real y en consecuencia concurre el oportuno nexo de imputación.

La determinación de los sobrecostes (soportados y repercutidos) indemnizables forma parte, desde el punto de vista de la Directiva, del ejercicio del derecho a su resarcimiento, y en particular entronca con la verificación de la realidad del daño que constituye el presupuesto sustantivo básico de las acciones de daños y más en particular con el establecimiento de los hechos relevantes para decidir si se cumplen o no esos presupuestos. Esta es materia sobre la que no existe armonización ni unificación en Derecho de la UE, por lo que la Directiva la ha confiado a los Estados miembros[47]. Ahora bien, no todo se ha dejado en sus manos. La Directiva cuenta en efecto con disposiciones que inciden, incluso de forma notable, en la configuración, interpretación y aplicación del régimen de comprobación de la existencia de sobrecostes (soportados y repercutidos). Me refiero a las disposiciones de la Directiva que formulan los principios de efectividad y equivalencia (*vide supra* [3.2] y [3.3]), y a las que versan sobre la carga de la prueba, las presunciones o las medidas para facilitar el acceso a las fuentes de prueba. Así las cosas, las reglas de Derecho interno sobre comprobación de los hechos quedan completadas e integradas por las previsiones especiales que, en cumplimiento de la Directiva, contiene la LDC respecto de la carga de la prueba y las presunciones, y la LEC sobre acceso a las fuentes de prueba, mientras que su interpretación y aplicación queda sujeta al principio de efectividad.

Por otra parte, la determinación de los sobrecostes compromete distintas perspectivas funcionalmente relacionadas, que se resumen en las expresiones "sobrecostes soportados" y "sobrecostes repercutidos". La determinación de los sobrecostes soportados sirve a la comprobación de que el precio practicado fue un precio supracompetitivo, en el que el exceso sobre el precio de referencia o competitivo se debe a la infracción de defensa de la competencia, tanto si esos sobrecostes fueron impuestos en operaciones de compra directa por la persona infractora a la perjudicada como si lo fueron en operaciones de compra indirecta por quien soportó sobrecostes en su adquisición de los productos o servicios concernidos y los trasladó a otros situados aguas abajo. Por su parte, la determinación de los sobrecostes repercutidos sirve a dos fines, a saber: a la comprobación de la realidad de los sobrecostes efectivamente soportados por vía de repercusión por parte del comprador indirecto que funda en ellos su pretensión indemnizatoria, y, en segundo lugar, a la comprobación de que los sobrecostes soportados de forma directa o mediante repercusión no se trasladaron a terceros, porque los que se hayan repercutido no integran el contenido económico de la indemnización sino que fundan la excepción de *passing-on*. Esta ambivalencia de la repercusión, que puede actuar como origen del daño emergente que constituyen los sobrecostes y fundamento de la acción de daños (desde la perspectiva de la persona perjudicada), pero también como supresora o reductora del contenido económico de la responsabilidad civil del infractor, se refleja en la conocida diferenciación entre la repercusión de los sobrecostes como arma en manos del comprador indirecto (o fundamento del daño cuya reparación se pretende) y como escudo en manos del infractor (o excepción total o parcial de la obligación de compensar). Esta pluralidad de perspectivas explica que trate por separado la determinación de los sobrecostes soportados y repercutidos a continuación.

2. DETERMINACIÓN DE SOBRECOSTES SOPORTADOS

2.1. Regla general

La carga de probar la realidad de los sobrecostes y la presencia de los demás presupuestos para que sean resarcibles pesa sobre el perjudicado que demanda (art. 76.1 de la LCD), con independencia de la clase de ilícito de defensa de la competencia del que deriven y sin perjuicio de las presunciones que se aplican en esta materia (*vide infra* [6.2.2] y [6.3.2]). La norma que así lo establece es el primer apartado de un precepto rubricado "*cuantificación de los daños y perjuicios*". Pero la carga de la prueba que impone se refiere no solo a la fijación de la cuantía de los sobrecostes, sino también a la demostración de su existencia y de su condición de sobrecostes indemnizables, como revelan los términos empleados para reconocer la facultad judicial de estimar la cuantía de la indemnización de los sobrecostes y en particular para definir las condiciones en que puede hacerse uso de ella, que, entre otros extremos, incluyen que "*se acredit*(e) *que el demandante sufrió daños y perjuicios*" por los que, aunque no se diga, responde (son daños indemnizables) la persona infractora (art. 76.2 de la LDC). Al respecto conviene reparar en las cuestiones siguientes.

En primer lugar, la previsión del art. 76.1 de la LDC despliega sus efectos como lo hace el art. 217.1 de la LEC: si la prueba practicada en el proceso no permite al Juez tener la convicción de que la pretensión indemnizatoria se refiere a unos sobrecostes indemnizables realmente padecidos como consecuencia del ilícito de defensa de la competencia considerado, habrá de desestimarse la demanda, no solo si el reclamante no ha hecho ningún esfuerzo probatorio, sino también si el que ha hecho no es suficiente para adquirir la certeza, en grado suficiente, de la realidad de los sobrecostes y de las condiciones que hacen de ellos "sobrecostes indemnizables".

En segundo lugar, esta regla no tiene paralelo en la Directiva. No significa ello que no sea conforme con el Derecho de la UE. Por una parte, la Directiva deja la cuestión fuera del ámbito armonizado y en manos del legislador nacional, como materia propia del ejercicio del derecho a la indemnización; al respecto, la Directiva se limita a recordar las exigencias del principio de efectividad: "(l)*os 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*" (art. 17.1 inciso primero en relación con art. 4 inciso primero de la Directiva 2014/104/UE). Por otra parte, la solución de la LDC y la LEC se alinea con el espíritu de la Directiva, que de hecho apunta a que la atribución de la carga de la prueba del daño al perjudicado es la regla natural en esta materia, como es de ver en el pasaje de la Directiva que, refiriéndose a que la cuantificación sigue a la demostración del daño, señala que "(l)*a parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios*" (Aptdo. (45) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE y, de forma menos clara, el inciso segundo del art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE).

En tercer lugar, el objeto de la prueba que se impone al demandante en esta etapa se extiende, como queda dicho, a todos los componentes de la estructura de la responsabilidad civil por sobrecostes y habrá de fundarse en "*las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión*"[48]. Pero no se extiende a si (el perjudicado demandante) soportó en efecto, porque no los repercutió a otros, los sobrecostes cuya indemnización reclama (*vide infra* [6.2]), como tampoco a la cuantía de la suma indemnizatoria.

En cuarto lugar, los datos necesarios para acreditar que hubo un alza o un mantenimiento de precios en un nivel superior al del precio de referencia y que ello trae causa de la infracción de las prohibiciones del TFUE o de la LDC con frecuencia no se hallan en poder de la persona perjudicada. Para establecer la existencia de sobrecostes indemnizables esta habrá de valerse, bien del contenido de las resoluciones que los órganos de defensa de la competencia sobre estos extremos (a pesar del silencio del art. 75 LDC), bien de las diligencias de acceso a los medios de prueba en poder del infractor o de terceros (art. 283 bis *a)* y siguientes LEC). La implantación de este último expediente, diseñado específicamente para esta materia, no solo proporciona al perjudicado una vía de obtención de la prueba requerida para sostener su caso, sino que de hecho le obliga a acudir a ella para que, ante circunstancias como la falta de colaboración del infractor u otras similares, se puedan aplicar normas y doctrinas que salven la inicial reclamación del perjudicado sin apoyo probatorio suficiente, como podría ser la regla de la facilidad probatoria (art. 217.7 LEC). Sea como fuere, la consideración de las cuestiones procesales sobre la prueba de los sobrecostes excede el objeto de este trabajo y en todo caso ya ha merecido una amplia atención en nuestra literatura[49].

2.2. Presunción legal

La regla general sobre distribución de la carga de la prueba que acaba de exponerse se completa con la presunción legal de que "*las infracciones calificadas como cártel causan daños y* perjuicios*, salvo prueba en contrario*" (art. 76.3 LCD, y Aptdo. (47) del preámbulo y art. 17.2 de la Directiva 2014/104/UE).

Esta presunción vale por igual para todas las modalidades de cártel, y en particular para aquellas que se consideren restricciones por el objeto y para las restricciones por sus efectos. La condición de cártel, como sucede con el conjunto de la LDC, se atribuye a estos efectos a los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores "*cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*" (disposición adicional cuarta.2 LDC, que en esencia coincide con el art. 2 14) de la Directiva 2014/104/UE)[50].

Los presumidos por el art. 76.3 de la LDC parecerían ser unos daños y perjuicios genéricos, y no, por lo que ahora importa, los sobrecostes generados precisamente por el cártel considerado a quien promueve el asunto que se esté enjuiciando. La redacción de la norma, sin embargo, no ampara esa interpretación formalista. En efecto, la referencia de la fórmula legal a daños y perjuicios está hecha a lo que vengo denominando "sobrecostes indemnizables" y en este sentido comprende los siguientes extremos: que la persona perjudicada (que ha contratado con un miembro del cártel la adquisición de productos o servicios afectados por el cártel) ha soportado sobrecostes, de forma coherente con la distribución de la carga de la prueba sobre la repercusión del sobrecoste cuando se invoca como excepción (art. 78.3 II LDC); que esos sobrecostes traen causa del cártel, y que la culpabilidad de las personas cartelizadas se infiere de su propia participación en el cártel. Dicho esto, también ha de decirse que la presunción solo beneficia al comprador directo, y no en cambio a los compradores indirectos, porque sencillamente no lo necesitan. En efecto, para sostener su acción estos habrán de demostrar que se les repercutieron los sobrecostes por quien se relacionó directa o indirectamente con la persona infractora (*vide infra* [6.3.1]), lo que implica probar que esta los impuso a su comprador directo ya que solo se puede probar la repercusión de sobrecostes que previamente fueran impuestos o repercutidos aguas arriba (arg. ex art. 79.1 LDC). Desde otra perspectiva, es obvio que esta presunción no libera al perjudicado de acreditar la suma de los sobrecostes cuya reparación demanda (art. 76.1 LDC).

Por otro lado, la presunción del art. 76.3 de la LDC es una presunción relativa. Admite pues prueba en contrario, que necesariamente habrá de estar referida al caso enjuiciado, y no al mercado relevante en su conjunto, que habrá de ser congruentemente valorada por el Juez, al que no cabe aplicar la presunción sin ponderar los informes periciales de parte y otras pruebas que pongan de manifiesto la inexistencia de daños[51)]. Por tanto, el demandado que acredite que no llegó a poner en práctica y más precisamente que, por la razón que fuere, no llegó a trasladar los términos de la concertación objeto del cártel al precio de la operación o de todas o algunas de las operaciones de una serie de operaciones afectadas por la vulneración de las prohibiciones antitrust revierte, en cuanto concierne a ese solo infractor, el hecho que funda la presunción e impide que se tenga por cierto lo presumido respecto de él, sin necesidad de probar por tanto que los demás miembros del cártel no lo pusieron en práctica en forma de mayores precios y aún más aunque exista prueba de que otros partícipes del cartel lo aplicaron. Si media esta prueba, no puede afirmarse la existencia de sobrecostes y, por ello, no puede afirmarse la responsabilidad por sobrecostes a cargo del infractor; otra cosa no solo mudaría una presunción relativa en una presunción absoluta, de forma contraria a la solución legal y a una experiencia que claramente apunta a la incidencia de una amplia variedad de circunstancias sobre cada uno de los casos que impide estereotipar el tratamiento de todos ellos y extender inexorablemente el *plerumque accidit* a todos y cada uno de los supuestos considerados en particular. En suma, el carácter relativo de esta presunción obliga a aceptar como una hipótesis de trabajo plenamente válida y pertinente y a admitir, llegado el caso y valorada en su conjunto la prueba practicada, que no todos los operadores cartelizados (infractores) traducen el cártel en sobreprecio[52)].

No cabe salvar esta consecuencia o, lo que es lo mismo, no puede prescindirse del resultado de la prueba practicada que demuestra que en el caso concreto, aunque no sea cuestionable la efectiva existencia de un cártel y la práctica de sobreprecios por algunos de sus miembros, no hubo, como cuestión de hecho, un precio real superior al precio de referencia mediante presunciones judiciales alternativas elaboradas *ad hoc* ni recurriendo a supuestas máximas de experiencia[53)], incluso si toman como base los hallazgos de casos paralelos anteriores o de estudios sectoriales o globales, como los llamados meta-estudios de datos agregados tomados de cárteles históricos. Sencillamente, los hechos del caso concreto se imponen a lo que en principio pudiera parecer esperable a partir de presunciones, máximas de experiencia o simple y llanamente prejuicios e incluso a lo que pudiera haber ocurrido en otros casos similares o más aún paralelos. Por otra parte, tampoco pueden eludirse las resultas de la destrucción de la presunción recurriendo a la estimación judicial, puesto que esta es una herramienta reservada para la cuantificación cuya aplicación exige, por lo tanto, la previa acreditación de la realidad de los sobrecostes (art. 76.2 LDC). La prueba de que en el caso enjuiciado no hubo un alza en los precios, por tanto, cierra el paso a la fase de cuantificación y ha de llevar a la desestimación de la petición de indemnización.

