



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial
European Judicial Training Network
Réseau européen de formation judiciaire

Red Europea de Formación Judicial

Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)

Barcelona: 20, 21 y 22 de junio de 2012

Aula 9-10
Escuela Judicial
Carretera de Vallvidrera 43-45
08017-Barcelona

Director del curso
David Ordóñez Solís
Doctor en Derecho
*Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 4 de Oviedo*

Miércoles, 20 de junio de 2012

15:00 h **Mesa redonda:** Experiencias nacionales de los jueces sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia después de las sentencias Courage y Manfredi.

Sir Gerald Barling.
Juez y Presidente del Tribunal de Apelación de la Competencia (Londres)

EXPERIENCIAS JUDICIALES NACIONALES EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA TRAS LAS SENTENCIAS DE LOS ASUNTOS *COURAGE* Y *MANFREDI*

Ilmo. Sr. D. Gerald Barling¹

Los tribunales británicos dictaminaron que había daños y perjuicios previstos en caso de incumplimiento de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace casi 30 años,² mucho antes de las conocidas declaraciones en el asunto *Courage*.³ En lo relativo a la legislación nacional sobre competencia, la Ley sobre Competencia (*Competition Act*) de 1998 no establece expresamente ningún derecho a exigir daños y perjuicios, pero nadie duda que exista una jurisdicción en la materia.

El derecho británico reconoce dos vías procesales principales para reclamar daños y perjuicios por pérdidas provocadas por un incumplimiento de la legislación sobre competencia: (1) un procedimiento independiente ante los Tribunales Supremos (denominados en Inglaterra y Gales *High Court of England and Wales*, en Escocia *Court of Session* y en Irlanda del Norte *High Court*); o (2) el llamado procedimiento derivado ante el Tribunal de Apelación de la Competencia (*Competition Appeal Tribunal* o "CAT") o ante el Tribunal Supremo.⁴

Procedimientos independientes

En algunos aspectos, un procedimiento independiente puede resultar más atractivo para los demandantes de daños y perjuicios que presentar una reclamación ante el organismo nacional de defensa de la competencia, *Office of Fair Trading* (OFT), o alguno de los entes reguladores sectoriales. Ello permite no solo que el demandante pueda encauzar el incumplimiento del modo que mejor se adapte a las pérdidas alegadas, sino que el Tribunal Supremo también se ha mostrado dispuesto a dictar medidas provisionales y puede tramitar los asuntos en menos tiempo que el que la OFT necesita para sus investigaciones (solo diez meses de principio a fin en un asunto reciente⁵).

El artículo 16 de la Ley sobre Empresas (*Enterprise Act*) de 2002 prevé que el Lord Canciller establezca las normas para la transferencia de los procedimientos independientes al CAT. Hasta la fecha, dichas normas no han sido redactadas.

Procedimientos derivados

Pueden emprenderse procedimientos derivados ante el CAT con arreglo al artículo 47A de la Ley sobre Competencia de 1998 (o al artículo 47B, ver más adelante), pero también pueden presentarse en la Sala de la Cancillería del Tribunal Supremo (*Chancery Division of the High Court*). Las mismas

¹ El juez Barling es Presidente del Tribunal de Apelación de la Competencia británico y Magistrado de la Sala de la Cancillería del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales. Los puntos de vista expuestos en esta conferencia son estrictamente personales y no deben interpretarse como la opinión del Tribunal de Apelación de la Competencia ni de ningún otro tribunal o institución.

² Véase por ejemplo *Garden Cottage Foods contra Milk Marketing Board* [1984] AC 130.

³ Asunto C-453/99 *Crehan contra Courage Ltd y Otros* [2001] ECR I-6297, en [26].

⁴ Presentado con arreglo al artículo 47A o 47B de la Ley sobre Competencia de 1998

⁵ *Purple Parking Ltd & Anor contra Heathrow Airport Ltd* [2011] EWHC 987 (Ch). En cambio, las investigaciones realizadas por la OFT en *2 Travel Group PLC (en liquidación) contra Cardiff City Transport Services Limited*, Asunto No. 1178/5/7/11, una demanda derivada por daños y perjuicios actualmente en trámite en el CAT, duraron más de cuatro años.

dependen de una resolución de la Comisión Europea o de uno de los organismos británicos de defensa de la competencia que establezca que se ha producido un incumplimiento del Artículo 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o de las prohibiciones del Capítulo I o II de la Ley sobre Competencia.

