

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR INFRACCIONES DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: DESARROLLO EN ESPAÑA E HITOS RECIENTES

Introducción

Las conductas restrictivas de la libre competencia en el mercado (sean éstas acuerdos entre empresas o prácticas abusivas desde una posición dominante) son aptas para ocasionar significativos daños económicos a terceros, típicamente clientes y competidores de las empresas responsables. Piénsese por ejemplo en los incrementos de precio que deben soportar los compradores de un producto cuando en un sector se celebra un cártel entre empresas productoras, o en la limitación de las posibilidades de negocio de una empresa cuando uno de sus competidores se reserva, mediante el correspondiente acuerdo de exclusividad con uno o varios proveedores, el acceso a un activo o producto necesario para competir eficientemente en el mercado.

Como es natural, los perjuicios económicos causados por la vulneración de las normas «*antitrust*» son susceptibles de reparación en nuestro Derecho bajo el cauce ordinario del artículo 1.902 del Código Civil, que impone a quien cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia la obligación general de reparar el perjuicio causado. A efectos de obtener tal reparación, el perjudicado habrá de acreditar la existencia y cuantía del perjuicio sufrido, el nexo causal entre daño y conducta restrictiva y la existencia de un elemento subjetivo de imputación.

La principal peculiaridad en nuestro Derecho de la reclamación de daños por infracción de las normas de defensa de la competencia reside en la necesidad de que previamente se haya declarado, por parte de las autoridades administrativas —y, en su caso, contencioso-administrativas— competentes, la comisión de tal infracción, esto es, la exigencia de un requisito de «procedibilidad administrativa» para la interposición de la correspondiente acción resarcitoria en materia «*antitrust*». Ésa es la situación para los casos en que la infracción en causa se refiera a las normas contenidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») dado el explícito tenor de su artículo 13.2. En cambio, y por lo que se refiere a las reclamaciones de indemnización fundadas en la vulneración de las disposiciones «*antitrust*» comunitarias (i.e., artículos 81 y 82 del Tratado CE), la cuestión del requisito de procedibilidad es más dudosa. A la vista del efecto directo de los preceptos referidos y de los principios

generales declarados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, parece defendible la interposición directa de la acción resarcitoria sin necesidad de obtener una previa declaración administrativa (de la Comisión Europea o de las autoridades españolas) constatando la infracción.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea el cauce y procedimiento empleados, lo cierto es que la interposición de acciones judiciales privadas tendentes a la reparación del perjuicio ocasionado por vulneración del Derecho de la competencia constituye la principal «asignatura pendiente» en la efectiva aplicación de las normas «*antitrust*» de la Unión Europea. En efecto, y a diferencia de la práctica estadounidense, las disposiciones europeas relativas a la defensa de la libre competencia han tenido tradicionalmente un inequívoco «aroma» jurídico-público, al haber sido aplicadas por la Administración generalmente en el contexto de expedientes sancionadores con el propósito de salvaguardar el orden público económico y sin tomar en consideración los intereses privados afectados por las conductas analizadas.

Se desprende de lo anterior que la aplicación por parte de los tribunales ordinarios de las normas «*antitrust*» (y, señaladamente, en materia de indemnización de perjuicios causados por conductas y prácticas restrictivas) ha sido poco frecuente en los Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido procede señalar que, de acuerdo con las últimas estadísticas disponibles, las sentencias dictadas por los jueces y tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea condenando a empresas infractoras de la normativa —nacional o comunitaria— de defensa de la competencia a pagar daños y perjuicios son muy escasas (ocho) y de cuantía relativamente modesta (el máximo importe concedido al demandante ha sido en Francia y ascendió a, aproximadamente, 5 millones de euros). La Comisión Europea ha lamentado en numerosas ocasiones esta situación y ha subrayado que la efectividad del Derecho de la competencia requiere de una intensa y frecuente aplicación por los jueces nacionales y, en concreto, de la ordinaria interposición por los perjudicados de las correspondientes reclamaciones de indemnización.