2.3. Contención de las presunciones judiciales

En los demás casos (esto es, cuando se trata de determinar los sobrecostes derivados de infracciones que no tengan la consideración de cártel y las condiciones generales a las que está sujeta su condición de sobrecostes resarcibles), la carga de probar la realidad de los sobrecostes y de la relación causal con la infracción de defensa de la competencia considerada (y de la culpa o negligencia) pesa, como queda dicho, sobre el perjudicado que reclama.

Al respecto es significativo que la consideración de que "(l)*as infracciones del Derecho de la competencia* (que se refieren) *a las condiciones y al precio a que se venden los bienes o servicios… provocan un sobrecoste y otros perjuicios a los clientes de los infractores*" (Aptdo. (43) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE) no se haya traducido en una presunción legal de carácter general (y no solo para los cárteles). Por ello mismo no parece que en este contexto tengan cabida las presunciones judiciales basadas precisamente en esas consideraciones, y desde luego no si se formulan por principio, en todo caso y al margen de las concretas circunstancias del supuesto enjuiciado. En efecto, la distribución de la carga de la prueba en esta materia se rige por reglas especiales, que no pueden desatenderse para aplicar otras de carácter general (art. 217.6 LEC), sin perjuicio de tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que, en atención a las circunstancias del caso, tenga cada una de las partes (art. 217.7 LEC), siempre que ello sea conforme –y no se acierta a ver por qué no debería serlo– con el mandato que encierra el principio de efectividad (art. 4 de la Directiva 2014/104/UE). De otro lado, la limitación de la presunción de que las infracciones de defensa de la competencia causan daños a las infracciones calificadas como cártel y, abundando en ello, el carácter solo relativo de la presunción (art. 76.3 LDC) indican a las claras que el legislador no ha advertido que, fuera de los cárteles, exista un enlace lógico-fáctico preciso y directo que permita a asumir por principio que las prácticas colusorias o abusivas de posición de dominio son por sí y en todo caso eventos adecuados para generar sobrecostes indemnizables.

Esto se traduce, como he apuntado, en la imposibilidad de presumir judicialmente que, salvo que se trate de un cártel, todo acto infractor de Derecho de defensa de la competencia causa inexorablemente, por su propia naturaleza, un alza en los precios reales sobre los precios de referencia que debe ser también inexorablemente compensado. Y más en particular se traduce en que deba rechazarse la tesis de que las infracciones de defensa de la competencia producen un daño indemnizable *ex re ipsa*. Al hilo de esto último, no estará de más recordar que nuestro ordenamiento carece de regla sustantiva que afirme que la infracción de una prohibición de defensa de la competencia o una norma de conducta similar, por la naturaleza de las cosas y con independencia de los factores del caso, irrogue a los afectados por ella un daño real y efectivo, un daño que deba tenerse por cierto sin necesidad de que se aleguen y prueben hechos de los que así resulte. Aún más, en el ámbito de la responsabilidad por daños derivados de ilícitos contrarios al Derecho de la competencia no existe una ligazón normativa entre ilícito y daño. Si algún papel pudiera tener la llamada doctrina de los daños *ex re ipsa* ese es, como en otros ámbitos, el de ser uno de los varios criterios para valorar la prueba practicada en el proceso sobre la realidad de los daños cuya indemnización se pide, con arreglo al cual el juzgador podría tener por probada la efectividad de los sobrecostes si el demandante alega en forma su existencia y aporta una prueba congruente pero incompleta donde los concretos hechos probados (por razones tales como el objeto, la duración o los mecanismos de cumplimiento y ejecución de la infracción antitrust) hablen por sí mismos, esto es, donde los hechos acreditados revelen la presencia de situaciones y circunstancias de las que, en el caso enjuiciado, se puede deducir, con la guía de la opinión experta traída al proceso, que se han practicado mayores precios por causa del ilícito de defensa de la competencia. Como se ve, la llamada doctrina del daño *ex re ipsa* no libera al demandante de la carga de la alegación y prueba del daño; y, allí donde se trate de hacerla valer como criterio para establecer lo que el juzgador tiene por probado, no se puede aplicar de forma abstracta (por el solo hecho de que el ilícito que se alega causante del daño es una vulneración de las prohibiciones de defensa de la competencia), sino solo si se ha dado cuenta del padecimiento de unos daños concretos y se ha probado la presencia de condiciones que, a la vista de su incidencia natural en la formación de relaciones económicas, revelan o anticipan la práctica de sobrecostes. Y así se ha cuidado de advertirlo el Tribunal Supremo en asuntos de responsabilidad civil extracontractual de otra clase precisamente para evitar el entendimiento torcido de esta doctrina tan infundadamente extendido en la práctica[54)]. Como se ve, la doctrina del daño *ex re ipsa*, rectamente entendida, está lejos de ser el recurso, más bien retórico y casi siempre desconectado del análisis de los hechos del caso, al que tantas veces se ha acudido en la práctica, los demandantes para ahorrarse alegar y probar los presupuestos fácticos de la pretensión indemnizatoria, y los tribunales para superar la falta de esfuerzo alegatorio y probatorio de la realidad del daño cuyo resarcimiento se pide.

3. DETERMINACIÓN DE LOS SOBRECOSTES REPERCUTIDOS QUE FUNDAN UNA ACCIÓN DE DAÑOS (ESPADA)

Desde el punto de vista de la persona que soportó los sobrecostes porque fueron incorporados al precio de la transacción de la que es contraparte un comprador directo o un comprador indirecto ubicado en el eslabón anterior de la cadena de valor, los sobrecostes repercutidos (y soportados, en el sentido de que no los repercutió nuevamente aguas abajo) son daño emergente del que en su caso debe responder la persona infractora (art. 79.1 LDC). Esto es, la repercusión de los sobrecostes genera un daño emergente a terceros (el comprador indirecto o los sucesivos compradores indirectos) que no se relacionan con el infractor, a favor de los cuales también se reconoce el derecho al pleno resarcimiento y respecto de los cuales también se obliga a responder al infractor. En estos casos, la repercusión es, por ministerio de la ley, enlace causal bastante y nexo de imputación adecuado para que nazca el derecho de compensación de los sobrecostes frente al infractor, a pesar de que este y el perjudicado no hayan contratado entre sí. De este modo, el comprador indirecto reclamante queda liberado de establecer la relación causal de la repercusión con la infracción y el nexo de imputación del sobrecoste que soporta por vía de repercusión. Pero no sucede lo mismo respecto de la relación de causalidad entre la infracción y el sobreprecio en la primera operación, en la efectuada entre infractor y comprador directo que después repercute a otros los sobrecostes de la compra directa. Y, al respecto, conviene apresurarse a recordar la vigencia plena del principio resarcitorio también en este contexto ante el riesgo de que, en los casos en los que la traslación de sobrecostes sea parcial y especialmente si además se produce a lo largo de la cadena de suministro, la indemnización exceda del importe de los sobrecostes inicialmente ocasionados al comprador directo, y la reafirmación de la prohibición de la sobrecompensación de forma expresa para este escenario (arts. 3.3 y 12.2 de la Directiva de daños).

3.1. Regla general

El régimen de distribución de la carga de la prueba sobre la existencia de sobrecostes repercutidos que funden una demanda de daños interpuesta por un comprador indirecto (espada) es confuso. A primera vista, parecería que el tratamiento de esta cuestión no plantea dudas: "*la carga de la prueba de la existencia y cuantía de tal repercusión recaerá sobre la parte demandante*" (art. 79.1 LDC y art. 14.1 de la Directiva 2014/104/UE). De ahí se seguiría que compete al perjudicado demandante acreditar que, como base de su pretensión, ha soportado realmente los sobrecostes cuya indemnización reclama y en particular que los ha soportado como consecuencia de la repercusión total o parcial de los sobrecostes antes padecidos y después trasladados por quien le suministra los bienes o presta los servicios afectados por la infracción de defensa de la competencia y en su caso por quien o quienes anteceden a este último en los distintos eslabones de la cadena de suministro que finaliza con la transacción que ocasiona el daño cuyo resarcimiento pretende. Pero no puede pasarse por alto que en realidad el objeto de la norma que recoge la proposición transcrita no es distribuir la carga de la prueba, sino reconocer al comprador indirecto que reclama la reparación de este daño el derecho a acceder a la prueba que obre en poder del demandado o de otros cuando le corresponda la carga de probar que ha padecido la repercusión de sobrecostes, que sin embargo no ha de corresponderle necesariamente. Este particular se aprecia de forma clara en la Directiva que establece las medidas de facilitación de la obtención de esa prueba para cuando, en el caso enjuiciado y considerada la práctica comercial entre otros extremos, la carga de la prueba corresponda al perjudicado demandante: "(l)*os Estados miembros velarán por que, cuando en una acción por daños la existencia de una reclamación de daños y perjuicios o el importe de la indemnización que debe concederse dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten en puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de demostrar la existencia y la cuantía de tal repercusión recaiga en el demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandado o de terceros*" (art. 14.1 de la Directiva 2014/104/UE). En cambio, para este mismo caso y también en atención a esa misma práctica comercial de repercutir aguas abajo el alza de los precios, el art. 79.1 de la LDC no se limita a prever que, en la eventualidad de que la carga de la prueba corresponda al comprador intermedio que pide la reparación de los sobrecostes que le fueron repercutidos, este está legitimado a solicitar la exhibición de pruebas que están en manos del demandado o de un tercero, sino que primeramente prevé, con carácter general, que la carga de la prueba "*recaerá*" sobre el perjudicado demandante y seguidamente, con ese mismo carácter, reconoce su legitimación para pedir medidas de facilitación de la prueba.

A mi juicio, la solución del art. 79.1 de la LDC es más consistente y además no solo es conforme con la Directiva sino que es la implícitamente acogida por ella. En efecto, la necesidad de probar los sobrecostes impuestos al comprador directo como presupuesto de la acción de resarcimiento promovida por el comprador indirecto, sin excepciones ni condiciones, y la habitualidad y razonabilidad de la repercusión (esto es, la práctica de tener presente la entera estructura de costes en el cálculo de los precios) son, bien miradas las cosas, los factores que justifican la presunción de repercusión de los sobrecostes al comprador indirecto que establecen a renglón seguido tanto el art. 79.2 de la LDC como el art. 14.2 de la Directiva. El juego de esta presunción depende de la prueba del demandante sobre el hecho que constituye su base: "*siempre que la existencia de una reclamación de daños y perjuicios o el importe de la indemnización que se haya de abonar dependan de si, o en qué medida, un sobrecoste pagado por el comprador directo del infractor ha sido repercutido a un comprador indirecto, se considere probada esta repercusión al comprador indirecto del sobrecoste pagado por el comprador directo, si puede demostrar,* prima facie*, que aquella repercusión tuvo lugar*" (Aptdo. (41) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). No es dudoso, por tanto, que aquel que "*puede demostrar… que* (la) *repercusión tuvo lugar*" al que se refiere este pasaje es el comprador indirecto que reclama la reparación de los sobrecostes que se le repercutieron, como verbalizan el art. 14.2 b) de la Directiva de daños y el art. 79.2 b) de la LDC.

La prueba que se impone al demandante en este caso también se extiende al conjunto de los elementos que componen la estructura de la responsabilidad derivada de los sobrecostes; a saber: existencia del sobrecoste efectivamente soportado, que en esta ocasión es el repercutido por el comprador directo y en su caso por otro u otros compradores indirectos anteriores que lo deslizan siempre aguas abajo, pero no de la ausencia de repercusión por el reclamante de la indemnización a sus propios compradores, puesto que esta circunstancia solo es relevante si se opone la correspondiente excepción por el infractor demandado y en tal caso a él corresponde la prueba de este hecho; existencia de la oportuna relación causal entre el ilícito de defensa de la competencia y los sobrecostes repercutidos; y en fin existencia de culpa o negligencia en la imposición de los sobrecostes repercutidos.

3.2. Presunción legal

La asignación de la prueba de la repercusión de los sobrecostes al comprador indirecto que demanda su resarcimiento queda compensada por el establecimiento de una presunción relativa y el reconocimiento de medidas de acceso a las pruebas en poder del demandado y de otros.

