



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*

---

### Jueves, 21 de junio de 2012

15:00 h. **Mesa redonda:** La cuantificación de los daños anticompetitivos por los Tribunales nacionales.

**Sra. Gabriela Muscolo.**  
Magistrada.  
Tribunal de Roma

# **Red Europea de Formación Judicial**

**Daños relacionados con la competencia, el derecho europeo de la competencia y los jueces: aplicación privada y pública. Los artículos 101, 102 y 107 del TFUE y los jueces nacionales (REFJ1224)**

**Barcelona-20, 21 y 22 de junio de 2012**

## **Parte II**

**Acciones por daños relacionados con la competencia**

**Cuantificación de los daños ante los tribunales nacionales**

**La perspectiva italiana**

**Gabriella Muscolo**

**(Juez de la sección especializada en propiedad industrial y pleitos del derecho de la competencia del Tribunal de Roma)**

**Resumen: 1. Introducción: cuestiones relacionadas con las pruebas en los pleitos privados sobre competencia. 2. Atenuar la carga de la prueba en asuntos sobre competencia. 3. Asimetría de las partes en la información y el acceso a las pruebas. 4. Estándar de prueba en la valoración de los daños y perjuicios: de la justicia a la prueba económica. 5. Conclusiones: superar la deferencia epistemológica de jueces hacia los economistas. Hacia una economía forense.**

**1. Introducción: cuestiones relacionadas con las pruebas en los pleitos privados sobre competencia.**

Como los asuntos sobre competencia contienen muchos elementos de hecho y el juez que los resuelve es también investigador de los hechos, tiene que abordar tres grandes cuestiones de gran importancia relacionadas con las pruebas en los pleitos privados.

Las primeras dos cuestiones surgen en la fase de investigación: la primera consiste en atenuar la carga de la prueba y depende de numerosas normas; la segunda es la asimetría de las partes en el acceso a las pruebas, y afecta a la normativa procesal sobre obtención de pruebas.

La tercera cuestión se refiere a la fase decisoria y la evaluación de las pruebas: es el estándar de prueba exigido para la valoración del asunto.

**2. Atenuar la carga de la prueba en asuntos sobre competencia.**

En cuanto a la primera cuestión, en el sistema italiano, de acuerdo con la norma general del art. 2697 del Código Civil, corresponde al demandante demostrar el incumplimiento de las normas sobre competencias, la relación de causalidad y la cuantía de los daños.

No obstante, a la hora de recabar pruebas, tanto la legislación como la jurisprudencia atenúan la carga de la prueba que pesa sobre el demandante.

Por ejemplo, no existe una disposición que de un modo general obligue a revelar la información en los asuntos relacionados únicamente con la competencia. Pero si el asunto también guarda relación con la propiedad industrial, el Código de la Propiedad Industrial italiano, en su artículo 121.2, y el art. 156 de la Ley de Derechos de Autor disponen que el tribunal deberá emitir una orden al presunto infractor o a terceros para que exhiban documentos, información y datos para la identificación de las personas jurídicas implicadas en el incumplimiento y aplicación del art. 6 de la Directiva 2004/48/CE (la llamada directiva de ejecución), así como ADPIC.

En los asuntos relacionados con el vínculo entre la propiedad industrial y la competencia, también puede recurrirse al art. 121.5 del Código de la Propiedad Industrial, que permite que un perito técnico designado por el juez reciba documentación que aún no haya sido presentada al tribunal.

### **3. Asimetría de las partes en la información y el acceso a las pruebas.**

En cuanto a la segunda cuestión, la asimetría de las partes en la información sobre los hechos relevantes y las pruebas es el principal obstáculo para la mejora de los pleitos privados: sería deseable un mecanismo de revelación, como el propuesto por el Libro Blanco. Sigue el modelo de revelación tenue adoptado por la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

El acceso a las pruebas podría facilitarse en los procedimientos derivados; las mismas partes disponen únicamente de un acceso limitado al archivo, pero el tribunal puede solicitarlo directamente a la Autoridad en Defensa de la Competencia y el Mercado (AGCM) en virtud del art. 211 de la ley de enjuiciamiento.

Ante un tribunal italiano, a una resolución de la AGCM constatando un incumplimiento de la legislación sobre competencia se le otorga una fuerza probatoria considerable, pero no tiene el valor de prueba legal y no invierte la carga de la prueba sobre la infracción.

Por ejemplo, en el Tribunal de Apelación de Milán, el 26 de noviembre de 1996, en el asunto *Telssystem contra Sip*, un procedimiento derivado por daños y perjuicios en un caso destacado de abuso excluyente de posición dominante, el tribunal determinó por sí solo que existía infracción, alcanzando las mismas conclusiones que la AGCM.

El Tribunal Supremo italiano, en su resolución de 13 de febrero de 2009 n° 3640 *Inaz Paghe contra Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*, estableció que las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia representaban una “prueba privilegiada”, es decir, una pieza probatoria de gran valor para las demandas por daños y perjuicios posteriores. No obstante, dicha prueba es refutable y es posible contrastar el resultado de la evaluación de la autoridad nacional de la competencia con piezas probatorias distintas y contrarias.

La postura del gobierno italiano, del Consejo Superior de la Magistratura italiano ( *Consiglio Superiore della Magistratura*), del Tribunal Supremo italiano y de la AGCM no es favorable a la propuesta del Libro Blanco de otorgar carácter vinculante transfronterizo a las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia para los tribunales nacionales; dicha postura es incompatible con el sistema legal italiano y, en caso de interpretación exhaustiva, podría ser incluso contrario a la Constitución Italiana.

ADDE PF.