Desarrollo en España: anteriores precedentes

Nuestro país no constituye una excepción dentro del panorama comunitario recién descrito. En efecto, antes de dictarse la sentencia comentada en la

presente Nota, sólo existe constancia de un pronunciamiento judicial (la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 16 de abril de 2002 —JUR 2002\165978, rec. número 495/2001—) que haya reconocido la pertinencia de una reparación de daños y perjuicios ocasionados directamente por una vulneración de las normas de defensa de la competencia.

Tras quedar firme una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia declarando la comisión de una infracción del artículo 6 LDC por parte de una empresa en posición dominante, una empresa competidora de la dominante y directamente perjudicada por la conducta abusiva interpuso la correspondiente reclamación por daños y perjuicios, si bien fundada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y no en la LDC. La demanda fue íntegramente estimada en primera instancia, quedando la determinación del «*quantum*» del perjuicio causado para la fase de ejecución de sentencia.

Al resolver el recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó las conclusiones de la sentencia apelada, si bien con la importante observación de que no sólo consideró —como hicieron la parte actora y la propia sentencia de instancia— la infracción de la Ley de Competencia Desleal sino también de la propia LDC, recordando que había quedado acreditada por Resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia la comisión de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC. En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios, la Audiencia Provincial remitió al periodo de ejecución de sentencia para su valoración.

La sentencia de 16 de abril de 2002 constituye por tanto el primer pronunciamiento judicial en España del que se tiene noticia que otorga daños y perjuicios (si bien sin determinar su cuantía) como consecuencia directa de una infracción de las normas de defensa de la competencia.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 26 de julio de 2002 (JUR 2002\233703, rec. número 356/2002) se desestimó la solicitud de reparación de daños y perjuicios por defecto legal en el modo de proponer la demanda, habida cuenta de que el actor no cuantificaba su pretensión resarcitoria en la súplica de su demanda. Con todo, debe señalarse que el asunto en causa guardaba importantes semejanzas con el recién comentado, toda vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia habría declarado una infracción del artículo 1 LDC por Resolución firme y que el demandante fundó su acción resarcitoria no en la LDC sino en la

Ley de Competencia Desleal. Como singularidad del asunto que ahora se comenta cabe reseñar que el juez de instancia solicitó del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aplicación del artículo 13.3 LDC, una cuantificación del perjuicio sufrido por el demandante como consecuencia de las prácticas objeto de la Resolución declarativa de la infracción de la LDC.

La Sentencia de 7 de junio de 2005

En reciente sentencia de fecha 7 de junio de 2005 dictada por un Juzgado de primera instancia de Madrid podemos encontrar un nuevo y relevante ejemplo de aplicación de la previsión resarcitoria contemplada en el artículo 13.2 de la LDC.

En el supuesto contemplado, el Tribunal de Defensa de la Competencia había declarado la existencia tanto de un abuso de posición dominante como de acuerdos contrarios a la libre competencia, adoptando las correspondientes medidas y sanciones administrativas. La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia fue recurrida por los sujetos declarados responsables en sede contencioso-administrativa, siendo confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo. En la sentencia dictada por la Audiencia Nacional ya se advertía que las conductas anticompetitivas estaban privando a determinados partícipes en el mercado de «*una fuente sustancial de ingresos*».

Alcanzada la firmeza de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, uno de esos partícipes en el mercado perjudicados por las conductas anticompetitivas inició un procedimiento civil ante los Juzgados de primera instancia, reclamando la compensación de los perjuicios sufridos como consecuencia de esas conductas. Como fundamento último de la acción, se alegaron las sucesivas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo que habían declarado la existencia de las prácticas contrarias a la libre competencia. En cuanto a la cuantificación del perjuicio, el actor aportó un informe pericial que, a través de los pertinentes cálculos, fijaba el importe de los perjuicios que para su negocio habían supuesto las prácticas anticompetitivas del demandado.

El demandado se opuso a la demanda alegando diversas excepciones fundamentalmente centradas en negar la existencia y cuantía del perjuicio. Para tal fin, aportó también informes periciales junto con su contestación a la demanda.