En particular, se presume legalmente que el comprador indirecto que reclama su reparación ha soportado la repercusión de los sobrecostes que sirven de base fáctica a su demanda de daños ("*se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste*") si demuestra los siguientes extremos: que el demandado cometió una infracción de defensa de la competencia, que existe una relación causal relevante entre infracción y el sobrecoste observado en la transacción hecha entre el infractor y el comprador directo, y que el demandante adquirió los bienes o derechos objeto de esta transacción, derivados de ellos o que los contengan (art. 79.2 I LDC). De estos hechos se deduce la repercusión de los sobrecostes y se libera *de facto* al comprador indirecto que funda en ella el daño cuya indemnización interesa de probar de forma directa la repercusión que dice soportar, pero no su cuantía (*vide infra* [7]).

Esta presunción tiene carácter relativo. Así, el infractor demandado superará la presunción demostrando, bien que la prueba aportada por el comprador indirecto no acredita la certeza de los hechos base de la presunción, bien que no se produjo el hecho deducido, la repercusión de sobrecostes.

3.3. Medidas de facilitación de obtención de la prueba

Para obtener la prueba de los hechos que sirven de base a la presunción, la persona perjudicada que demande tiene reconocida la facultad, en principio incondicionada, de obtener la exhibición de los medios de prueba que al respecto se encuentren en poder del demandado o de terceros (art. 79.1*in fine* LDC).

Por su parte, el infractor demandado, ahora para destruir la presunción, podrá valerse de las medidas de facilitación de la prueba que tiene reconocidas (exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros) si invoca como excepción la repercusión de los sobrecostes reclamados o de parte de ellos hecha por el demandante (art. 78.3 II LDC y art. 13 de la Directiva 2014/104/UE). Esta exhibición documental se ha de tramitar según las normas especiales sobre acceso a las fuentes de prueba en materia de responsabilidad por infracciones de defensa de la competencia (arts. 283 bis a) a 283 bis k) LEC) y, en lo que no contemplen, según las reglas procesales comunes sobre exhibición de documentos en poder de la contraparte (arts. 328.1 y 2, 330 y 331 LEC). En cambio, es dudoso que sean de aplicación los presupuestos a los que de forma general se somete la exhibición de documentos en poder de terceros (art. 329 LEC), vistos los términos incondicionados con que se reconoce al infractor que se vale de esta excepción la posibilidad de acceder a los documentos de terceros y, en particular, el empleo de la expresión "*el demandado.. podrá exigir*" en este contexto (art. 13*in fine* de la Directiva 2014/104/UE); no parece en este sentido que el infractor demandado no pueda escoger la exhibición documental para apoyar su excepción como alternativa, dejada a su estrategia de defensa, a las diligencias de acceso a los medios de prueba. La consideración de estos aspectos procesales, como dije, no es el objeto de este trabajo y es materia ampliamente tratada en nuestra literatura[55)].

4. DETERMINACIÓN DE LOS SOBRECOSTES REPERCUTIDOS QUE FUNDAN UNA EXCEPCIÓN MATERIAL (ESCUDO)

Los sobrecostes repercutidos a otros por quien reclama la compensación de los que ha soportado no pueden formar parte de su pretensión indemnizatoria (art. 78.1 I LDC). En la doctrina del BGH alemán preDirectiva, este efecto se ha encuadrado entre los casos de aplicación de la *Vorteilsausgleichung*[56)], entre los que se incluyen los de evitación de pérdidas[57)]. Entre nosotros, esa regla se corresponde con la *compensatio lucri cum damno* o computación de beneficios[58)].

A mi juicio, aunque se diera por bueno que, en términos generales, entre los sobrecostes soportados y los repercutidos existe la unidad causal y conexión interna exigidas para la aplicación de esta doctrina (cfr. VI.-6:103 (1) DCFR]), no parece que la repercusión procure a la persona perjudicada una ventaja o beneficio, sino más bien que le permite reducir o mitigar el alcance del daño efectivamente ocasionado por el ilícito antitrust. Esta aproximación es congruente con el tratamiento que, a estos efectos, la Directiva dedica a la repercusión de los sobrecostes, que lejos de tratarla como fuente de lucro emergente, la trata como fuente de lucro cesante (Aptdo. (40) del preámbulo y art. 12.5 de la Directiva 2014/104/UE) y más claramente como medida de eliminación del perjuicio (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). En efecto, si la elasticidad de la demanda lo permite o en la medida en que lo permita, la repercusión del sobrecoste aguas abajo suprime o reduce la pérdida del valor del patrimonio que padece la persona perjudicada y, de conformidad con la teoría de la diferencia, suprime o limita tanto el presupuesto objetivo de la responsabilidad civil como, por esto mismo y sobre todo, el interés legítimo del que en una primera instancia fue perjudicado a la reparación del daño inicial y la función resarcitoria que tiene en este ámbito la responsabilidad civil indemnizatoria[59)], sencillamente porque "(c)*uando una parte perjudicada haya reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, la pérdida repercutida ya no constituye un perjuicio por el que la parte que lo repercutió deba ser resarcida*" (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE).

Este planteamiento y su evidente conexión con la función resarcitoria de la responsabilidad civil en este ámbito debieran impedir que, en el escenario postDirectiva, pueda excluirse la excepción de repercusión en los casos en que resulte convenientemente probada por el hecho de que el número de los afectados por la repercusión (compradores mediatos) sea más o menos elevado, la cuantía repercutida a cada uno de ellos sea pequeña y las probabilidades de que ejerciten

acciones sean presumible o efectivamente pocas[60]. En efecto, la incorporación de la suma de los sobrecostes repercutidos en ese grupo de casos no operaría como resarcimiento de una lesión patrimonial ni, como queda apuntado, satisfaría ningún interés legítimo del perjudicado. Antes bien, operaría como una pena civil, pues su imposición solo podría justificarse por objetivos relacionados con la efectividad de la lucha contra las prácticas restrictivas y abusivas de posición de dominio y con la disuasión individual, pero a ninguna de estas funciones asocia la Directiva, como he dicho, la adición de un *quantum* a la suma indemnizatoria (*vide supra* [3.1]). Aún más, difícilmente podría ser conforme con el tratamiento dado en la Directiva a la repercusión de los sobrecostes, que impone a los Estados miembros la garantía de que el infractor pueda valerse de ella como excepción sin condicionamiento particularmente referido a la probabilidad de que los compradores indirectos demanden, y sin exigencia general que permita excluir o moderar el alcance de la defensa de *passing-on* (art. 13 de la Directiva 2014/104/UE).

4.1. Regla general

En los casos en que el infractor demandado hace valer como excepción (escudo) la repercusión de los sobrecostes efectuada por el perjudicado-demandante, tanto si se trata de un comprador directo como de un comprador indirecto, la carga de la prueba corresponde a aquel, al infractor que se opone a la determinación de los sobrecostes indemnizables interesada en la demanda porque no se han deducido los que el perjudicado demandante repercutió a sus compradores. Como ya se ha dicho respecto de la determinación de los sobrecostes, los efectos de la imposición de la carga de la prueba se dejan sentir en los casos en que no se aporten medios de prueba que sustenten la excepción o en que los que se hayan aportado sea insuficiente para tener como cierta la repercusión de los sobrecostes atendido el conjunto de la prueba practicada y la conducta procesal de las partes, y se dejan sentir en particular en forma de desestimación de la excepción (art. 217.1 LEC).

Esta opción, desde nuestra perspectiva, es a primera vista coherente con el tratamiento de la prueba de las excepciones sustantivas (art. 217.3 LEC)[61]. Pero a mi modo de ver está lejos de ser una solución necesaria. Así se advierte si la previsión general de que al demandante compete "*probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda… el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda*" (art. 217.1 LEC) se pone en relación tanto con el reconocimiento de que en estos casos cabe esperar que la persona perjudicada traslade los sobrecostes al precio de sus productos o servicios [Aptdo. (41) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE], como con el principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que en este caso se sitúa en el lado de la persona perjudicada, del modo en que se admite implícitamente al reconocer al infractor la posibilidad de valerse de "*pruebas distintas de las que están en su poder, como pruebas ya obtenidas en el procedimiento o pruebas en poder de otras partes o de terceros*" a fin de sustanciar la defensa de repercusión de los sobrecostes [Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE]. Estas circunstancias sugerirían que el demandante no solo debiera aportar la prueba de los sobrecostes incorporados al precio que satisfizo al infractor, sino al menos también indicios de que no los repercutió porque los hechos que fundan en este caso la pretensión indemnizatoria consisten en que los sobrecostes reclamados fueron "efectivamente" soportados.

Sea como fuere, la imposición de la carga de la prueba de la repercusión de los sobrecostes que el infractor demandado utiliza como escudo es cuestión cerrada (art. 78.3 II LDC), con el resultado sabido (art. 271.1 LEC)[62].En particular, la prueba que debe aportar el infractor demandado en este caso versa, en primer lugar, sobre la realidad de la trasferencia del sobreprecio a los precios del demandante, que se proyecta tanto sobre el alza de los precios practicados aguas abajo y sobre la circunstancia de que el alza es respuesta a los sobrecostes que se impusieron aguas arriba. Y versa, en segundo lugar, sobre la proporción de la repercusión, la parte en que el demandante transfirió el sobreprecio inicialmente soportado a sus operaciones de suministro de los productos o servicios afectados; esto último no es dudoso, puesto que "*el infractor, cuando argumente la defensa basada en la repercusión de costes,* deb(e) *acreditar la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste*" (Aptdo. (39) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE, art. 13 de la Directiva y art. 78.3 II LDC).

En relación con este último extremo, el Juez tiene reconocida la facultad de "*calcular con arreglo a derecho la parte del sobrecoste repercutido*" (art. 78.2 LDC, Aptdos. (41) y (42) del preámbulo y art. 12.5 de la Directiva 2014/104/UE). Esta previsión incorpora la concreción de la parte o proporción de los sobrecostes que fueron efectivamente repercutidos a las cuestiones relevantes para establecer el contenido económico de la obligación de indemnizar los sobrecostes. Eso sí, la facultad de calcular la parte del sobrecoste repercutido es cosa distinta de la estimación del importe de la suma indemnizatoria (*vide infra* [7.3]), de ella se separa por el objeto (cuota repercutida vs. importe de la suma indemnizatoria, pero no por la naturaleza de labor,. En efecto, calcular es en este contexto tanto como estimar, del modo en que revelan las expresiones usadas para referirse a esta actuación en las versiones inglesa, alemana, francesa o italiana de la Directiva de daños ("*estimate*", "*schätzen*", "*estimer*" o "*stimare*"). Así las cosas, la labor de calcular la cuota de los sobrecostes repercutidos se sitúa en el ámbito de la fijación de la realidad (procesal) de las cosas y, sujeta como está a las normas procesales nacionales, solo presta al Juez el margen de apreciación que, en nuestro caso, brinda la sana crítica. También en este caso, la base de la determinación de la parte de sobrecostes repercutidos (y, por contraposición, la parte de los efectivamente soportados por quien repercute) son los hechos probados en el caso, y no lo que hubieran podido acreditarse en otros casos, incluso paralelos, ni en estudios relativos al sector concernido o a otros, que no obstante podrán ser tenidos en cuenta para afinar la fijación de la parte en que como poco se produjo la repercusión.

Adviértase, por otro lado, que entre nosotros se ha entendido que la excepción de *passing-on* solo es viable si la traslación de los sobrecostes al eslabón que sigue en la cadena producción-comercialización enjuga el daño padecido por la persona perjudicada que reclama su compensación[63]. Este planteamiento implica que la prueba requerida al infractor para que los sobrecostes repercutidos no se incluyan entre los sobrecostes indemnizables no consiste en demostrar solo que el perjudicado elevó los precios de los productos o servicios afectados por la infracción antitrust en las operaciones subsiguientes a la compra directa, precisamente como respuesta a los sobrecostes, sino también que esa elevación de precios aguas abajo, puesta en relación con el volumen de operaciones realizadas, enjugó el total o una parte del sobreprecio que el perjudicado demandante pagó al infractor demandado, de modo que en el primer caso la repercusión elimina el daño emergente por entero y en el segundo, solo en la parte en que corresponda. Para apreciar en todo o en parte la existencia de repercusión no cabe exigir en cambio que esta estrategia comercial no haya resultado en un menor beneficio por comparación con el que, según la situación del mercado, hubiera sido esperable en ausencia de sobrecostes en la compra directa, ya que ese menor beneficio no es daño emergente sino lucro cesante (Aptdo. (40) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE y Pfo. (15) de las Directrices).