Este procedimiento evita al demandante la carga de tener que determinar la existencia de un incumplimiento, pero el CAT está obligado por las conclusiones de la resolución sobre incumplimiento.⁶ Las cuestiones se limitan por tanto a la causalidad y la cuantía. Podría ocurrir, no obstante, que la resolución del ente regulador no trate algunos aspectos de la conducta del infractor. En esos casos, el demandante no podría reclamar la totalidad de sus pérdidas ante el CAT, incluso cuando se determine que se ha producido el más alto grado de incumplimiento.⁷

El juez Lloyd del Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) observó que resulta "un tanto anómalo que al tribunal especializado se le encomiende que falle si existe incumplimiento o no en un recurso de un ente regulador, pero no se le permite entrar en esa cuestión en una demanda por daños y perjuicios."⁸ El juez Jacob fue más lejos: "la jurisdicción 'dividida' entre un ente regulador que determina el incumplimiento y un tribunal que determina la causalidad y la valoración de los daños (...) debería (...) reconsiderarse."⁹

Procedimientos colectivos

El artículo 47B de la Ley sobre Competencia de 1998 dispone que ciertos "organismos específicos" puedan emprender demandas derivadas por daños ante el CAT en nombre de varios consumidores particulares identificados. En la actualidad, únicamente se ha especificado un organismo, la organización generalista de consumidores ¿Cuál?, a efectos del artículo 47B. Hasta la fecha, ¿Cuál? solo ha presentado una demanda con arreglo al artículo 47B.¹⁰ Este asunto histórico, sin embargo, se resolvió en 2008 y puso de manifiesto las limitaciones procesales.¹¹

⁶ Véase artículo 47A(9) de la Ley sobre Competencia de 1998.

⁷ Helen Davies QC, *Competition Litigation: Practical thoughts in developing times*, [2011] Comp Law 274, 279.

⁸ *Enron Coal Services Ltd (en liquidación) contra English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2011] EWCA Civ 2, en [143].

⁹ *Ibid.*, en [149]. En [150] el juez Jacob prosiguió: "En este contexto, no debemos olvidar que la parte demandante por daños y perjuicios no es parte en los procedimientos ante el ente regulador. Los hechos relativos a la causalidad y al perjuicio sufrido, que normalmente incluyen una investigación sobre si la conducta infractora ha afectado a esa parte concreta y, en caso afirmativo, en qué medida, no forman parte necesariamente de las averiguaciones del ente regulador. Si no se actúa con cuidado podría producirse una injusticia: el ente regulador podría emitir una resolución basada en pruebas incompletas que no pueda impugnarse con posterioridad."

¹⁰ *The Consumers' Association contra JJB Sports PLC* (asunto no. 1078/7/9/07).

¹¹ Se calcula que unos dos millones de consumidores se vieron afectados por el incumplimiento de las prohibiciones del Capítulo I de la ley de 1998 en ese asunto. En última instancia, ¿Cuál? fijó la cuantía de 20 £ por cada camiseta de fútbol para los consumidores que se hubiesen adherido a la demanda (unos 600 en ese momento), que pudiesen presentar un justificante de compra y que desearan firmar una declaración jurada. Este asunto pone de manifiesto las limitaciones de un sistema de compensación de adhesión voluntaria (*opt-in*) en las demandas de este tipo: unas 600 personas se beneficiaron del fallo, lo cual representa menos del 0.1 % de los dos millones de consumidores que se estima que se vieron afectados. No puede decirse por tanto que sirva de elemento disuasorio.

Aunque muy positivo, el artículo 47B plantea varios problemas: (1) la adhesión al mismo se realiza únicamente con carácter voluntario; (2) está limitado a las personas físicas, excluyendo por tanto a las pequeñas y medianas empresas (**PYMES**); (3) actualmente solo un organismo puede emprender acciones en virtud del mismo; y (4) es únicamente de carácter derivado, dependiendo de que un organismo público determine previamente la existencia de incumplimiento.

