

1. Introducción

Cualquier persona o empresa que haya sido perjudicada por una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene derecho a reparación económica por el perjuicio sufrido. Por tanto, el damnificado tiene derecho a la reparación del daño emergente, el lucro cesante y los intereses derivados del perjuicio de tal manera que se le reponga en la posición que tendría de no haberse producido el acto ilícito. Ante la inexistencia de una normativa de la UE en la forma de esta reparación, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio de tal derecho.

A pesar de la existencia de un número importante de sentencias condenatorias por la existencia de un cártel, son escasas las acciones subsiguientes, “follow on”, para que sean reparados los daños y, menos, las acciones aisladas, “stand alone”, de reclamaciones de reparación de daños.

Con el fin de avanzar hacia una economía europea más eficiente y dinámica en términos económicos, la Comisión ha adoptado una serie de medidas, desde 2004, para estimular el debate sobre ese tema, y ha obtenido la opinión de los interesados sobre una serie de posibles iniciativas que podrían facilitar las acciones por daños y perjuicios. En particular, en 2005, la Comisión publicó un Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, que identifica algunos de los principales obstáculos que impiden a las víctimas de las prácticas anticompetitivas de los Estados miembros realizar recursos de indemnización. Entre los impedimentos destaca la problemática de la cuantificación de los daños en general y en particular la complejidad y coste monetario de las técnicas económicas utilizables, las cuales pueden ser, además, diversas.

En 2008, la Comisión publicó un Libro Blanco con propuestas concretas para superar los obstáculos legales y de procedimiento dentro de las normas de los Estados miembros de los recursos judiciales antimonopolio por daños y perjuicios. En su Libro Blanco de 2008, la Comisión anunció su intención de elaborar un marco con una orientación pragmática y no vinculante para la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos en tales acciones.

Más recientemente, la Comisión ha centrado su trabajo en dos áreas principales que considera importantes dentro del marco de las acciones por daños y perjuicios: la reparación colectiva¹ y la cuantificación de los daños. En esta última línea de trabajo destaca el Proyecto de documento orientativo: Cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102, publicado por la Comisión en 2011.

No obstante, cada Estado miembro puede tener una aproximación diferente a la cuantificación de daños². La UE sólo pide que se respete, de un lado, el principio de efectividad: la regulación no debe hacer, en la práctica, excesivamente difícil o económicamente inasumible, por parte del afectado o afectados, conseguir una reparación de daños y, de otro lado, el de equivalencia: no debe ser la legislación a este respecto menos favorable que las que regulan demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares.

¹ Véase Milla, P. (2013).

² En este sentido, cabe destacar que la escasa armonización de las prácticas judiciales puede fomentar la búsqueda de la jurisdicción más favorable para un caso de reparación de daños y puede fomentar el «shopping» judicial, que presenta un problema: el país (o jurisdicción) “más blando” es el que marca la pauta al resto. Así, se da un caso típico de pérdida de eficiencia económica derivada de comportamientos no cooperativos. En efecto, si todas las legislaciones son duras se gana en eficiencia y toda la UE se beneficia: la UE funcionaría mejor económicamente y sería más competitiva y próspera. Aunque el “juzgado blando” crea que se está beneficiando en verdad no es así: estaría mejor en un marco cooperativo con una legislación armonizada y «dura».

Las legislaciones de los diferentes Estados miembros de la UE, no contemplan ninguna disposición en relación con las técnicas económicas de cálculo en reclamaciones de daños y en los escasísimos casos en que se ha obtenido indemnización, la cuantificación en general se hace a grandes rasgos, de una manera incompleta y utilizando, en muchos casos, métodos excesivamente simplistas desde una perspectiva económica que subestiman el perjuicio sufrido. Además, dentro de sus respectivos marcos jurídicos, los legisladores y los órganos jurisdiccionales han adoptado, a menudo, planteamientos pragmáticos, que se alejan de los planteamientos desde la ciencia económica, a la hora de determinar el importe que se concederá por daños y perjuicios.

Hasta la fecha, en España (como en el resto de Europa) es muy escaso el número de reclamaciones de daños derivados de actos ilícitos de competencia, especialmente si se tienen en cuenta las cifras de las resoluciones de prohibición de prácticas restrictivas por el TDC o la CNC³.

Y no se debe a que exista un marco legal desfavorable en España para las acciones privadas pues: el marco legal permite acciones colectivas de tal manera que los costes de la reclamación pueden ser compartidos por los perjudicados⁴ y pueden hacerse reclamaciones sin que exista una sentencia administrativa previa. Sin embargo, no se han producido muchas decisiones judiciales sobre compensación de daños.

Tampoco nuestro Derecho dedica disposición alguna a la cuestión de la metodología económica que se siga para la cuantificación del daño. La fijación del “quantum” en las reclamaciones de daños es una cuestión, de hecho, que está reservada al Tribunal de instancia. La carga de la prueba y cantidad precisa del daño debe ser reclamada por el perjudicado con los estudios económicos pertinentes mientras que el juez puede (y debería) pedir informes económicos de cuantificación independientes.