4.2. Inexistencia de presunción legal y contención de las presunciones judiciales

No existe ninguna otra medida especial de facilitación de la prueba de la repercusión de sobrecostes por la persona perjudicada demandante. En este escenario vale, porque las cosas son lo que son, la consideración de que "*puede ser una práctica comercial repercutir los incrementos de los precios en una fase posterior a la cadena de suministro*" (Aptdo. (41) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). Sin embargo, esta consideración no se concreta en una presunción legal que aligere el esfuerzo probatorio requerido al infractor demandado para valerse con éxito de la defensa de repercusión, al contrario de lo que sucede si la acción de daños por sobrecostes es promovida por un comprador indirecto, que por definición solo soporta sobrecostes repercutidos (art. 14.2 de la Directiva 2014/104/UE y art. 79.2 de la LDC). Y no solo esto. El que la repercusión de los mayores costes que se afronten sobre el nivel de los precios de la propia oferta, al menos cuando se trate de costes variables, sea reconocidamente una práctica común no es base suficiente para presumir judicialmente la repercusión. Eso sí, la solución legal no ha de impedir tomar en cuenta esta circunstancia, si en las concretas condiciones del caso la repercusión es una medida posible, razonable y prudente, para la valoración conjunta de la prueba practicada (art. 217.7 LEC) y en particular del sentido que debe atribuirse a una eventual falta de colaboración del perjudicado demandante en la exhibición y facilitación de documentos relevantes que debieran estar en su poder.

4.3. Medidas de facilitación de obtención de la prueba

Las dificultades que por principio plantea al infractor demandado la falta de posesión de los medios de prueba acreditativos de la repercusión que afirma haber sido hecha por el demandante quedan balanceadas por el reconocimiento legal de ciertas medidas de facilitación de la prueba, de las que ya he tratado (*vide supra* [6.3.3]).

VII. CUANTIFICACIÓN DE LOS SOBRECOSTES INDEMNIZABLES

1. OPERACIONES DE CUANTIFICACIÓN

La cuantificación de los sobrecostes indemnizables o establecimiento de la suma cuyo pago es debido por el deudor de la prestación indemnizatoria (suma indemnizatoria) es, como queda dicho, tarea distinta y sistemáticamente posterior a la determinación de los sobrecostes indemnizables (Aptdo. (45) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). En particular, la comprobación de que, en el caso enjuiciado, hubo en efecto sobrecostes indemnizables proporciona un presupuesto lógico y normativo de la relación de responsabilidad o, si se prefiere, del derecho de la persona perjudicada a ser indemnizada plenamente y de la correspondiente obligación del infractor (*vide supra* [6.1]). Pero no es suficiente para establecer la suma indemnizatoria. Para ello es preciso efectuar una operación distinta, que bien miradas las cosas no solo revela la cuantía del daño representado por los sobrecostes sino que además establece por sí la realidad de este daño, salvo en el caso de que se acuda a la estimación judicial allí donde proceda.

Sentado lo anterior, la Directiva no dispone una regulación sistemática de la cuantificación del perjuicio, de las operaciones que integra y de la relación que pueda

haber entre ellas. Esta materia se regirá en consecuencia por las normas generales o especiales de la legislación nacional aplicable. El Derecho de la Unión solo requiere al respecto, por una parte, que la interpretación y aplicación de esas normas observe el principio de efectividad (Aptdo. (46) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE) y, por otra parte, que la Comisión, para facilitar esta tarea a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, proporcione las orientaciones e indicaciones técnicas pertinentes por medio de las oportunas directrices (art. 16 de la Directiva 2014/104/UE), que carecen de carácter vinculante [Pfo. (2) de las Directrices].

La cuantificación de los sobrecostes indemnizables consiste en establecer el menor valor del patrimonio del perjudicado ocasionado por los sobrecostes efectivamente soportados. En particular, consta, según he dejado apuntado, de distintas operaciones que son al mismo tiempo parte del proceso lógico seguido para resolver el importe al que ha de ascender la suma indemnizatoria y labor probatoria de las partes para acreditar sus respectivas posiciones sobre el valor de esa suma. Como primer paso, la cuantificación consiste en la fijación de la cuantía total de los sobrecostes soportados por la persona perjudicada que pide su compensación, procedan, bien del sobreprecio practicado en la operación o serie de operaciones de compra directa contempladas, bien del sobreprecio o parte de él trasladado al precio de la operación de compra indirecta o serie de operaciones de esta clase entre comprador directo e indirecto o en su caso entre comprador indirecto (intermedio) y ulterior comprador indirecto. Aunque se halla en el umbral de la cuantificación, la determinación de si se trasladaron la totalidad o solo una parte de los sobrecostes en principio soportados por el comprador directo, así como de los repercutidos en los sucesivos niveles del cauce que une la venta directa a las indirectas que la siguen, pertenece en rigor a la etapa de determinación de los sobrecostes indemnizables, por lo que para establecer dicha parte el juez está facultado para "*calcular con arreglo a Derecho*" (art. 78.2 LDC), pero no para estimar (*vide supra* [6.4.1] e *infra* [7.3]). En cambio, la asignación de un valor a esa parte pertenece a la fase de cuantificación, que debe efectuarse según sus reglas especiales (art. 79 LDC); en particular, la asignación de ese valor, donde proceda, es el segundo paso del proceso de cuantificación. Y el tercer paso consiste en deducir del importe de los sobrecostes indemnizables soportados, en su caso por obra de repercusión hecha por el proveedor del producto o servicio afectado por el ilícito antitrust, el de los sobrecostes o parte de los sobrecostes que el reclamante haya repercutido en operaciones con "sus" propios compradores.

Es un lugar común destacar la complejidad fáctica y técnica de la cuantificación de los daños derivados de los ilícitos antitrust (Aptdo. (45) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE)[64] y, en particular, de los sobrecostes (soportados y repercutidos), e incluso aludir a una supuesta imposibilidad de establecer con suficiente precisión y fiabilidad la cifra a la que ascienden los sobrecostes indemnizables (Pfos. (16) y (17) de la Guía Práctica). En este sentido se subraya que la situación patrimonial de referencia, en la que la indemnización debiera reponer a la persona perjudicada, solo puede establecerse en atención a los distintos factores y circunstancias que influyen en la formación de los precios en los mercados y tiempo considerados y que todos ellos, junto con las difícilmente medibles interacciones de los operadores de mercado, deben ser analizados y valorados para asignar un valor correcto a los sobrecostes (Pfos. (18) y (19) de la Guía Práctica).

A las dificultades con las que se encuentra la realización de esas operaciones no se ha dado respuesta con una inversión de la carga de la prueba, que pesa sobre el demandante (arts. 76.1 y 79.1 LDC), sino mediante la implantación de cuatro medidas, cuya aplicación también es sucesiva, a saber: la disposición de diligencias de acceso a las fuentes de prueba (arts. 283 bis *a)* a 283 bis *k)* LEC)[65], la previsión de la exhibición documental (art. 79.1 LDC), la posibilidad de que la CNMC, a petición del tribunal que conozca del asunto, ofrezca su punto de vista sobre los criterios de cuantificación aplicables al caso cuando se trata de la infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC (art. 76.4 LDC), la elaboración y publicación por la Comisión de la Guía Práctica y las Directrices para la cuantificación (art. 16 de la Directiva 2014/104/UE), a las que parece que se ha de sumar una guía española[66], y sobre todo el reconocimiento de la facultad del juez de estimar el importe de la indemnización que procede establecer en cada caso cuando resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil la cuantificación precisa (Aptdos. (44) y (46) del preámbulo y art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE, art. 76.2 LDC).

2. PRUEBA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE LA CUANTÍA DE LOS SOBRECOSTES INDEMNIZABLES

Las cuestiones relacionadas con la prueba del importe de la suma indemnizatoria correspondiente a los sobrecostes, incluida su valoración, han quedado confiadas, *prima facie*, a la legislación nacional (Pfo. (2) de la Guía Práctica).

En particular, la Directiva deja en manos de los Estados miembros, primeramente, el reconocimiento de los medios de prueba de que podrán valerse las partes para la cuantificación de los sobrecostes, que en nuestro caso son todos los admitidos en Derecho (art. 299 LEC) aunque no puede ignorarse la relevancia que por la naturaleza de las cosas poseen en este ámbito los dictámenes de peritos y las declaraciones de testigos-peritos (siempre como medio que proporciona al Juez los elementos para entender mejor la realidad de los hechos en disputa); seguidamente, la determinación del valor que deba reconocerse a esos medios de prueba, y, finalmente, la indicación de las pautas de apreciación del resultado de la prueba practicada, que en nuestro caso vienen dadas por las llamadas "*reglas de la sana crítica*" (arts. 295.2, 316.2, 326.2 II, 334, 348, 350.4, 376, 382.3 y 384.3 LEC). Respecto de esta última cuestión, con todo, si bien es cierto que la Directiva de daños no exige explícitamente que se alteren, y en particular no exige que se relajen, los criterios que en el Derecho nacional rigen la valoración de la prueba y más en particular que se modifique a la baja el grado de convicción que permite al Juez concluir que un hecho, como es la cuantía del daño indemnizable, ha quedado probado (Pfo. (13) de la Comunicación sobre cuantificación), no lo es menos que esta es materia en la que puede tener alguna relevancia el principio de efectividad, que ha de limitar las posibilidades de éxito de las estrategias probatorias defensivas meramente formales, y el principio de equivalencia, si hubiere razón para acudir a este último, que no la hay en el caso español (*vide supra* [3.2] y [3.3]).

La incidencia de la Directiva en el régimen legal de la cuantificación de los sobrecostes indemnizables solo se deja ver en el establecimiento de las medidas procesales que en ella se diseñaron para que las partes accedan a las fuentes de prueba, así como en el reconocimiento, a favor de la parte sobre la que pesa la carga de probar la facultad de exigir la exhibición de las pruebas que obren en poder de la parte contraria o de un tercero, y lo ha hecho sin distinguir entre operaciones de determinación y de cuantificación de los sobrecostes, por lo que vale lo dicho al tratar esta cuestión respecto de la determinación de los sobrecostes (*vide supra* [6.2] a [6.4]). A ello ha añadido la Directiva, con el concurso del legislador español, la asignación de la carga de probar la cuantía de los sobrecostes indemnizables reclamados, que se impone al perjudicado demandante, tanto en relaciones directas con el infractor como en las indirectas (arts. 13 y 14.1 de la Directiva 2014/104/UE y arts. 76.1 y 79.1 LDC), sin perjuicio de que al infractor demandado que invoca la excepción de *passing-on* corresponde probar la cuantía de los sobrecostes repercutidos. En cambio, entre las medidas tendentes a la superación de las dificultades de la cuantificación no se cuenta el establecimiento de ninguna presunción; en efecto, las presunciones previstas en la Directiva y acogidas en la legislación interna (arts. 76.2 y art. 79.2 LDC) no versan sobre el importe de los daños y en particular de los sobrecostes indemnizables, sino sobre su determinación, esto es, sobre su realidad y demás condiciones de las que depende que sean indemnizables (Aptdos. (45) y (47) de la Directiva 2014/104/UE).

En un plano técnico, por otra parte, la Guía Práctica y las Directrices proporcionan a Jueces y Tribunales, auxilio en la labor de cuantificación, indicaciones de carácter orientativo e informativo sobre los métodos y técnicas que pueden usarse a estos efectos. No son, conviene subrayarlo, textos normativos que tasen los medios de prueba, les asignen un valor u otro, indiquen qué método o técnica se debe emplear según el objeto de la prueba o el sujeto al que corresponde, o determinen una u otra distribución de la carga de la prueba entre las partes (Pfos. (11) a (13) de la Comunicación sobre cuantificación). Son, en cambio, textos técnicos, cuya consideración se ha de ajustar al "*enfoque adecuado para realizar la cuantificación* (que) *debe determinarse con arreglo a las normas de derecho aplicables*" (Pfo. (124) de la Guía Práctica). En relación con este planteamiento se hace preciso recordar ahora que, como modalidad de daño emergente y con la vista puesta en su cuantificación, los sobrecostes son, en nuestro sistema de responsabilidad civil, daños subjetivos y reales-concretos (*vide supra* [5.3]). De ahí que para su cuantificación, como antes para su determinación, deban preferirse, al menos con carácter general, los métodos de carácter comparativo directo, basados en datos reales, en los que se "*comprar*(a) *la situación real durante el periodo en el que produjo efectos la infracción con la situación en el mismo mercado antes de que la infracción produjera efectos o después de que hubieran cesado*" (Pfo. (38) de la Guía Práctica). Y de ahí que, entre ellos, deban preferirse los que se refieren a los sujetos concernidos, a las prácticas ilícitas del caso, a los períodos de tiempo en que se aplicaron y a los mercados de producto y territorio relevantes, y no los que al cabo proporcionan modelos económicos o estadísticas sectoriales agregadas. Solo parecería justificado acudir a los llamados meta estudios para completar, confirmar, reforzar o explicar los hallazgos que ofrecen los informes confeccionados con arreglo a métodos comparativos o, por exigencias del principio de efectividad, para encontrar una alternativa donde no haya disponibilidad de los datos requeridos para aplicar con fiabilidad los métodos comparativos o donde su puesta en práctica exija afrontar gastos desproporcionados (Pfo. (124) de la Guía Práctica).