Además de lo dispuesto por el artículo 47B, el sistema procesal civil inglés reconoce cinco mecanismos básicos para los pleitos con múltiples partes: (1) juicios que sientan precedentes para otros casos; (2) acumulación de varios procedimientos; (3) juicio único para varios procedimientos; (4) la orden de demanda colectiva; y (5) acciones en representación propia y de terceros.

Aunque se diga con frecuencia que en el caso de una acción en representación propia y de terceros relativa a la legislación sobre competencia la demanda colectiva podría haber sido el procedimiento adecuado,¹² en la práctica ninguno de los procedimientos que existen resulta idóneo cuando participan en el pleito muchos consumidores demandantes y cada uno de ellos realiza reclamaciones muy reducidas, como ocurrió en el asunto *¿Cuál?* Los asuntos objeto de una orden de demanda colectiva se tramitan de manera centralizada, pero la adhesión a los mismos se realiza únicamente con carácter voluntario, así que todos los demandantes deben estar identificados y ser parte en los procedimientos. Ello no resulta práctico cuando, por ejemplo, existen cientos o miles de víctimas.

La defensa de daños repercutidos (“passing-on defence”)

Uno de los problemas a que se enfrenta el demandante en una cadena de distribución de varios niveles es cómo demostrar que las pérdidas han recaído sobre él y que no han sido repercutidas a los clientes posteriores. En el caso de un cártel que simplemente fije los precios, las pérdidas del cliente directo pueden valorarse a primera vista sin dificultad, al menos en teoría: si ha adquirido un millón de productos, el perjuicio sufrido asciende a un millón de veces el sobreprecio impuesto por el miembro del cártel más los intereses. Las pérdidas tendrán que calcularse de otro modo en los casos en que se haya repercutido el sobreprecio, en parte o en todo, a un cliente posterior. Un cliente indirecto, sin embargo, ha pagado el precio impuesto por su propio proveedor, que puede incluir o no el sobreprecio o una parte del mismo. Por tanto, el cliente indirecto debe superarlo para demostrar que ha sufrido pérdidas.¹³ Evidentemente, el hecho de repercutir un recargo podría provocar en sí mismo pérdidas recuperables al demandante debidas a una disminución de las ventas y de los beneficios.

En cuanto a la cuestión de si la defensa de daños repercutidos constituye una defensa según el derecho inglés o únicamente un fracaso del demandante a la hora de fundamentar sus pérdidas, véase el fallo del juez Arden en el asunto *Devenish*.¹⁴

¹² *Emerald Supplies Ltd contra British Airways plc* [2009] EWHC 741 (Ch), [2009] 3 WLR 1200.

¹³ Si el miembro del cártel se enfrenta únicamente a un cliente directo, alegará que los daños fueron repercutidos a clientes posteriores, concluyéndose que no se produjeron pérdidas. Si el único demandante es un cliente indirecto, el infractor deberá alegar que el sobreprecio no fue repercutido al demandante por un cliente anterior en la cadena de distribución, o bien que el propio demandante lo repercutió. Es muy posible que se planteen otros problemas cuando en un mismo asunto se incluyan entre los demandantes tanto a clientes directos como indirectos.

¹⁴ Véase *Devenish Nutrition Limited contra Sanofi-Aventis Sa (France) & Ors* [2008] EWCA Civ 1086, en [115].

Tipos de indemnizaciones contemplados por el derecho inglés

El derecho inglés considera que las infracciones a la legislación sobre competencia son incumplimientos torticeros de una obligación legal. La norma general es que las indemnizaciones por agravios que no afecten a la propiedad sean de carácter compensatorio. El juez Nourse defendió en el asunto *Wass* que la *"norma general es que un demandante que logre sus pretensiones en un procedimiento por agravio cobre una indemnización equivalente a las pérdidas que ha sufrido, ni más ni menos. Si no ha sufrido pérdidas, lo máximo a que puede aspirar es a una indemnización mínima."*¹⁵

