

Reclamaciones de daños causados por cárteles: el Tribunal Supremo somete la defensa del “*passing on*” a requisitos estrictos

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2013
(STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 651/2013)

Grupo de Competencia de Gómez Acebo & Pombo

1. El “cártel” del azúcar

El Tribunal de Defensa de la Competencia dictó el 15 de abril de 1999 una resolución mediante la cual se declaraba acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde Febrero de 1995 a Septiembre de 1996. Se consideraba autores de dicha conducta a una serie de empresas productoras de azúcar. En tal resolución se impuso a las citadas compañías azucareras multas por un importe total de 1.455 millones de Pesetas. La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia fue confirmada tanto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, deviniendo por lo tanto tal resolución firme.

2. Reclamaciones de daños y perjuicios por los perjudicados: acciones “follow on”

Diferentes empresas que habían comprado azúcar para usos industriales a las compañías sancionadas decidieron interponer demandas civiles en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta declarada ilegal por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En concreto, la Sentencia que ahora nos ocupa, de 7 de Noviembre de 2013, trae causa de una demanda presentada por parte de una serie de empresas compradoras de azúcar

contra su proveedor, que era una de las compañías condenadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid, que estimó parcialmente la demanda. La Sentencia de Apelación de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto por la demandada y dejó sin efecto la condena de daños y perjuicios. La Sentencia que ahora nos ocupa, que resuelve el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo y revoca la Sentencia de Apelación, estimando totalmente las pretensiones de los demandantes y condenando al pago de los daños y perjuicios reclamados.

El análisis de esta Sentencia es particularmente interesante en un momento como el actual en el cual se está tramitando el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las normas que regirán las demandas por daños y perjuicios derivadas de infracciones del Derecho de la Competencia. En particular, este asunto que nos ocupa constituye un ejemplo arquetípico de las denominadas demandas de daños y perjuicios “follow on”, es decir, demandas de daños derivados de un cártel que ha sido condenado previamente por una autoridad de competencia.

3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2013

Dentro de los múltiples aspectos de interés que reviste esta Sentencia, debemos destacar los siguientes.

3.1. Vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales

El Tribunal Supremo analiza la alegación de cosa juzgada o de litispendencia con respecto a lo que los tribunales ya habían resuelto en los recursos de apelación y casación interpuestos contra la resolución del Tribunal de la Competencia. El Tribunal Supremo afirma que no puede atribuirse efectos de cosa juzgada a lo decidido por otras jurisdicciones, entendiendo que en sede de una reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales civiles o mercantiles no opera la cosa juzgada con respecto a lo pronunciado por tribunales del orden contencioso-administrativo.

Sin embargo, especifica el Tribunal Supremo que La *fijación de hechos* por otras jurisdicciones puede producir el efecto de cosa juzgada en la jurisdicción civil.: el TS, expone la doctrina de que los hechos declarados probados por la sentencia de jurisdicción contenciosa-administrativa que conoce de la legalidad las resoluciones administrativas que declaran si hay o no práctica anticompetitiva pueden vincular a la jurisdicción civil que conoce de una demanda de daños y perjuicios derivada de la infracción del Derecho de la Competencia.

El Tribunal afirma que unos hechos no pueden existir y dejar de existir a la vez para los órganos del Estado, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas. Así, la vinculación a los hechos fijados por otras jurisdicciones no es absoluta: no es que en todo caso se deban aceptar de forma mecánica los hechos declarados probados por otra jurisdicción, sino que una *distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, pero sin incurrir en contradicción.* Se deben *"exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe (...)"* –STC 192/2009 de 28 de septiembre, citada por la STS de 7 de noviembre de 2013-.

En la práctica, esto significa que los hechos declarados probados por el

Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy en día por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en una resolución, cuando son confirmados por los tribunales en los recursos interpuestos frente a tal resolución, funcionarán en la práctica como hechos probados y refutables en una reclamación ulterior de daños y perjuicios, siendo el margen real para una explicación alternativa o interpretación diferente prácticamente marginal o inexistente en la práctica.

3.2. La defensa del "passing on". Requisitos y carga de la prueba

El Tribunal Supremo, basándose en lo anteriormente reseñado, afirma que debe partirse de los hechos probados de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia consistente en las subidas concertadas de precios de azúcar vendido para uso industrial, y del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia. El alto tribunal pasa a considerar entonces la viabilidad de la defensa del "passing on". En esencia, el argumento de defensa esgrimido por el demandado según el cual las demandantes, compradoras de azúcar a la demandada, habrían trasladado a sus propios clientes el sobrepago pagado por el azúcar a la demandada. La defensa consiste en alegar que el haber trasladado ("passing on") el sobrecoste aguas abajo a sus propios clientes significa que los demandantes, en realidad, no sufrieron daño alguno por el sobrecoste pagado por el azúcar, y por lo tanto no tienen nada que reclamar a la demandada.