La literatura sobre los métodos de cuantificación considerados en la Guía Práctica y las Directrices es amplia, completa y ofrece una descripción razonablemente detallada de los datos que maneja, de sus planteamientos metodológicos, de su proceso de elaboración y de los resultados que arroja, por lo que a ella me remito[67]. No obstante, para su consideración en la etapa de cuantificación de los sobrecostes indemnizables ha de tenerse presente, por una parte, que la prueba decisiva de su importe debe versar precisamente sobre el caso enjuiciado, en el sentido de que ha de elaborarse tomando en consideración sus factores y circunstancias relevantes; de otro modo, solo la casualidad podría preservar la vigencia del principio de resarcimiento. Sentado esto, no puede por otra parte dejar de recordarse que en este ámbito ha de aplicarse, del modo en que se ha hecho en otros sectores en los que pueden emplearse diversos métodos para cuantificar daños, la doctrina que rechaza que la sola crítica metodológica a las elecciones y planteamientos hechos para confeccionar la prueba aportada por la parte demandante para apoyar la cuantificación que propone pueda refutar eficazmente la totalidad de los elementos de juicio que de ella resulten. Para que la crítica metodológica sea aceptable como medio de refutación de la prueba del contrario es preciso que además ofrezca una cuantificación alternativa sólida[68]. En efecto, sin una suma indemnizatoria alternativa (que, lógicamente, puede ser de 0 euros, si el demandado así lo considera y acredita), la crítica como única

refutación de la prueba de su importe, bien puede justificar que, en vista del incumplimiento de elementales exigencias de la buena fe procesal, el tribunal, que no puede abstenerse de decidir y está vinculado por el principio de efectividad, se valga de los únicos datos disponibles, que son los aportados por la persona perjudicada, y de las reglas generales sobre valoración de la prueba para fijar la suma indemnizatoria (Pfo. 33 de las Directrices)[69], bien puede revelar, especialmente si no hay elementos de juicio que permitan hacer la indicada valoración de la prueba, la imposibilidad práctica o dificultad extrema de cuantificar y así abrir la vía de la estimación de la suma indemnizatoria (art. 76.2 LDC), a la que me refiero a continuación. Como se ve, si es cierto que ni la Directiva ni la LDC han arbitrado mecanismos positivos o formales de facilitación de la prueba del importe de la suma indemnizatoria, no lo es menos que sobre el infractor pesa la carga de contribuir eficazmente a su fijación para evitar que, mediante la valoración ordinaria de la prueba o mediante la estimación judicial, se fije la suma indemnizatoria solo sobre la base de la prueba aportada por la persona perjudicada.

3. ESTIMACIÓN JUDICIAL DE LA CUANTÍA DE LOS SOBRECOSTES INDEMNIZABLES

3.1. Reconocimiento de la facultad judicial de estimación

La medida más singular en relación con la fijación de la suma indemnizatoria en concepto de sobrecostes a cuyo pago sea condenado el infractor es la atribución a Jueces y Tribunales de la facultad de estimar su cuantía "(s)*i se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños*" (art. 76.2 de la LDC y art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE).

La estimación judicial de la suma indemnizatoria de que se trata en este caso es un expediente o técnica de cuantificación que, aunque puede estar teleológicamente alineado con el principio de efectividad, no es una concreción de su mandato. De esta diferencia da buena cuenta que aquella técnica y este principio sean objeto de proposiciones normativas diferenciadas en el art. 17.1 de la Directiva. Y así corresponde a su respectivo objeto, puesto que la primera de ellas trata de la redacción y aplicación de las normas internas sobre la carga de la prueba y los estándares probatorios exigibles para tener un extremo por acreditado, mientras que la segunda ofrece una vía de solución cuando la aplicación de esas normas y estándares generales, aun tamizada por el principio de efectividad, no permite cuantificar si y solo si en el caso considerado concurren dos condiciones, una expresiva de la existencia del derecho concreto a la indemnización de los sobrecostes y otra indicativa de la causa concreta a la que se debe que no pueda tenerse por acreditada la cuantía de la indemnización.

En este sentido, el establecimiento de la suma indemnizatoria por sobrecostes mediante la estimación judicial tiene carácter estrictamente subsidiario, y no alternativo. En particular, la autorización del recurso a la estimación judicial a estos efectos encuentra su justificación en la conjunción de la demostración previa de la existencia de sobrecostes efectivamente soportados por la persona perjudicada con la constatación de la imposibilidad práctica o dificultad excesiva de probar su importe "*con precisión*" (art. 76.2 LDC y art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE), esto es, de determinarlo con arreglo a los estándares ordinarios sobre valoración de la prueba. Esto apunta a que la posibilidad de acudir a la estimación está conectada con la prueba previa de que, en el caso, la persona perjudicada demandante tiene un derecho concreto a ser enteramente resarcida del daño padecido, cuya realización sin embargo peligra porque la prueba aportada al proceso no permite fijar su importe con precisión, por lo que se presenta como remedio para evitar que se frustre la reparación de una lesión patrimonial que se sabe cierta cuando las pruebas aportadas no permiten medirla con precisión. Pero nada más. En efecto, el reconocimiento de esta posibilidad no deroga ni relaja el carácter resarcitorio de la indemnización ni el carácter de daño subjetivo y real-concreto de los sobrecostes, por lo que tampoco autoriza a sobredimensionar la suma indemnizatoria ni en general a desligar su cuantía de las consecuencias lesivas realmente padecidas por el demandante, ni a sustituir la prueba sobre el caso objeto de la disputa por otras sobre supuestos que involucran a otros sujetos, otros productos y servicios u otros mercados, ni por supuesto a cambiar las conclusiones a las que conduce la ordinaria valoración de la prueba aportada al proceso de daños cuando esta arroja un cálculo preciso del daño indemnizable cualquiera que sea su importe.

La estimación judicial admitida en este contexto versa solo sobre la cuantía de la suma indemnizatoria; eso sí: versa sobre todos los extremos que componen esa suma, esto es, tanto sobre el importe de los sobrecostes indemnizables y por ello tanto sobre la cifra a que asciende la diferencia entre precio real y pecio de referencia como, en el caso de que se oponga la correspondiente excepción, sobre la cifra de los sobrecostes que se repercutieron. En efecto, el importe de los sobrecostes repercutidos no puede dejarse fuera del alcance de la estimación judicial que nos ocupa, como se deriva de la necesidad de considerarlo para establecer una suma indemnizatoria que observe la garantía de que el infractor podrá valerse de la excepción de *passing-on* (art. 13 de la Directiva 2014/104/UE) y, en consonancia con este planteamiento, de la generalidad de los términos con que la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de velar por que sus tribunales tengan la facultad de hacer uso de este expediente cuando no sea posible cuantificar los sobrecostes con precisión (arg. *ex* art. 17.1, inciso segundo, de la Directiva 2014/104/UE y art. 76.2 LDC).

Sin ignorar la importancia que desde ese punto de vista corresponde a la facultad de estimación judicial de la suma indemnizatoria, no puede dejar de recordarse que es un recurso conocido en las legislaciones procesales de algunos Estados miembros precisamente en relación con la cuantificación de los daños e incluso con carácter general[70] y naturalmente en la práctica observada por nuestros Jueces y Tribunales con ocasión de la fijación de la suma indemnizatoria en asuntos de responsabilidad civil, incluidos los relacionados con ilícitos de Derecho de la competencia en sentido amplio[71]. Pero sería un error trasladar de forma automática a la estimación contemplada en la Directiva el sentido y alcance que este recurso tiene en Derecho nacional, en especial por lo que se refiere a las circunstancias en que procede acudir a la estimación y las pautas a las que debe ajustarse. En este sentido, la Directiva configura la estimación de la suma indemnizatoria como herramienta subsidiaria y extraordinaria. A ella solo cabe acudir cuando legalmente procede, por lo que no admite que el Juez pueda sustituir libremente la cifra que resulta de la ordinaria valoración de la prueba por la que resulta de la estimación, y su aplicación debe atender a los datos propios del asunto enjuiciado, por lo que no admite que el Juez pueda sustituir la cifra que se infiere de la prueba por la aquella a la que conduce su prudente arbitrio. Veámoslo.

3.2. Presupuestos

La estimación judicial del importe de la indemnización debida por los sobrecostes soportados no es, como queda dicho, un método de cuantificación alternativo a la valoración de la prueba practicada, al que puedan Jueces y Tribunales acudir cuando lo consideren oportunos según su prudente arbitrio, sino un método de cuantificación sucesivo o subsidiario, al que solo pueden acudir en presencia de tres condiciones.

En primer término, el recurso a la estimación depende de que se haya determinado, sea directamente, sea por virtud de las presunciones legales, la existencia de sobrecostes indemnizables (*vide supra* [6.2] y [6.4]), esto es, de precios que se elevan o mantienen en niveles supracompetitivos precisamente como consecuencia de la infracción de las normas de defensa de la competencia, que no se han repercutido a otros o en la medida en que no se han repercutido. De este modo, la estimación se reserva a los casos en los que el demandante es en efecto acreedor de una indemnización, y no solo un acreedor potencial.

En segundo término, el recurso a la estimación judicial exige, además, que la suma indemnizatoria no se pueda establecer "*con precisión*" precisamente en el caso considerado (art. 76.2 inciso segundo LDC, Aptdo. (46) del preámbulo y art. 17.1 in fine de la Directiva 2014/104/UE). Como se dijo, la Directiva no modifica los estándares exigidos en el Derecho de los Estados miembros para que deba tenerse por probado un hecho, como es la cuantía de los sobrecostes indemnizables en cuanto expresa el valor de la lesión causada y soportada; al respecto, solo exige que las normas nacionales correspondientes no se redacten o apliquen de una forma que acabe por frustrar el derecho de la persona perjudicada por los sobrecostes indemnizables a la plena indemnización (art. 17.1 en relación con art. 4 inciso primero de la Directiva 2014/104/UE). En el caso español, el estándar relevante es el del art. 217.1 de la LEC, que se resume en la inexistencia de dudas sobre el hecho controvertido (valorada la prueba en su conjunto, según las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta la facilidad probatoria). De ahí se sigue que, como sucede con carácter general, el Juez no pueda sustituir convencimiento por estimación donde en efecto haya medios de prueba practicados en el procedimiento de los que, según las normas que rigen su valoración, deba resultar objetivamente el convencimiento sobre la cuantía de los sobrecostes que deben ser indemnizados, esto es, en los casos en los que, a la vista de la prueba practicada, no haya dudas respecto de la suma indemnizatoria, aunque su cuantía sea inferior a la que ofrecen estudios sobre supuestos similares, sobre el sector, etc. Cuestión distinta es que la valoración de la prueba arroje dudas al respecto. En efecto, las dudas que existan tras haber valorado la prueba con arreglo a las normas de la sana crítica y demás pautas relevantes indican que el extremo de hecho en disputa (aquí: a cuánto ascienden los sobrecostes indemnizables) no ha sido acreditado (total o parcialmente) y expresan la falta de convencimiento o incertidumbre del Juez sobre la realidad de ese extremo[72]. En otras materias, si el juez alberga dudas procede desestimar la pretensión indemnizatoria o estimarla solo en la parte en que se haya probado convincentemente su importe (art. 217.1 LEC)[73]; no hay recurso a una vía subsidiaria para cuantificar. En cambio, en materia de responsabilidad civil por sobrecostes se admite que el Juez, en el trance de fijar la suma indemnizatoria, sustituya la falta de convencimiento por la estimación, pero solo si esa falta de demostración de la suma indemnizatoria se debiera a una de las dos causas que se dirán a continuación.