En el asunto *Devenish*, relativo a la resolución de la Comisión Europea sobre el cártel de las vitaminas,¹⁶ el demandante pretendía establecer el principio según el cual, *"en una demanda por incumplimiento de una obligación legal, el tribunal puede, si se dan las circunstancias apropiadas, conceder una indemnización restitutoria, es decir, una suma de dinero valorada en función de la ganancia que el infractor haya obtenido como resultado del agravio, en lugar de una indemnización compensatoria, es decir, una indemnización que compense al demandante por las pérdidas sufridas como consecuencia del agravio."*¹⁷ El Tribunal de Apelación consideró, no obstante, que solo podía concederse una indemnización restitutoria en un procedimiento sobre competencia cuando el mismo requiriese que se hiciese justicia.¹⁸ El juez Arden defendió que, aunque la legislación comunitaria no descarta la concesión de una indemnización restitutoria, tampoco la exige – las exigencias del principio de efectividad se cumplen con la posibilidad de obtener una indemnización compensatoria.¹⁹ El juez Tuckey declaró: *"Si Devenish ha sufrido pérdidas puede recuperarlas en concepto de daños y perjuicios, pero si no las ha sufrido no veo por qué ello podría ser un motivo para afirmar que los daños y perjuicios no son una solución idónea; son adecuados para cualquiera que haya sufrido pérdidas. Un resultado de este tipo proporcionaría a Devenish unos beneficios inesperados. No me parece que esté justificado."*²⁰

En principio, también se prevé una indemnización ejemplar, pero no se tiene noticia de ningún asunto sobre competencia en el Reino Unido en que se haya reconocido la misma. Actualmente, el CAT tiene dos asuntos pendientes en los que los demandantes solicitan indemnizaciones ejemplares.

Propuestas de reforma

Muy recientemente (abril de 2012), el gobierno británico publicó su documento de consulta "Demandas privadas en el Derecho de la Competencia: una consulta sobre las opciones de

¹⁵ *Stoke-on-Trent City Council contra Wass* [1988] 1 WLR 1406

¹⁶ Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512 – Vitaminas) (2003) DO L 6/1.

¹⁷ *Devenish, supra*, por el juez Arden en [1].

¹⁸ *Ibid.*, en [104]. En primer lugar, ([2007] EHW 2394 (Ch)) el juez Lewison defendió en [108]: *"... incluso cuando existe la posibilidad de obtener una indemnización restitutoria, esta suele concederse en los casos en que la tradicional indemnización compensatoria por daños y perjuicios resulte inadecuada para compensar al demandante (...)* En el asunto que nos ocupa, [el perito de la parte demandante] dice que la concesión de una indemnización restitutoria es lo mismo que la concesión de una indemnización compensatoria. De ser así, (...) la indemnización compensatoria sería una solución idónea."

¹⁹ *Ibid.*, en [130] y [135].

²⁰ *Ibid.*, en [158].

reforma".²¹ Las propuestas que constan en la consulta son de gran trascendencia potencial para el régimen británico de la competencia. Concretamente, el Gobierno propone que el CAT sea el órgano principal en los asuntos de competencia en el Reino Unido a través de las siguientes medidas:²²

- Permitir que las demandas independientes se transfieran del Tribunal Supremo al CAT²³;
- Permitir que el CAT pueda conocer directamente de las demandas independientes sobre competencia (incluidas las solicitudes de desagravio por mandato judicial, tanto de carácter provisional como permanente)²⁴;
- Establecer un régimen de acciones colectivas más efectivo, mediante la introducción total de un sistema de exclusión voluntaria (*opt-out*) para las demandas colectivas sobre competencia, únicamente en el CAT, tanto para las demandas independientes como para las derivadas;
- Introducir una vía rápida para las demandas sobre competencia presentadas por las PYMES;²⁵
- Examinar la conveniencia de introducir, en los asuntos relativos a cárteles, una presunción *iuris tantum* de que un cártel ha influido en los precios mediante un porcentaje fijo, haciendo recaer la carga de la prueba sobre el demandado²⁶;
- Mantener la defensa de daños repercutidos tal como está.²⁷

²¹ El documento de consulta está disponible en: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf>; consultado el 26 de mayo de 2012.

²² Véase artículo 4 del documento de consulta del BIS.

²³ Párr. [4.16-4.18].

²⁴ Párr. [4.19-4.21].

²⁵ Párr. [4.24-4.35].

²⁶ Párr. [4.40-4.43].

²⁷ Párr. [4.44-4.49] – legislación considerada más idónea en la UE.