Esta defensa había sido acogida por la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo por este asunto. En efecto, la Audiencia Nacional había concluido que si bien en el año 1996 los productos elaborados con azúcar habían sufrido una disminución de precio (la actuación del cártel se había prolongado durante los años 1995-1996), en el año 1997 se había producido una apreciable elevación del precio. Además, la Audiencia Provincial constató que las asociaciones que formularon la denuncia ante el Tribunal

de Defensa de la Competencia presentaron un escrito ante la Audiencia Nacional en el que afirmaban entre otras que los precios que los fabricantes de dulces fijan para sus productos se habían visto condicionados por prácticas restrictivas de la competencia de los productores de azúcar, materia prima esencial, debiendo tales empresas trasladar el coste artificialmente alto del azúcar a sus productos, perdiendo competitividad y afectando a su imagen comercial. Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia Nacional consideró que estaba suficientemente probado que los demandantes habían trasladado los costes aguas abajo y que por lo tanto no habían sufrido daño, en aplicación de la doctrina del "passing on" y por ello revocó la sentencia original.

El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que dicha conclusión no es acorde con el significado y alcance de la defensa del "passing on" en el Derecho de la Competencia. En este sentido, el tribunal desarrolla sus razonamientos conforme a los puntos siguientes:

- *El tribunal no niega la posibilidad de que el "passing on" o traslado del daño aguas abajo sea una defensa válida contra las reclamaciones de daños y perjuicios. Sin embargo, el tribunal advierte de que el "passing on" no debe ser visto como una simple repercusión de precios en el sentido de incremento de precios en el mercado aguas abajo en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado aguas arriba; en realidad, **lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el incremento de precios sufrido aguas arriba, sino el perjuicio económico derivado del mismo, es decir, el daño.***

En efecto, la elevación de los precios del azúcar no tiene sólo el efecto mecánico y económico de tener que soportar un coste superior al que resulte de la libre competencia; ese mayor coste implica una *pérdida de competitividad de la empresa, al tener que hacer frente a unos costes superiores*

a los normales, y una afectación de la imagen comercial de dichas empresas, y todo ello constituye el daño sufrido.

- El Tribunal Supremo, al igual que se reconoce en la explicación de la citada propuesta directiva del Parlamento Europeo y Consejo, reconoce que el incremento del precio de venta por parte de los fabricantes de productos derivados del azúcar debido al aumento del coste del azúcar *ocasionará una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda.*

En este sentido, tal y como se afirma en la citada propuesta, ese **lucro cesante que se produce por la reducción de las ventas** debe unirse al daño emergente que representa el sobrecoste sufrido.

- Por ello, el Tribunal Supremo concluye que para que se aplique la doctrina del "passing on", no basta con probar que el comprador directo del azúcar ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario además probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio como consecuencia de la actuación del cártel y si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota del mercado nacional o internacional a quienes sí la han sufrido, o debido a que la demanda se ha retraído ante el aumento de precio etc.), no puede estimarse la defensa del "passing on" o no puede hacerse en su totalidad.

El cálculo de los daños y perjuicios sufridos, y en su caso de si hubo o no repercusión del daño, puede ser complejo puesto que normalmente deberá realizarse sobre la base de un estudio económico que intente reconstruir cuál habría sido la situación competencial y de precios en

ausencia del cártel, y compararlo con la situación real. En este punto se produce uno de los pronunciamientos más relevantes de la STA que analizamos: quién tiene la **carga de la prueba del eventual "passing on"**.

En efecto, el Tribunal Supremo considera que *no son los demandantes quienes tienen que probar que no trasladaron el daño aguas abajo, sino que es el **demandado** quien tiene la carga de probar que ello fue así*. Esto es conforme con el art. 12 de la propuesta directiva citada, según la cual la carga de la prueba en caso de que se argumente que ha habido repercusión del sobre coste recaerá en el demandado, es decir, el infractor.

Estableciéndose así el principio de la carga de la prueba en el demandado, cobran crucial importancia los informes periciales presentados por demandantes y en el pleito El Tribunal Supremo indica que el informe pericial aportado con la demanda *"parte de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58% del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel,*

dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios. El resultado sería el sobreprecio anticompetitivo cobrado por EBRO PULEVA a los demandantes, que ha sido actualizado mediante la aplicación de una tasa de descuento, el tipo de interés legal del Banco de España".