La tercera condición para que pueda recurrirse a la estimación para fijar la suma indemnizatoria requiere que la falta de prueba sea consecuencia, bien de la imposibilidad práctica de probarla con precisión, bien de la dificultad extrema de hacerlo. Nada dice con claridad la Directiva acerca de qué sea a estos efectos prácticamente imposible o extremadamente difícil. Pero es evidente que no lo es la sola circunstancia de que "*las dificultades probatorias…* (sean) *connaturales o inherentes a la materia*"[74]; si ello fuere así, un legislador consciente de la complejidad de la prueba en esta materia (Aptdo. (45) del preámbulo de la Directiva

2014/104/UE), no habría reservado la estimación judicial para los casos en que, si se siguen los cauces ordinarios, es prácticamente imposible o extremadamente difícil fijar con precisión la suma indemnizatoria, sino que habría hecho del recurso a la estimación la regla general para cuantificar[75]. En este contexto, por tanto, lo prácticamente imposible y lo extremadamente difícil expresan un grado de complicación mayor que el connatural e inherente a esta operación, como es el que, bien sencillamente impide obtener los datos que necesarios para fijar con precisión la suma indemnizatoria, bien hace que obtenerlos sea excesivamente complicado u oneroso[76], "*demasiado difícil o costos*(o)" (art. 2:105 PETL). Estos dos extremos y sus concretas causas han de referirse precisamente al caso enjuiciado y resultar de la prueba practicada y, preferiblemente, ser por sí objeto de prueba. Y ello, en el bien entendido de que la imposibilidad o dificultad requeridas para hacer uso de la estimación no pueden resultar de lo limitado de la prueba practicada si la falta de precisión que arroja se debe a un planteamiento o ejecución deficientes. La posibilidad de acudir a la estimación para cuantificar no autoriza a sustituir el esfuerzo que compete a las partes, al reclamante que alega haber soportado directamente o mediante repercusión los sobrecostes o al demandado que opone la excepción de *passing-on*; no encarna tampoco una vía judicial para enmendar la dejadez o los yerros de las partes, y no puede resultar de una afirmación genérica de dificultad excesiva, porque de este modo se produciría en realidad una inadmisible "*supresión de toda exigencia de esfuerzo probatorio razonable de las partes*"[77], y una quiebra de la sensata regla de que "*la falta de cuantificación utilizando los medios ordinarios de prueba equivale a la falta de acreditación de este concepto de daño*"[78].

Desde el ángulo inverso, el recurso a la estimación judicial no tiene por presupuesto, ni único ni añadido a los anteriores, la situación de asimetría informativa que pudiera existir en detrimento de la persona perjudicada. Y es justo que sea así. Para ello están, en el sistema de la Directiva de daños, las medidas de facilitación del acceso a las fuentes de prueba (*vide supra* [7.2] en relación con [6.4.1]), y no la estimación judicial, que como se verá inmediatamente se ha de basar precisamente en los datos que ha de aportar el demandante (*vide supra* [7.3.3]).

3.3. Criterios sustantivos

Reconocer que la suma indemnizatoria puede ser fijada mediante estimación judicial y constatar que concurren los presupuestos exigidos para acudir a ella no significa dejar la concreción del importe de la indemnización debida al buen y prudente criterio de Jueces y Tribunales. Antes bien, el recurso a la estimación judicial está marcado por el lugar que ocupa en la labor judicial y por un doble objetivo, coherente con los principios que rigen el sistema de responsabilidad civil en esta materia.

En el primer sentido, la tarea de determinar la suma indemnizatoria correspondiente a los sobrecostes pertenece, en un sistema presidido por el principio resarcitorio y vista su condición de daños subjetivos y reales-concretos, al ámbito del establecimiento de los hechos sobre los que versa la controversia (el valor en dinero de la lesión patrimonial resarcible), como tiene dicho el Tribunal Supremo[79]. De ahí que la estimación judicial del importe de la reparación debida por los sobrecostes indemnizables sea un ejercicio de valoración de la prueba practicada con el fin de establecer a cuánto asciende la pérdida patrimonial que ocasionan, y no de discrecionalidad judicial; el arbitrio judicial, en efecto, puede servir para cuantificar una sanción (civil), como se admite en relación con las penas convencionales que no tengan una función punitiva estricta ante la constatación de que no se ha producido un incumplimiento total de la obligación relevante (art. 1154 CC)[80], pero no para fijar el contenido económico de una compensación encaminada a devolver las cosas a su sitio (a transferir al patrimonio del perjudicado el valor que habría retenido si no hubiera pagado el sobrecoste), como es la que se dirige a reparar una partida del daño emergente. La estimación, como se viene diciendo, autoriza al juzgador a separarse de la consecuencia generalmente prevista para el caso de que el resultado al que conduce la valoración ordinaria de la prueba sobre el importe del daño en forma de sobrecostes sea la incertidumbre, que como se ha visto no es otra que la desestimación de la pretensión indemnizatoria del actor en todo o en la parte en que no haya quedado probada (art. 217.1 LEC)[81], y lo hace en particular si la incertidumbre se debe a que la prueba del importe de los sobrecostes indemnizables en disputa es prácticamente imposible o extremadamente difícil. Sin embargo, no autoriza a separarse de los hechos del caso ni de la prueba practicada, a prescindir de los elementos de apoyo o elementos de juicio que obran en el proceso y se refieren al caso enjuiciado. Ello conduciría en mi opinión a fijar una suma indemnizatoria arbitraria y por ende contraria al principio resarcitorio, que es clave en la arquitectura de la responsabilidad por daños de la Directiva, y a la propia configuración de la estimación judicial en la Directiva, cuyo reconocimiento no solo no deroga el principio resarcitorio sino que se halla en él su base político-legislativa, puesto que "*cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción. Esta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Por lo tanto, debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia*" (Aptdo. (46) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE).

Este ejercicio, como corresponde a una tarea de fijación judicial de los hechos, debe dirigirse a establecer una suma que, en atención y en relación con los elementos de juicio aportados como prueba al proceso, sea cuando menos probable y pueda aceptarse como objetivamente próxima a la realidad del valor del daño causado en el asunto enjuiciado; la estimación no es una especulación. Como también sucede en los casos donde se trata de fijar hechos, no cabe cuantificar la suma indemnizatoria mediante estimación donde los elementos fácticos están abiertos, bien porque no ha habido ninguna clase de esfuerzo probatorio del demandante o, si ha opuesto una excepción de *passing-off*, del demandado sobre los hechos del caso (el importe de la pérdida patrimonial soportada en forma de mayor precio o el importe de los sobrecostes repercutidos que limita o excluye esa pérdida patrimonial), bien porque ese intento solo ha proporcionado datos incorrectos e inservibles[82]. Y tampoco cabe sustituir los elementos de juicio específicamente referidos al caso concreto por los correspondientes a otros casos o por agregaciones y datos estadísticos del sector concernido o de otros sectores si no media la oportuna justificación objetiva de su utilidad para el caso enjuiciado. En suma, la estimación no permite al Juez cuantificar a toda costa, sino solo donde tenga aportados al proceso los antecedentes de hecho necesarios para fijar una cifra objetivamente probable a la vista de las circunstancias propias del caso considerado. Y solo autoriza a ello, conviene insistir, si no se puede fijar una cifra que se pueda tener por cierta a la luz de la prueba practicada, porque si ello es así a esa cifra habrá que estar, aunque ello defraude expectativas por comparación con otros casos o con las medias de estudios sectoriales o generales.

En el segundo sentido, el reconocimiento del recurso a la estimación judicial en esta materia se dirige a "*impedir… que no se repare plenamente el perjuicio ocasionado por la inexistencia de un resarcimiento pleno por la infracción del Derecho de la competencia*", pero no solo a ello: también se dirige, en pie de igualdad con el paso anterior, a "*impedir… que se obligue al infractor a indemnizar daños y perjuicios que no se han sufrido realmente*" (Aptdo. (44) del preámbulo de la Directiva 2014/104/UE). No ignoro que este pasaje del preámbulo de la Directiva se refiere a la "*estimación de qué proporción de cualquier sobrecoste se ha repercutido al nivel de los compradores directos o indirectos*". Pero es indudable que expresa una consecuencia del principio resarcitorio, como es el rechazo de la sobrecompensación (art. 3.3 de la Directiva), y que nada puede justificar que la fijación de la indemnización del comprador directo se rija por unas distintas de las que rigen esta materia para los compradores indirectos. Por lo demás, en la Directiva, ni en general ni en relación con la labor de estimación, no hay traza alguna de un principio de favorecimiento del dañado en caso de duda, esto es, no se reconoce una suerte de "*favor damnatus*" o predisposición legal a aceptar que el Juez yerre en la cuantificación porque ello favorece al perjudicado en detrimento del infractor. La estimación judicial del importe de los sobrecostes indemnizables debe ser exquisitamente respetuosa con el principio resarcitorio, que, por un lado, exige sin ambages la completa reparación de los daños ocasionados por el ilícito de defensa de la competencia y, por otro lado, proscribe, con igual claridad y firmeza, la sobrecompensación y en general la extensión de la responsabilidad a partidas que por su objeto o importe excedan de la reparación de los sobrecostes indemnizables (arts. 71.1 y 72.1 y 3 LDC, y art. 3.3 de la Directiva 2014/104/UE). En suma, la estimación judicial ha de orientarse por igual a evitar que la suma indemnizatoria quede por debajo o por encima del daño real indemnizable, y donde la estimación no destierre las dudas la solución viene dada, como se dijo, en el art. 217.1 de la LEC.

3.4. Recapitulación

De lo expuesto hasta aquí resultan, al menos, las siguientes consecuencias, alguna de ellas ya avanzada. En primer lugar, la estimación judicial no es lo mismo que la discrecionalidad, el razonable arbitrio o el prudente criterio del juez sobre el sentido y contenido del fallo sobre la pretensión indemnizatoria. Se trata de una herramienta para valorar los elementos de juicio obrantes en el proceso respecto de la cuantía de la indemnización, que solo se reconoce al Juez y a la que solo puede recurrir cuando, a la vista de la prueba practicada, no esté convencido de la certeza de la suma, cualquiera que sea, esto es, incluso si llevado al extremo es cero, a la que ascienden los sobrecostes indemnizables y, sobre ello, esa falta de certeza se deba precisamente a la imposibilidad práctica o dificultad excesiva de probar este extremo.

En segundo lugar, la estimación solo tiene sentido y sobre todo solo es conforme al principio resarcitorio y a la naturaleza subjetiva y real-concreta de los sobrecostes como modalidad de daño emergente si está basada precisamente en los hechos (que puedan tenerse por probados) del caso enjuiciado y más ampliamente en elementos de juicio referidos al caso que se tenga entre manos. En este sentido, la sustitución del análisis de los datos concretos concernientes al perjudicado y a su relación con el infractor en la situación de mercado en que se produjo por la consideración de los datos que, para el conjunto de los operadores de un sector o mercado, muestran estudios estadísticos, simulaciones y otros modelos económicos de carácter general, a mi modo de ver, desconocería los lindes entre estimación judicial y resolución en equidad, y ello en un ámbito en el que solo se permite la primera de ellas y el Tribunal Supremo ha rechazado las soluciones llamadas salomónicas[83], salvo que concurran razones objetivas que permitan aplicar estos últimos datos en el caso enjuiciado y establecer una cifra suficientemente probable.

En tercer lugar, la posibilidad de que Jueces y Tribunales recurran a la estimación para fijar la suma indemnizatoria no libera a la parte perjudicada de realizar un esfuerzo probatorio que a la luz de las circunstancias del caso se revele razonable para acreditar la cuantía de los sobrecostes indemnizables[84]; sin ese

esfuerzo, que habrá de medirse caso por caso, no debe acudirse a la determinación de la suma indemnizatoria mediante estimación, salvo que se haya establecido que es vano porque la asignación de una suma certera al valor del daño indemnizable es prácticamente imposible o extremadamente difícil.

En cuarto lugar, el ejercicio de la estimación por el Juez y en particular la forma en que se desenvuelve el proceso lógico y las razones que fundan su conclusión deben exponerse y justificarse en la sentencia. Ya que se trata de fijar, mediante un recurso subsidiario y extraordinario, los hechos del caso sobre los que se pronuncia el fallo, la sentencia ha de aplicarse en explicar por qué, a la vista de los elementos de juicio de que dispone, considera que no existe certidumbre sobre la cifra indemnizatoria y puede acudir a la estimación, y sobre ello por qué la cifra en que se fija la pérdida ocasionada por los sobrecostes absorbe el entero detrimento patrimonial padecido por el perjudicado sin exceder de ello y, así, por qué no impone al infractor una obligación de indemnizar cuyo contenido económico exceda de la pérdida que causó[85)]. Este ejercicio, con todo, no debe ser más exigente que el constitucionalmente requerido para la fundamentación de las sentencias con carácter general (art. 24 CE).