La sentencia que aquí se comenta estima parcialmente la demanda, concediendo el actor la mayor parte del perjuicio reclamado.

La sentencia comienza por declarar que lo preceptuado en el artículo 13.2 de la LDC debe combinarse con los requisitos que, en cuanto a la acción por responsabilidad extracontractual, establece el artículo 1902 del Código Civil. En cuanto a la existencia de la acción ilícita y culposa, el Juzgado asume la declaración de anticompetitividad ya realizada por las autoridades judiciales y administrativas. Declara a tal efecto el Juzgado que «*sin entrar a analizar los motivos que llevaron al Tribunal de Defensa de la Competencia, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, a declarar que las actuaciones denunciadas eran contrarias a la libre competencia [...], combinando lo señalado en las mismas con lo preceptuado en el artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, llevaría a estimar la existencia de la acción culposa determinante de la responsabilidad*». Considera igualmente acreditada la existencia de la relación causal, toda vez que los perjuicios reclamados se ofrecían como consecuencia de las conductas sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sentada la concurrencia de estos dos elementos, el resto de la sentencia se centra en la determinación y cuantificación del lucro cesante objeto de reclamación, cuestión que absorbió la mayor parte del debate procesal durante el procedimiento. Para ello, parte del artículo 1106 del Código Civil y del concepto general de lucro cesante asentado en nuestra jurisprudencia: «*las ganancias susceptibles de ser reclamadas (son) aquellas en que concurre verosimilitud suficiente para ser reputadas como muy probables, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento dañoso y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico*».

Para comprobar si concurrían o no estos presupuestos, el Juzgado analiza tanto los informes periciales aportados con demanda y contestación como las declaraciones de sus autores en el juicio, ya que en el supuesto comentado ni las partes solicitaron ni el Juzgado acordó de oficio la designación judicial de perito o la petición de informe al Tribunal de Defensa de la Competencia «*sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones*» (artículo 13.3 de la LDC). Contrastando los informes periciales disponibles «*según las reglas de la sana crítica*», concluye el Juzgado que la valoración del perjuicio efectuada en el informe pericial aportado junto a la demanda era —con una única salvedad— «*razonable, equita-*

tiva y ajustada a derecho». Y condena, por ello, al pago de una indemnización por un importe que, según los datos disponibles, supera con mucho la máxima compensación otorgada hasta la fecha en Europa como consecuencia de daños derivados de la infracción de las normas «*antitrust*».

Aunque la sentencia aquí comentada está pendiente de recurso de apelación, constituye un hito importante en cuanto a la aplicación práctica en España de la posibilidad de reclamación de los perjuicios derivados de las conductas contrarias a la libre competencia, singularmente en cuanto a su articulación con las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual y con los preceptos que sobre proposición y valoración de la prueba contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ALFONSO GUTIÉRREZ Y JAVIER GARCÍA SANZ (*)

EL FRAUDE DE LEY TRIBUTARIA NO CONSTITUYE DELITO FISCAL PORQUE NO IMPLICA OCULTACIÓN NI ENGAÑO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/2005 SE OPONE A LA TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El delito fiscal, ¿exige ocultación de datos fiscalmente relevantes o basta con no pagar? («Teoría del engaño» vs. «Teoría de la infracción de deber»)

«Defraude». Defraudar. Ése es el verbo que emplea el artículo 305 del Código Penal para describir la conducta típica del delito fiscal («*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública [...] eludiendo el pago de tributos [...]*») Pero ¿qué significa defraudar? Si decimos que un contribuyente defrauda, ¿significa que no paga y además engaña a la Administración Tributaria (por ejemplo, ocultando sus bienes o declarando unos ingresos inferiores a los reales)? ¿O quizá un contribuyente defrauda, simplemente, dejando de pagar el tributo a que está obligado, aunque no engañe ni oculte, aunque haya facilitado a la Administración Tributaria todos los datos relevantes?

Alrededor de esta pregunta gravitan actualmente gran parte de los problemas relacionados con la

* Abogados, respectivamente, de los Departamentos de Derecho Europeo y de la Competencia y del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).