El Tribunal Supremo reconoce que en un informe pericial de ese tipo es imposible *"realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar"*. El Tribunal Supremo nos recuerda que la valoración de "esta situación hipotética contrafáctica" es lo que la propuesta de Directiva propugna. Para el Tribunal Supremo, la dificultad derivada de *"este tipo de métodos no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio"*.

Lo que el Tribunal Supremo exige al informe pericial que presente la parte demandante perjudicada por el cártel es que *"formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos"*. La Sala entiende en este caso que el informe del perito de las demandantes *"contiene ambos elementos y por lo tanto la valoración realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada"*.

Frente a ello, el informe pericial de la demandada resulta insuficiente, puesto que sería necesario que justificase una cuantificación alternativa mejor fundada, cosa que no hace, puesto que se limita a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado por el demandante.

El Tribunal Supremo declara de que ha habido una "ausencia de prueba" por parte del demandado sobre extremos

relevantes para poder estimar la defensa del "passing on", por lo que la Sentencia recurrida vulnera la carga de la prueba al no haber desestimado tal defensa.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo admite como daños y perjuicios la integridad de aquellos indicados en la prueba pericial de los demandantes, no aceptando la solución salomónica de conceder el 50% de la indemnización solicitada que adoptó el Juzgado de 1ª Instancia. En efecto, el Tribunal Supremo reconoce que el hecho de que *"el cálculo de las indemnizaciones se haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez, pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones salomónicas carentes de la necesaria justificación"*.

3.3. Los perjudicados no tienen la obligación de actuar "más inteligentemente" para mitigar sus daños

Los hechos mostraron que las demandantes habían adquirido ciertas partidas de azúcar de importación, a precios inferiores no afectados por la conducta ilegal. La hipótesis de que hubieran podido importar más cantidades de azúcar, en lugar de comprarlas en España a las empresas sancionadas, y con ello mitigar sus daños, viene negado por el Tribunal no sólo como posibilidad fáctica en este caso, sino como defensa jurídicamente admisible. Tal y como afirma el Tribunal Supremo, *incluso de ser cierto que algunos de los demandantes, si hubieran sido más sagaces, hubieran podido aumentar las importaciones de azúcar, no es razonable que se permita a quien realizó la conducta anticompetitiva que le reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios obtenidos con base en el argumento de que los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente para mitigar los daños de la conducta anticompetitiva del infractor. Quien causa el daño sólo puede verse liberado de indemnizarlo en todo o en parte si se*

prueba que quien lo sufrió lo agravó con su conducta negligente lo que en el caso enjuiciado no ha sido probado."

4. Conclusión

La STS de 7 de noviembre de 2013 fija una serie de principios que resultan de máxima relevancia para las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos competenciales. Los principios que la STS desarrolla son, además, coherentes con los contenidos en el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las normas que regirán las demandas por daños y perjuicios derivadas de infracciones del Derecho de la Competencia.

En resumen:

- Los hechos fijados por las resoluciones de los órganos de competencia, y confirmadas por los tribunales en el marco de los recursos contra tales resoluciones, vinculan a los tribunales del orden civil en las demandas de daños y perjuicios; sólo cabe apartarse de dichos hechos acreditando razones o fundamentos que justifiquen tal apartamiento.
- La defensa del "passing on" es admisible, pero sólo prosperará cuando se demuestre que el perjudicado ha trasladado aguas abajo todo el daño sufrido, que no consiste en el mero sobreprecio sufrido sino que constituye un concepto complejo compuesto de daño emergente y lucro cesante, teniendo en cuenta la reducción de ventas derivada de la contracción de la demanda u otras circunstancias como las ventas perdidas frente a empresas competidoras del perjudicado que no hubieran sufrido el sobreprecio del "cártel".
- En todo caso, el demandado tiene la carga de probar que el demandante-perjudicado trasladó el daño aguas abajo.
- El perjudicado no tiene la obligación de actuar sagazmente para mitigar el daño buscando fuentes alternativas de suministro.
- Se revela la enorme importancia de los informes periciales económicos. Los informes periciales que aporten los demandantes se basan necesariamente en hipótesis

contrafactuales, pero ello no impide que sean considerados a los efectos del cálculo de daños. Los informes periciales que presenten los demandados no deben limitarse a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, y debe abordar de manera específica la

demostración de que las perjudicadas trasladaron el daño aguas abajo para que prospere la defensa del "passing on".

Este último aspecto obliga sin duda a una especial creatividad pero sujeta al más estricto rigor racional, jurídico y económico, por parte de abogados y economistas a la hora de confeccionar los informes periciales, que serán pieza capital en este tipo de litigios.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com

Barcelona | Bilbao | Madrid | Málaga | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York