FOOTNOTES

*

Este trabajo desarrolla las notas que me sirvieron de apoyo para presentar, el 21 de abril de 2021, la ponencia titulada “Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos” en el curso “Determinación y cuantificación de daños y perjuicios en procesos de defensa de la competencia”, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y dirigido por el Ilmo. Sr. D. Alberto Arribas, a quien agradezco nuevamente su amable invitación a participar en el curso y debatir estos planteamientos con los asistentes. El texto se ha beneficiado de las inteligentes observaciones de los profesores Fernando de la Vega y Carles Vendrell, a quienes agradezco haber compartido conmigo sus conocimientos y experiencia; como está claro, la responsabilidad de lo que pueda objetarse a lo dicho es exclusivamente mía.

1

PASTOR, E., “Acciones ‘follow on’: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *RDM*, núm. 317, 2020, p. 279 y sigs.; AA:VV., *Acciones follow on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; SANJUAN, E., *Valoración de daños en los supuestos antitrust*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2917; SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1.2009, p. 1 y ss.

2

DE LA VEGA; F., “Art. 76. Cuantificación de los daños y perjuicios”, “Art. 78. Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento”, y “Art. 79. Prueba de costes y de su repercusión”, en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario a la* Ley de Defensa de la Competencia, 6.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 1680 y ss., p. 1726 y ss., y 1761 y ss.; ID, “Daños privados y Derecho de defensa de la competencia (especialidades y técnicas de cuantificación)”, en V. CUÑAT y otros (Dirs.), *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 753 y ss.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia”, *InDret* 1.2021, p. 1 y ss.; RUIZ PERIS, J. I., “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia”, en Ruiz Peris, J. I. (Dir.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 39 y ss.; ESTEVAN DE QUESADA, C., “Repercusión de sobrecostes y cuantificación del perjuicio en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en Ruíz Peris, J. I. (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la* Directiva 2014/104/UE*: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 291 y ss.; GÓMEZ ASENSIO, C., “Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de defensa de la competencia”, en Ruiz Peris, J. I. (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 333 y ss.

3

MARCOS, F., “No hay quinta mala: La cuestión prejudicial C-312/21 del juzgado mercantil 3 de Valencia sobre los daños causados por el cartel de camiones” (i), (II) y (III), *Almacén de Derecho*, 2 de julio de 2021 (formato electrónico sin paginar); Id., “Estadísticas sobre acciones de daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Almacén de Derecho*, 14 de junio de 2021 (formato electrónico sin paginar); Id., “El efecto ‘marea’ del cártel de fabricantes de camiones”, *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2021 (formato electrónico sin paginar); Id., “La sentencia del Tribunal Supremo alemán sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Almacén de Derecho*, 25 de enero de 2021 (formato electrónico sin paginar); Id., “Cuantificación del daño causado por el cártel de fabricantes de camiones” (I), (II), y (III), *Almacén de Derecho*, 5 de diciembre de 2020 (formato electrónico sin paginar); Id., “¿Segunda parte mejor que la primera” (I) y (II), *Almacén de Derecho*, 25 de septiembre de 2020 (formato electrónico sin paginar); Id., “Primeros pronunciamientos de las Audiencias Provinciales sobre reclamaciones de daños causados por el cártel de camiones” (I) y (II), *Almacén de Derecho*, 27 y 28 de abril de 2020 (formato electrónico sin paginar); Id., “Aportación de sentencias como prueba en los litigios de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones” (I), “Aportación de sentencias como prueba en los litigios de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones (II): precedentes judiciales”, y “Aportación de sentencias como prueba en los litigios de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones (y III): sentencias extranjeras”, *Almacén de Derecho*, 18, y 31 de marzo de 2020 (formato electrónico sin paginar); Id., “Acumulación de las acciones de indemnización de daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones”, *Almacén de Derecho*, 31 de agosto de 2019 (formato electrónico sin paginar); Id., “El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones”, *Almacén de Derecho*, 11 de julio de 2018 (formato electrónico sin paginar); DÍAZ ESTELLA, F., “Acciones resarcitorias antitrust y el cártel de los fabricantes de los camiones: a vueltas con la cuantificación y estimación judicial del daño”, *Almacén de Derecho*, 1 de marzo de 2021 (formato electrónico sin paginar); ID. “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios“; *Anuario de Defensa de la Competencia*, 2017, p. 215 y ss.; CARRASCO, A., “El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 25, 2019 (formato electrónico sin paginar); MACÍAS, J. M.ª y GÓMEZ JENÉ, M., “El "cártel de los camiones" ante el Tribunal Supremo alemán: a propósito de la sentencia de 23 de septiembre de 2020”, *Diario LA LEY*, núm. 9810, 2021 (formato electrónico sin paginar); RISUEÑO, J. A., “Primeras señales del cambio de rumbo en las sentencias españolas del ‘Cártel de fabricantes de camiones en Europa’”, *Diario LA LEY*, núm. 9394, 2019 (formato electrónico sin paginar).

4

DE LA VEGA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid, 2001; PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia. Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el* Título VI *de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; CARRASCO, A., “Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales”, *Diario LA LEY*, núm. 9031, 2017 (formato electrónico sin paginar); GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ, I., *La repercusión del sobrecoste y la compensación de los daños causados por un cártel*, Tesis Doctoral, UPF, Barcelona, 2021.

5

STJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 “Cogeco Communications Inc. c. Sport TV Portugal SA, Controlinveste SGPS, SA y NOS SGPS, SA” (ECLI:EU:C:2019:263), Pfos. (25)-(34).

6

STJUE asunto C-637/17, *cit*., Pfos. (42)-(44).

7

STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 “Courage Ltd. c. Bernard Crehan” (ECLI: EU:C:2001:465), Pfos. (26)-(27).

8

Clara en el primer aspecto, y menos clara en el segundo: STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre, FD 5.º, aptdo. (3) (“cártel del azúcar”) (RJ 2014, 487), reseñada con atención a esta cuestión por CARRASCO, A., “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”, *AJA*, núm. 879, 2014, p. 1 y sigs. (formato electrónico sin paginar).

9

STJUE de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12 “Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG” (EU:C:2014:1317), Pfo. (31)-(34), (37).

10

Por todos, SARMIENTO, D., El Derecho de la Unión Europea, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2020, p. 260 y ss., p. 310 y ss.

11

Recientemente y por todas, STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C726/19 “Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario c. JN” (ECLI: EU:C:2021:439), Pfos. (83)-(86).

12

STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfos. (22), (32)-(33).

13

Con cita de otras, STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13 “Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen y otros” (ECLI: EU:C:2014:2132), Pfo. (19) y concordantes.

14

Principles, Definitions and Modes Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference (DCFR), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, y editado por Ch. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke y otros (https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and_model_rules_of_European_pr__Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf) = *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Carmen Jerez Delgado-coordinadora de la versión española, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015.

15

Principles of European Tort Law (PETL), European Group on Tort Law (http://www.egtl.org/PETLEnglish.html) = *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, European Group on Tort Law, traducción de Miquel Martín-Casals (http://www.egtl.org/docs/PETLSpanish.pdf).

16

SSTJUE de 15 abril 2010, asunto C-215/08 “E. Friz GmbH c. Carsten von der Heyden” (ECLI: EU:C:2010:186), Pfo. (48), de 19 de diciembre de 2013, asunto C-174/12 “Alfred Hirmann c. Immofinanz AG” (ECLI: EU:C:2013:856), Pfo. (61).

17

STJUE de 16 julio de 2020, asunto C-73/19 “Belgische Staat y otros c. Movic BV y otros” **(**ECLI: EU:C:2020:568), Pfo. (33).

18

STJUE de 16 diciembre 2020, asuntos acumulados C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P y C-604/18 P “”Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros c. Unión Europea, Comisión Europea, BCE y Eurogrupo” (ECLI: EU:C:2020:1028), Pfo. (78): “*A tenor del* artículo 340 TFUE*, párrafo segundo, en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión debe reparar los*

daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros".

19

SSTS núm. 390/201 de 3 de julio (RJ 2019, 3137), FD 4.º, apartado (1), núm. 384/2018 de 21 de junio (RJ 2018, 2677), FD 3.º, apartado (3); núm. 348/2016 de 25 de mayo (RJ 2016, 4301), FD 6.º; núm. 366/2010 de 15 de junio (RJ 2010, 5151), FD 6.º; núm. 1087/2008 de 21 de noviembre (RJ 2009, 144), FD 2.º.

20

SSAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016, 79043), FD 4.º, Barcelona, Secc. 16.ª, de 18 de noviembre de 2009 (JUR 2009, 44231), FD 4.º, Ciudad Real, Secc. 2.ª, de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APCR:2016:880), FD 14.º, Vizcaya, Secc. 3.ª, de 20 de marzo de 2017 (JUR 2017, 139166), FD 10.º.

21

Vide comentario a VI.-1:101 DCFR, p. 2979 *in fine*.

22

SSTJUE asunto C-453/99, *cit*., Pfos. (26)-(27), de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 "Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA", (ECLI: EU:C:2006:461) Pfo. (60), de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11 "Europese Geemeerenschsp c. Otis Nv, Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sárl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl" (ECLI: EU:C:2012:684), Pfos. (41)-(42), de 6 de junio de 2013, asunto C536/11 "Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG, Donauchem GmbH, DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, Brenntag Austria Holding GmbH, Brenntag CEE GmbH, ASK Chemicals GmbH y ASK Chemicals Austria GmbH" (ECLI: EU:C:2013:366), Pfo. (23), asunto C-557/12, *cit*., Pfo. (21). Tras la promulgación de la Directiva 2014/104/UE, se retoma y resume este planteamiento en la STJUE asunto C-637/17, *cit*., Pfos. (40)-(41).

23

STJUE asunto C536/11, *cit*., Pfo. (23). Tras la promulgación de la Directiva 2014/104/UE insiste en la función disuasoria general la STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 "Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industrie Oy y Asfaltmix Oy" (ECLI: EU:C:2019:204), Pfo. (45).

24

STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfo. (21).

25

Creo que esta idea late también en VIDAL, P. y CAPILLA, A., "Art. 71. Responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., p. 1579 y ss., p. 1621.

26

Por ejemplo, STJUE asunto C-453/99, *cit*., Pfo. (29).

27

En este contexto se considera que sería un "exceso" asumir que "*el lesionado por una práctica anticompetitiva siempre debe percibir algún suerte de compensación*" y que al principio de efectividad del artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE cabe atribuir "*un solo sentido sustantivo, coincidente con el significado tradicional del principio de indemnidad* (que) *puede verse frustrado* (el principio de indemnidad) *no solo por un defecto en la indemnización, sino también por un exceso que ubique al lesionado en una posición calificada respecto de la situación económica de la que disfrutaba con anterioridad a la lesión*": PASTOR, E., *RDM*, núm. 317, 2020, p. 286. Rechaza que en el caso (cierre de mercado mediante negativa de contratación constitutivas de abuso de posición de dominio tratada como supuesto de competencia desleal por violación de normas) se probara la existencia de ciertos daños emergentes y de lucro cesante SJMer núm. 5 Madrid de 11 de noviembre de 2005 (AC 2005, 1965), FD 8.º.

28

También presente en la doctrina jurisprudencial anterior a la Directiva: STJUE asunto C-453/99, *cit*., Pfo. (29).

29

Cfr. la fundamentación del recurso de casación resuelto por la STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), Antecedente de Hecho 6.º ("cártel del azúcar").

30

STS núm. 344/2012 de 8 de junio (RJ 2012, 9317), FD 12.º ("cártel del azúcar").

31

Entre nosotros, por todos, GAGO, A., "La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción", en AA:VV., *Acciones follow on*, *ob. cit*., p. 59 y ss.

32

Así, el reconocimiento del derecho a ser indemnizado se condiciona a que el infractor demandado a la vista de "*las circunstancias y especificidades del caso exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o práctica prohibidos*" en STJUE asunto C-295/04, *cit*., Pfo. (61) y, con mayor precisión, esa relación de causalidad no ha de ceñirse a "*causalidad directa*", entendida en el caso como exigencia de que el daño hubiera sido ocasionado por el demandado al demandante en el marco de una relación entre ellos establecida, sino que igualmente comprende el daño que ocasionan terceros que se amparan para ello de una concertación de la que no son parte, apreciado esto último siempre "*según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión*": STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfos. (33)-(34).

33

Así, el reconocimiento del derecho a ser indemnizado se condiciona que el infractor demandado no pudiera ignorar las circunstancias y especificidades del caso fuera esperable que los precios aplicados se aprovecharan del ilícito antitrust: STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfo. (34).

34

SJMer núm. 1 de Granada de 30 de junio de 2021 (LA LEY 90123/2021) ("cártel de la leche"). FRANCK, J.-U., en Immenga, U. y Mestmäcker, E.-J., (Edits), *Wettbewerbsrecht*, 6.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, § 33a, núm. (63) [IMMENGA/MESTMÄCKER/FRANCK, GWB § 33a, núm. (63)].