#### **4. Estándar de prueba en la valoración de los daños y perjuicios relativos a la competencia: de la justicia a la prueba económica**

Entrando en la tercera cuestión, a la hora de tramitar las pruebas, un juez de competencia suele manejar fuentes de prueba peculiares: las pruebas documentales son escasas en un asunto por infracción; las testificales son quizás las más difíciles de valorar.

Las presunciones y las pruebas circunstanciales adoptan gran relevancia a la hora de establecer los hechos. Sobre esta cuestión, los tribunales italianos pueden remitirse al TJE 2006, Asunto C-44/02 *Dresdner Bank y otros contra la Comisión*, sobre el papel de los indicios a la hora de cumplir el estándar de prueba. Para la jurisprudencia italiana sobre la relevancia de las presunciones, respaldada por las conclusiones de la AGCM, véase Tribunal Supremo 13 de febrero de 2009 N° 3640, *Inaz Paghe*, antes citado.

No obstante, en los pleitos por competencia el instrumento favorito es la prueba económica. El recurso a la economía en asuntos sobre competencia plantea dos cuestiones principales: la primera tiene que ver con el papel del juez frente al economista, a causa de la asimetría epistemológica entre ambos y de la admiración epistemológica que el primero siente hacia el segundo. El segundo problema es la necesidad de una Economía Forense en la que el perito haga las veces de traductor para el juez, que es el garante del procedimiento. El artículo 61 y siguientes y el artículo 191 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil italiana regula el uso de peritos y se aplica asimismo a los asuntos sobre competencia. En el sistema italiano, los peritos son designados por el tribunal y deben proporcionar al

juez un dictamen escrito. Las partes pueden designar sus propios peritos, que no son interrogados.

Con frecuencia, se recurre a peritos para determinar hechos técnicos en asuntos sobre competencia – y también para calcular los daños sufridos – pero es el juez quien debe guiar a los peritos en la tramitación del asunto y las conclusiones de los peritos no son vinculantes para el tribunal. No obstante, en caso de que el juez decida cuestionar el dictamen, deberá justificar su decisión.

En los asuntos exclusivamente relacionados con la competencia, un enfoque analítico simplificado basado en el “salvo por” ha sido el modelo preferido para compensar los daños sufridos en los procedimientos italianos (véase Tribunal de Apelación de Milán, 11 de julio de 2003, asuntos *Bluvacanze contra I Viaggi del Ventaglio* e *Inaz Paghe* y *Telssystem*, antes citados, en los que los peritos fueron designados por el tribunal, así como el fallo del Tribunal de Apelación de Turín del 7 de febrero de 2002, antes citado, en el que el tribunal calculó los daños sufridos sin designar peritos).

El tribunal también puede disponer el pago de una cuantía global en los autos del procedimiento. Los daños se calculan con arreglo al artículo 1226 del Código Civil, que proporciona al tribunal la potestad de determinar equitativamente los daños sufridos cuando no existan referencias claras, en el enorme pleito que siguió a la resolución de la AGCM del 28 de julio de 2000, asunto 1377, *RC Auto*, teniendo también en cuenta el sobrepago pagado por los demandantes, que según la AGCM consistía en un 20% de recargo.

El demandante debe demostrar también la existencia de daños y la relación de causalidad en caso de valoración equitativa, que en algunos casos rebaja el estándar de prueba en relación con el cálculo del importe exacto de los daños sufridos.

La Comisión está publicando actualmente el Documento de Orientación sobre cuantificación del daño en las acciones por daños y perjuicios relacionadas con la competencia, un instrumento no vinculante que no interfiere en la legislación ni las prácticas nacionales, concebido para ayudar a los tribunales a valorar los daños y, en su caso, a las partes a resolver litigios.

El Documento de Orientación facilita la comprensión de los distintos métodos y técnicas de cuantificación del daño sufrido – tanto por los competidores como por los consumidores – a causa de un aumento de los precios o prácticas excluyentes, basándose en un análisis de tipo el “salvo por”, ayudando a los jueces a recrear el escenario opuesto a los hechos y dependiendo también de un cierto número de presunciones.

Las instituciones y asociaciones italianas (Tribunal Supremo italiano, Asociación Italiana de Juristas Europeos - AIGE) han participado en la consulta pública sobre el Documento de Orientación.

El Documento de Orientación puede ayudar al juez italiano a guiar al perito económico en la elección de los distintos modelos propuestos, y legitima la reclamación del uso de la ciencia forense en los dictámenes periciales. También facilita la evaluación por parte de ADD y el cuestionamiento de las conclusiones del perito por parte del juez.

Se espera que las orientaciones aumenten el estándar de prueba sobre la cuantía de los daños sufridos, para reducir los casos de cálculo equitativo y potestativo y limitar el riesgo de compensación excesiva o insuficiente.

En la jurisprudencia italiana, los tribunales no suelen tener en cuenta la existencia de una sanción administrativa impuesta por la Comisión Europea o bien por la AGCM a la hora de conceder indemnizaciones por daños y perjuicios, pero la AGCM en ciertos casos sí tendrá en cuenta la compensación pagada o pendiente de pago por la empresa para calcular las sanciones.

#### **4. Conclusiones: superar la admiración epistemológica que los jueces sienten hacia los economistas. Hacia una economía forense.**

Como conclusión, el recurso a la economía en asuntos sobre competencia plantea dos cuestiones principales: la primera tiene que ver con el papel del juez frente al economista, a causa de la asimetría epistemológica entre ambos y de la admiración epistemológica que el primero siente hacia el segundo. El segundo problema es la necesidad de una Economía Forense en la que el perito haga las veces de traductor para el juez, que es el garante del procedimiento: esta cuestión aún está en fase de desarrollo en Italia.

Borrador, no citar.