En todo caso, ponderados todos los elementos de juicio, la decisión corresponde al juez, el cual, “si considera que la cantidad no queda claramente acreditada en las periciales aportadas por las partes, puede desestimar la reclamación por falta de precisión suficiente en la fijación del quantum”.

Además, el demandado puede alegar que el demandante ha podido repercutir a los clientes del perjudicado todo o parte del daño infringido. Esta defensa denominada “pass on”, neutralizaría, en todo o parte, la demanda por considerar que el demandante no ha sido perjudicado o sólo en parte.

Así pues, existe por parte del perjudicado una incertidumbre muy grande en cuanto a las posibilidades de ganar una demanda. En este sentido, una hipótesis a contrastar es si esta falta de acciones de petición de resarcimiento de daños comentada anteriormente, está motivada por la complejidad y coste de los estudios económicos necesarios para cuantificar los daños, frente a unas expectativas modestas de conseguir la reparación, entre otras causas, ante la posibilidad cierta de la defensa “pass on” por parte de los demandados.

A este respecto, hay que señalar que, llegado a un extremo, si el coste de la litigación es mayor en un céntimo de euro que el resarcimiento del daño, no es racional, desde una perspectiva económica, emprender una acción de reparación de daños. En cualquier caso, la demanda se realiza en función de las cantidades individuales esperadas frente a los costes en los que se considera incurrir en la tramitación de la demanda. Por tanto, hay que manejar un cálculo de probabilidades a la hora de emprender una demanda: de un lado

³ Arjona, L.E. y Bello, M.P. (2010).

⁴ Véase Milla, P. (2013)

considerar, la cantidad recibida esperada la cual será una función conjunta de la cantidad que se puede reparar y la probabilidad de conseguirla⁵ frente a los costes económicos de la demanda a los que pueden sumarse intangibles como el caso de la pérdida de reputación en el caso de perder la demanda.

La cantidad a reparar depende de la técnica económica, pues cuanto mejor sea es posible reclamar más y mayores las posibilidades (probabilidades) de éxito, mientras que la técnica económica influye en el coste: cuanto mejor, más trabajo supone, y es más cara. Por tanto, es clave un análisis esmerado a la hora de elegir la técnica, la cual sabríamos si es la óptima cuando si gastamos un euro más saldríamos perdiendo (el resarcimiento adicional conseguido por invertir un euro adicional en un técnica sería un euro menor que el coste) y si gastásemos un euro menos tendríamos la oportunidad de conseguir un resarcimiento mayor.

Además existe una correlación temporal de los resultados: cuanto menos demandas, menos saldrán victoriosas, y cuanto menos demandas victoriosas menor se considerará la probabilidad de ganar (y quizás mayor la pérdida de reputación asociada). De esta manera se genera un círculo vicioso (o virtuoso cuando se gana una demanda).

También hay que considerar que el riesgo de pagar una compensación por una infracción es menor cuanto menos probable es tener que pagar en el caso de ser detectado y sancionado. Si son bajos los riesgos de tener que pagar, mayores serán las ganancias potenciales (esperadas) de la infracción y, por tanto, menor su prevención (por el temor de ser sancionado) o la posibilidad de que un infractor se acoja a un programa de clemencia.

De ser así la creación de metodologías económicas claras y sencillas de aplicar que acerquen el mundo económico de la reclamación de daños antitrust a las demandas jurídicas serían efectivas no sólo para conseguir una justa reparación de los daños sino también para prevenirlos y hacer más efectivos los programas de clemencia.

2. Los daños de los cárteles

Los cárteles perjudican a los consumidores y tienen nefastas repercusiones en la eficacia económica. Un cártel supone un incremento de los precios por encima del que se registraría en una situación sin él y una reducción de la producción. Además, los cárteles protegen a sus miembros de los riesgos derivados del juego de las fuerzas de mercado y, de esta forma, éstos se ven libres de las presiones que deberían impulsarlos a reducir los costes y a innovar. Los anteriores efectos influyen negativamente en la eficacia de la economía de mercado.

Al comienzo del Siglo XX no era conocido mucho sobre los cárteles y poco menos que su cuantificación. Los economistas consideraban que si bien se producían incrementos de precios también generaban efectos positivos. Durante la Gran Depresión, a finales de los años 20 del siglo pasado, se promocionaron los cárteles como una manera de generar eficiencias para superar la crisis. Esta visión favorable continuó durante la IIGM en la que los cárteles eran parte de la maquinaria de guerra. Esta visión después cambia, y aunque los cártel no se prohíben si se controlan sus precios. Finalmente, en los años 80 son prohibidos. Por tanto, desde entonces, solo se cuantifican sus efectos negativos mientras que los efectos positivos, al no existir, no se cuantifican, de tal manera que frente a los daños no pueden considerarse posibles beneficios disfrutados por

⁵ Si se puede demandar por 1.000.000 de euros y la probabilidad de perder es del 99,999 % es más “rentable” una demanda de 1 € con la probabilidad de un 99,99% de ganar.