35

STS núm. 641/2012, de 6 de noviembre (RJ 2013, 5), FD 6.º ("precios de carburantes").

36

Aunque el asunto se planteó como acto de competencia desleal por violación de normas, SJMer Madrid núm. 5 de 11 de noviembre de 2005 (AC 2005, 1965), FFDD 6.º, 8.º.

37

STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfos. (28)-(34).

38

Sobre la noción general de daño emergente, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. V., *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 345, y sobre las modalidades de daño emergente generalmente reconocidas, CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 1316 y ss.]

39

Como a mi juicio sucede en el remedio restitutorio arbitrado contra el incumplimiento de la obligación de lealtad de los administradores de sociedades de capital: MASSAGUER, J., "La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad", *RDM*, núm. 313, 2019, p.11 y sigs., pp. 21-29.

40

Como a mi juicio sucede en la configuración del daño indemnizable en materia de protección de derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual: MASSAGUER, J., *Acciones y proceso de infracción de derechos de propiedad industrial*, 2.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, 2020, núms. (96)-(106) y (133)-(138).

41

Sobre el carácter individual que distingue al daño resarcible derivado de la infracción de las prohibiciones de defensa de la competencia, DE LA VEGA, F. "Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1688-1690.

42

PANTALEÓN, F., "Artículo 1902CC", en Paz-Ares, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R. y Salvador, P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1990-1991.

43

De estas soluciones se da cuenta, no solo sin el menor atisbo de crítica sino incluso como complemento de la presunción de daño del art. 17.2 de la Directiva, en el Working Document on the Implementation of Directive 2014/104/EU, p. 9. Y parecen contempladas con simpatía en algún sector de la literatura: PASTOR, E., *RDM*, núm. 317, 2020, pp. 321-322.

44

STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), FD 6.º, aptdo. (2) ("cártel del azúcar"), reseñada por CARRASCO, A., "Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar", *AJA*, núm. 879, 2014, p. 1 y sigs. (formato electrónico sin paginar).

45

STS núm. 334/2012 de 8 de junio (RJ 2012, 9317), FD 18.º ("cártel del azúcar").

46

Aunque el asunto se planteó como acto de competencia desleal por violación de normas, SJMer Madrid núm. 5 de 11 de noviembre de 2005 (AC 2005, 1965), FD 8.º.

47

LUNA, A., "El proceso civil de reclamación de responsabilidades civiles", en Salvador, P., Ramos, S., Gómez Ligüerre, c., Rubí, A., Luna, A., y Milà, R., *Derecho de Daños (DdD) Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 9.ª ed., Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2020, pp. 355 y ss. (versión electrónica disponible en *InDret* 3.2021).

48

STJUE asunto C-557/12, *cit*., Pfo. (34).

49

Por todos y con más referencias bibliográficas, VIDAL, P. y CAPILLA, A., "Adenda al comentario al Título VI de la Ley 15/2017: las especialidades del proceso de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos de Derecho de la competencia", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., p. 1795 y ss., passim.

50

Por todos y con más referencias bibliográficas, SALELLES, J. R.. "Disposición adicional 4.ª", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1892-1929.

51

Aunque en un conflicto al que no se aplica la legislación postDirectiva, esta es una de las enseñanzas de la inteesante Sentencia del BGH de 13 de abril de 2021 (Urteil des Kartellsenats vom 13.4.2021 - KZR 19/20 - (bundesgerichtshof.de), sucintamente comentada por Lena Hornkohl (Deputy Editor), 'The German Federal Court of Justice in Trucks II: Beware Of Regression Analysis', Kluwer Competition Law Blog, September 13 2021, http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/09/13/the-german-federal-court-of-justice-in-trucks -ii-beware-of-regression-analysis/.

52

SAP Murcia, Secc. 4.ª, de 25 de marzo de 2021 (JUR 2021, 164848), y SSJMer núm. 1 de Oviedo de 12 de abril de 2021, FFDD 3.º y 6.º (AC 2021, 499), y de 19 de mayo de 2021, FFDD 3.º y 10.º *in fine* (copia en archivo del autor). Esta es igualmente la posición de la jurisprudencia alemana: IMMENGA/MESTMÄCKER/FRANCK, GWB § 33a, núm. (80). De hecho, la prohibición que se cierne sobre conductas colusorias por su objeto no parece base suficiente para estructurar una presunción legal fuerte, y de hecho no debiera ser una sorpresa que la parte demandada pueda probar que no puso en práctica la colusión y que por ello su conducta de mercado no ocasiona daños reales a la contraparte, como apunta DE LA VEGA, F. "Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios", en J. Massaguer, J. M. Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1690, 1705.

53

Sentencia del BGH de 23 de septiembre de 2020 (ref). 19 O 393/17), que ha recibido una atención considerable en nuestra literatura (desde luego, mayor de la que hasta la fecha ha recibido en Alemania) y que, a mi modo de ver, quizás no se haya comprendido de forma necesariamente correcta por todos los comentaristas.

54

STS núm. 516/2019 de 3 de octubre (RJ 2019, 3925), FD 2.º, aptdo. (2).

55

Vide supra nota al pie 48.

56

Sentencia del BGH de 13 de abril de 2021, KZR 19/20, ya citada.

57

GRÜNEBERG, CH., en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80.ª ed. bearb. v. Ellenberger, J. y otros, C.H. Beck, Múnich, 2021, Vorb v § 249, núm. 72.

58

Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. V., *ob. cit*., pp. 341-344.

59

Lo apunta DE LA VEGA, F. "Art. 78. Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento", en J. Massaguer, J. M. Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1732-

1733, 1735.

60

Como en relación con un asunto al que no se aplica la legislación postDirectiva indica la ya citada Sentencia del BGH de 13 de abril de 2021, KZR 19/20 a partir de la consideración de que la doctrina de la *Vorteilsausgleichung* está sujeta a una limitación normativa que impide su aplicación en los casos en que beneficia de forma inequitativa al causante del daño..

61

STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), FD 5.º, aptdo. (1).

62

Comparte estas ideas, DE LA VEGA, F. "Art. 78. Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., p. 1751.

63

STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), FD 5.º, aptdos. (3) y (4).

64

SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 10 de enero de 2020 (JUR 2020, 43873), FD 7.º, aptdo. (60) ("cártel de los sobres").

65

VIDAL, P. y CAPILLA, A., "Adenda al comentario al Título VI de la Ley 15/2007; especialidades del proceso de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos de Derecho de la competencia", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1797-1812, con otras referencias.

66

https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria/consultas-publicas/consulta-cuantificacion.

67

Por todos, DE LA VEGA, F. "Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios" y "Art. 78. Sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento", en Massaguer, J., Sala, J. M., Folguera, J. y Gutiérrez, A. (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit*., pp. 1711 a 1718, y pp. 1756-1761, con otras referencias.

68

STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), FD 7.º, aptdo. (3) ("cártel del azúcar").

69

SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, de 23 de diciembre de 2020 (AC 2021, 225); Pfo. (50) ("cártel de los camiones").

70

NORBER, R., en Anders, M. y Gehle, B. (Edits.), *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle. Zivilprozessordnung*, 79.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2021, § 287, pp. 1199 y ss.

71

Con especial cuidado en la fundamentación de la estimación judicial para fijar los daños en un asunto de competencia desleal y en la indicación de los criterios seguidos para su aplicación, SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 8 de enero de 2013 (AC 2013, 843), FD 8.º, aptdo. (29), confirmada por STS núm. 570/2014 de 29 de octubre (RJ 2015, 5).

72

Sobre esta cuestión, ASENCIO, J. M.ª, "Artículo 217. Carga de la prueba", en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), Proceso civil práctico, T. I, vol. 2.º, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 776 y ss., pp. 779-784, o ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 373-379, ambos con otras referencias.

73

Por todas, STS .núm. 31/2020 de 21 enero (RJ 2020, 67), FD 3.º.

74

SSAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 10 de enero de 2020 (JUR 2020, 43873), FD 7.º, aptdo. (60), de 13 de enero de 2020 (AC 2020, 188) , FD 7.º, aptdo. (53) ("cártel de los sobres"), que contrasta con la "*enorme dificultad*" con la que se justificó el recurso a la estimación judicial en SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 8 de enero de 2013 (AC 2013, 843), FD 8.º, aptdo. (29), confirmada por STS núm. 570/2014 de 29 de octubre (RJ 2015, 5), con el "*cuando no haya podido ser acreditado de otro modo*" en que se justificó en la SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 21 de mayo de 2012 (JUR 2012, 291399), FD 8.º, aptdo. (8), y con el "*demasiado difícil o costosa*" al que alude el art. 2:105 de los PETL, citados a estos efectos en los pasajes indicados de las sentencias de apelación del "cártel de los sobres" recordadas al inicio de esta nota.

75

Como sucede en Alemania donde la estimación se prevé con carácter general para los procesos de responsabilidad por daños y perjuicios en el § 287 ZPO como alternativa a la valoración de la prueba con arreglo al estándar ordinario de acreditación de los hechos en disputa, que es el convencimiento del juez sobre la certeza de los hechos controvertidos, del § 286 ZPO. Por todos, NORBER, R., en Anders, M. y Gehle, B. (Edits.), *Zivilprozessordnung*, § 287, núm. (1) en relación con § 386, núms. (16)-(19).

76

A la "*enorme dificultad*" de la prueba de la cuantía se sujeta el recurso al "*expediente de la estimación*" en la ya citada SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 8 de enero de 2013 (AC 2013, 843), FD 8.º, aptdo. (29), confirmada por STS núm. 570/2014 de 29 de octubre (RJ 2015, 5).

77

SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 10 de enero de 2020 (JUR 2020, 43873), FD 7.º, aptdo. (60) ("cártel de los sobres").

78

SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 21 de mayo de 2012 (JUR 2012, 291399), FD 9.º, aptdo. (2).

79

Por todas y con cita de otras, STS núm. 599/2011 de 20 de julio (RJ 2011, 6132), FD 5.º.

80

Por todas, STS núm. 341/2020 de 23 de junio (RJ 2020, 2221), FD 2.º.

81

Por todas, STS núm. 274/2019 de 21 de mayo (RJ 2019, 1974), FD 3.º.

82

NORBER, R., en Anders, M. y Gehle, B. (Edits.), *Zivilprozessordnung*, *ob. cit*., § 287, núms. (3), (26) y (27).

83

STS núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014, 487), FD 7.º, aptdo. (4) ("cártel del azúcar"). Este es un aspecto relevante. Y lo es porque en otros ámbitos la jurisprudencia ha admitido que se sustituyera el cálculo individualizado de la suma indemnizatoria por la aplicación de un baremo (el empleado para determinar el importe de la indemnización por daños ocasionados a personas en accidentes de automóviles), como sucedió en los casos "Spanair": SSTS núm. 269/2019 de 17 de mayo (RJ 2019, 2710)(RJ 2019, 2710), FD 5.º, núm. 462/2019 de 3 de septiembre (RJ 2019, 3341), FD 9.º, núm. 630/2019 de 21 noviembre (RJ 2019, 4973), FD 9.º, núm. 624/2020 de 19 de noviembre (RJ 2020, 4294), FD 5.º. Esta doctrina sin embargo no puede trasladarse a la materia que nos ocupa sustituyendo los baremos por los datos proporcionados por estudios sectoriales o generales sobre el impacto que las infracciones de las prohibiciones antitrust tienen sobre el nivel de los precios. Por una parte, están alejados, formal y sustantivamente, de la naturaleza de los daños contemplados y de los cálculos actuariales que nutren los baremos del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en particular porque tratan de la cuantificación de daños personales, y no patrimoniales, porque tienen su origen en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), porque los datos que se manejan en el ámbito de los seguros y de las bases técnicas actuariales tienen una calidad contrastada y además son establecidos por el Ministerio de Economía (art. 48 RDL 8/2004). Por otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo a la que me acabo de referir trata de la aplicación de una solución legal a otros supuestos "*teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso*", y no de la sustitución de la valoración de la prueba según las reglas ordinarias por una técnica de fijación de los hechos distinta, como es la estimación judicial. *Vid*. RAMOS, S., "Daño", en Salvador, P., Ramos, S., Gómez Ligüerre, c., Rubí, A., Luna, A., y Milà, R., *Derecho de Daños*, *ob. cit*., pp. 291-301 (versión electrónica disponible en *InDret* 3.2021).

84

SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 10 de enero de 2020 (JUR 2020, 43873), FD 7.º, apartado (60) ("cártel de los sobres").

85

NORBER, R., en Anders, M. y Gehle, B. (Edits.), *Zivilprozessordnung*, *ob. cit*., § 287, núm. (30a).

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited]