

PATENTES FARMACÉUTICAS Y APLICACIÓN PRIVADA
DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

PHARMACEUTICAL PATENTS AND PRIVATE ENFORCEMENT
OF COMPETITION LAW

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 26.01.2015 / Aceptado: 04.02.2015

Resumen: Las empresas que llevan a cabo comportamientos contrarios al Derecho europeo de la competencia no sólo deben ser castigadas por alterar ilícitamente las condiciones de libre competencia en el mercado, sino que, también, deben responder por los daños ocasionados por sus prácticas. Efectivamente, además de reprimir la conducta ilícita y castigar a las empresas que la llevan a cabo por infringir las normas de competencia, la conducta ilegal puede haber causado perjuicio a muchos sujetos, que podrán reclamar una indemnización por daños contra esas entidades infractoras. El objeto de este trabajo es estudiar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por hechos que vulneran las normas antitrust europeas, en concreto, por abusos de posición de dominio relacionados con patentes farmacéuticas

Palabras clave: Ilícitos *antitrust*, abuso de posición de dominio, demandas de responsabilidad extracontractual, competencia judicial internacional y ley aplicable, patentes farmacéuticas.

Abstract: Undertaking that carry out conduct contrary to European competition law must not only be punished for unlawfully altering the market's competitive conditions, but they are also liable for the damages caused by their practices. Indeed, in addition to suppressing the unlawful conduct and punishing the undertakings who do so by violating competition law, the unlawful conduct may also cause harm to many other subjects who can claim compensation for damages against the infringing undertakings. The object of this paper is to study the international jurisdiction and the applicable law on non-contractual liability for acts that infringe European antitrust laws, in particular, abuses of dominant position related to pharmaceutical patents.

Key words: Unlawful *antitrust*, abuse of dominant position, claims for non-contractual liability, international jurisdiction and applicable law, pharmaceutical patents.

Sumario: I. Introducción; II. Procedimiento en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia; 1. Dos posibles procedimientos. Acciones follow-on y acciones stand alone; 2. Acciones Follow-on; A) Prueba vinculante de la resolución administrativa en el proceso civil de daños; a) Procedimiento civil con previa Decisión de la Comisión; b) procedimiento civil con previa decisión de la autoridad nacional de competencia; B) Cooperación entre los órganos administrativos y los civiles; a) Procedimiento de competencia pendiente ante los órganos administrativos; b) Procedimiento de competencia pendiente ante el órgano judicial competente; 3. Acciones Stand-alone; III. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia: origen Jurisprudencial; IV. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Competencia judicial internacional; 1. Foro de la sumisión; A) Sumisión Expresa del artículo 25 R1215; B) Sumisión tácita del artículo 26 R1215; 2. Foro del domicilio del demandado del artículo 4 R1215; A) Concepto de domicilio en el R1215; B) Actuación a través de filiales; C) Pluralidad de demandados; 3. Foro

especial del artículo 7.2 R1215; A) Caracteres de los foros especiales del artículo 7; B) Materia contractual y extracontractual; C) Tribunales que se desprenden del tenor literal de artículo 7.2: los del lugar del hecho dañoso; D) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar donde pueda producirse el hecho dañoso; E) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar del daño; a) Ilícitos a distancia; b) Daños plurilocalizados; F) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar donde pueda producirse el daño; G) Tribunales del hecho dañoso y del daño; 4. Foro especial del artículo 7.5 R1215; 5. Litispendencia y conexidad; A) Litispendencia; B) Conexidad; V. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Ley aplicable; 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II; 2. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Consideraciones generales; 3. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Norma de conflicto; A) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en un solo país; B) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en varios países; C) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que existen varios demandados; 4. Excepción de orden público; 5. Ámbito de la legislación aplicable; VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las empresas farmacéuticas se dedican a encontrar principios activos para combatir las enfermedades que azotan a la humanidad. En la mayoría de las ocasiones pasan años hasta que consiguen el medicamento que buscan, años de investigación, de inversión y de esfuerzo, que se ven recompensados con la obtención del fármaco.

La patente es el instrumento que permite que el laboratorio que ha encontrado el medicamento sea el que únicamente tenga derecho a explotarlo. Con la obtención de la patente, los competidores no pueden elaborar el mismo fármaco patentado; el laboratorio titular de la patente tiene ese derecho en exclusiva.

2. Precisamente, la protección que supone la patente hace que las empresas farmacéuticas titulares de la misma, en algunas ocasiones, para prolongar la exclusividad de actuación en el mercado, soliciten patentes secundarias sobre medicamentos de segunda generación¹. En estos casos, el objetivo no sería proteger y recompensar la inversión en I+D efectuada, la intención de la farmacéutica podría ser dilatar en el tiempo la entrada de productos genéricos y seguir manteniendo el monopolio en el suministro del fármaco en cuestión². Se trataría de una estrategia lícita, que se tornaría ilícita si se actuara

¹ M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea”, *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 188-189.

Siguiendo la terminología utilizada por la Comisión, la patente primaria es la que se obtiene sobre moléculas que se utilizan para desarrollar el principio activo, y la patente secundaria es la que se obtiene, después, sobre “*aspectos como diferentes dosificaciones, el proceso de producción o fórmulas farmacéuticas concretas*” (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 11). Así es, la patente secundaria se solicita en relación con aspectos no esenciales de la patente original, si bien, estos aspectos no esenciales deben suponer una *verdadera innovación incremental* y no pequeños cambios en el medicamento (M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’...”, p. 180).

² Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, pp. 11-12. La Comisión hace referencia en este Informe, además, a la estrategia de obtener multitud de patentes sobre el mismo medicamento –*marañas de patentes* o *racimos de patentes*– (vid., en este sentido, entre otros, C. SHAPIRO, “Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard setting”, *Innovation policy and the Economy*, 2001, pp. 119-150. Para este autor, la cooperación entre las empresas que poseen diversas patentes sobre componentes de un mismo producto es necesaria para, por un lado, que ellas alcancen más beneficios, y, por otro, que el consumidor pague un menor precio por el producto final –aún tratándose, este último, de un precio de monopolio– (la demostración empírica de esta conclusión se encuentra en C. SHAPIRO, “Navigating the patent ticket...”, pp. 149-150). Otras estrategias que han utilizado las empresas farmacéuticas de medicamentos originales para retrasar la entrada de medicamentos genéricos son, por ejemplo, la iniciación de litigios relacionados con las patentes o la conclusión de acuerdos entre ambos tipos de empresas farmacéuticas, las de medicamentos genéricos y las de medicamentos originales, para limitar la comercialización de los productos genéricos a cambio de un pago directo, una licencia, un acuerdo de distribución u otro *acuerdo complementario* (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, pp. 12-15). En relación con lo primero, con la iniciación de litigios, vid., V. GUIMARAES DE LIMA E SILVA, “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sec-

de forma fraudulenta para conseguir ese objetivo. En este último caso, la empresa titular de la patente podría estar abusando de su posición de dominio al impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado (art. 102 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE, en adelante–). Así es, los medicamentos genéricos no pueden comercializarse hasta que caduque la patente del medicamento original –a menos que la entrada en el mercado de los primeros se pueda realizar sin infringir el derecho de exclusiva del titular de la patente–³. Pues bien, con la solicitud, y consecuente obtención, de la patente secundaria se pospone la entrada de esos productos genéricos en el mercado. Esta estrategia de la farmacéutica titular de la patente se ve favorecida, además, por la facilidad con la que las Oficinas de Patentes conceden estos derechos exclusivos a los solicitantes. El aumento en el número de solicitudes ante la Oficina Europea de Patentes (OEP), por ejemplo, y la escasez de recursos que tiene, llevan a que el examen de los requisitos de patentabilidad sea poco riguroso y, consecuentemente, la obtención de patente sea relativamente fácil⁴.

3. La concesión de una patente, por definición, lesiona la libre competencia⁵. En efecto, el hecho de impedir que pueda haber competidores en un determinado mercado vulnera las normas sobre Derecho de la competencia –salvo en casos excepcionales–. Precisamente esto es lo que supone una patente, que su titular sea la única empresa que pueda actuar en el mercado con el fármaco objeto de la patente⁶.

En este tema, por tanto, nos encontramos con dos derechos en conflicto⁷. Por un lado, el derecho de propiedad intelectual que supone la concesión de la patente⁸. Por otro, el Derecho de la competencia, que se ve infringido cuando no se permite competir libremente en un determinado mercado que se cierra a la entrada de competidores. En este sentido, la solicitud de una patente secundaria con la intención de

tor”, *European Competition Journal*, vol. 7, nº 3, diciembre 2011, pp. 455-503. Respecto de lo segundo, del pago a las empresas competidoras para que no entren en el mercado, *vid.*, J. DREXL, “‘Pay for delay’ and blocking patent –Targeting pharmaceutical companies under European Competition Law”, *IIC*, 2009, pp. 751-755.

Vid., también, M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ ...”, p. 193; *Id.*, “Los *patent thickets* y los *patent trolls*: Análisis desde la perspectiva europea”, en A. GARCÍA VIDAL (dir.), *Patentes farmacéuticas y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 67-100.

³ Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 8.

⁴ M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ ...”, p. 184.

⁵ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de competencia”, *ADI*, vol. 31, 2010-2011, p. 77; M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso *AstraZeneca*”, *Giur. comm.*, II, 2013, p. 592. *Vid.*, en este sentido, A. SPILLMANN, “Transparency obligation for holders of EU IP assets in the pharmaceutical industry”, *JIPLP*, vol. 9, nº 2, 2014, p. 128 y 129; DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005, disponible en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf, apartado 40.

⁶ La patente supone que no pueda haber competidores por imitación –competencia en precios–, pero sí puede haber competidores por sustitución –competencia en innovación– (J. DREXL, “*AstraZeneca* and the EU sector inquiry: when do patent filings violate competition law?”, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-02, pp. 5-6). En el caso *AstraZeneca*, del que hablaremos más adelante, tanto la Comisión como los órganos judiciales europeos, se han centrado en la competencia en precios y no en la competencia dinámica en innovación (M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà ...”, p. 599). En el sector farmacéutico, además, tal como han definido el mercado de referencia las autoridades europeas de competencia, tanto administrativas como judiciales, la titularidad de una patente supone ostentar posición de dominio en el mercado (M. COLE, “Pharmaceuticals and competition: first strike to the Commission?”, *ECLR*, 34(5), 2013, pp. 231-232). Así es, en el asunto *AstraZeneca*, la Comisión, el TG y el TJUE, definieron el mercado de referencia teniendo en cuenta la acción bioquímica del fármaco y, por tanto, el uso terapéutico del mismo (Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE –caso COMP/A.37.705/F3 –*AstraZeneca*; STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún, apartados 47 y 51). Con este criterio, en el caso mencionado, el único producto que formaba parte del mercado de referencia era el objeto de la patente, el fármaco Losec, pese a que había otros –anti-H2– que anteriormente se habían prescrito para tratar los mismos problemas gastrointestinales por hiperacidez. Por tanto, todo fármaco que suponga una nueva acción bioquímica, cuando sea patentado, supondrá que la farmacéutica titular de la patente ostentará posición de dominio.

⁷ P.-A. VAN MALLEGHEM/W. DEVROE, “*Astrazeneca*: Court of Justice upholds first decision finding abuse of dominant position in pharmaceutical sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, nº 3, 2013, p. 229.

⁸ Utilizamos la terminología *derechos de propiedad intelectual*, en sentido amplio, para referirnos a los derechos de propiedad intelectual, en sentido estricto, y a los derechos de propiedad industrial –terminología anglosajona-. No obstante lo anterior, debemos decir que si distinguiéramos entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de propiedad industrial, las patentes se englobarían dentro de estos últimos.

evitar la entrada de competidores en el mercado supone un abuso de posición de dominio del artículo 102 TFUE⁹.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un primer momento, consideró que la existencia y ejercicio de un derecho de propiedad intelectual no suponía, por sí mismo, abuso de posición de dominio¹⁰.

Más tarde, el órgano judicial empezó a distinguir entre estos dos conceptos, existencia y ejercicio del derecho de propiedad intelectual, afirmando que no hay ningún conflicto de intereses entre el derecho de propiedad intelectual y el Derecho europeo de la competencia cuando se trata del primero. Dicho con otras palabras, el Tribunal europeo afirmaba que el conflicto puede aparecer cuando ese derecho de propiedad intelectual se ejercita, que la mera existencia del mismo no supone ninguna violación del Derecho europeo de la competencia¹¹ –salvo en algún supuesto excepcional, como fue el caso *Tetra*

⁹ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico...”, pp. 68-69; M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’...”, p. 196.

¹⁰ En relación con la concesión de una patente sobre un medicamento, *vid.*, en este sentido, STJCE de 29 febrero 1968, *Parke, Davis and Co.*, asunto 24/67, *Rec.* 1968, p. 81. En esta sentencia, el Tribunal europeo afirma “*que, en el ámbito de las disposiciones relativas a la libre circulación de los productos, las prohibiciones y restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial son admitidas por el artículo 36, pero bajo la reserva expresa de que las mismas ‘no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros’; que, por motivos análogos, el ejercicio de los derechos dimanantes de una patente concedida de acuerdo con la legislación de un Estado miembro no supone, en sí mismo, una infracción a las normas sobre la competencia establecidas por el Tratado*”.

En el asunto 78/70 confirmó su jurisprudencia anterior: “*(...) que el fabricante de soportes sonoros, titular de un derecho afín al derecho de autor, no posee una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado por el mero hecho de ejercitar su derecho exclusivo de poner en circulación los objetos protegidos*” (STJCE 8 junio 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, 78/70, *Rec.* 1971, p. 487, apartado 16).

¹¹ Así, en el caso *Volvo*, el Tribunal estipuló lo siguiente: “*(8) Hay que destacar a continuación que la facultad del titular de un modelo protegido de impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo. Por tanto, una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante. (9) No obstante, hay que destacar que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 (LCEur 1986, 8) si da lugar, por parte de una empresa que ocupe una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres independientes, la fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo, a condición de que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados miembros*” (STJCE de 5 octubre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng (IK) Ltd*, 238/87, *Rec.* 1988, p. 6211).

El mismo día 5 de octubre de 1988, el Tribunal europeo confirmó lo recogido en la sentencia *Volvo*, en el caso *Renault* (STJCE de 5 octubre 1988, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli y Maxicar/Regie Nationale des Usines Renault*, 53/87, *Rec.* 1988, p. 6039, apartado 18).

En el asunto *Magill*, el órgano judicial europeo mantiene la distinción entre existencia y ejercicio de un derecho de propiedad intelectual y concreta las circunstancias en las que el ejercicio del mismo puede suponer una infracción de las normas de competencia (STJCE 6 abril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, *Rec.* 1995, p. I-743, apartados 46-54). Así, el Tribunal considera que la titularidad de un derecho de propiedad intelectual, un derecho de autor en este caso, no conlleva necesariamente para el titular ostentar posición de dominio. Sin embargo, en este caso, sí supuso que los titulares del mismo tuvieran una posición dominante en el mercado de referencia. En cuanto al ejercicio de dicho derecho de autor, el Tribunal indicó que, como el mismo suponía que no pudiera aparecer un producto nuevo en el mercado, producto, además, demandado por los consumidores, dicho ejercicio constituía un abuso de posición de dominio en este caso.

En el año 1997, en el caso *Tiercé Ladbroke*, el Tribunal de Justicia, recordando la sentencia *Magill*, afirmó que “*(...) En efecto, la negativa opuesta a la demandante sólo puede estar sujeta a la prohibición del artículo 86 si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial o es un producto nuevo o cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores (véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, Rec., p. I-743, apartados 52, 53 y 54)*” (STPI 12 junio 1997, *Tiercé Ladbroke SA/Comisión*, T-504/93, *Rec.* 1997, p. II-923, apartado 131).

En el caso *Micro Leader Business*, el Tribunal de Justicia reitera la jurisprudencia anterior (STPI 16 diciembre 1999, *Micro Leader Business*, T-198/98, *Rec.* 1999, p. II-03989, apartado 56).

Pak, en el que la adquisición del derecho de propiedad intelectual suponía el aumento considerable del poder de mercado de la empresa y eliminaba o, al menos, retrasaba la entrada de competidores en un mercado en que, por cierto, había muy poca competencia¹²-. Además, para que ese ejercicio del derecho de propiedad intelectual suponga un abuso de posición de dominio, es necesario que se den determinadas circunstancias que recogió el Tribunal en el asunto *Magill*¹³.

En relación con esto, cuando distinguimos entre existencia y ejercicio del derecho de propiedad intelectual y afirmamos que la mera existencia del mismo no supone abuso de posición de dominio, se ha de distinguir, a su vez, entre adquisición lícita del derecho de propiedad intelectual y adquisición ilícita, ya que, en este último caso, sí podría haber abuso de posición de dominio¹⁴. Precisamente, esto es lo que se plantea, entre otras cosas, en el caso *AstraZeneca* del que hablaremos más adelante¹⁵.

5. El presente trabajo estudia la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia cuando los competidores y los consumidores se ven perjudicados por un comportamiento de abuso de posición de dominio llevado a cabo por una farmacéutica titular de una patente¹⁶. En estas circunstancias, los

Por último, en los casos *IMS* y *Microsoft*, el Tribunal europeo utiliza la jurisprudencia *Magill* para exigir que se den, de forma cumulativa, tres requisitos para que se pueda hablar de abuso de posición de dominio (STJCE 29 abril 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Rec.* 2004, p. I-05039 y STPI 17 septiembre 2007, *Microsoft/Comisión*, T-201/04, *Rec.* 2007, p. II-3601, respectivamente). Así es, el órgano judicial establece que “(38) De dicha jurisprudencia se desprende que, para que la negativa de una empresa titular de un derecho de autor a permitir el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada pueda calificarse de abusiva, basta que se cumplan tres requisitos con carácter cumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en una mercado derivado” (STJCE 29 abril 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Rec.* 2004, p. I-05039).

¹² STPI de 10 julio 1990, *Tetra Pak*, T-51/89, *Rec.* 1990, p. II-309, apartado 23. En este caso, el abuso de posición de dominio no venía dado por la mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual, venía dado porque esa titularidad se tenía en el contexto mencionado de escasa competencia y suponía la práctica anulación de la misma. Por tanto, no es la sola detentación de un derecho de propiedad intelectual en sentido abstracto, es la adquisición del mismo en el caso concreto, lo que lleva a valorar la situación como posible abuso de posición de dominio (J. STRAUS, “Patent application: obstacle for innovation and abuse of dominant position under article 102 TFUE”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº 3, 2010, pp. 198-199).

¹³ STJCE 6 abril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, *Rec.* 1995, p. I-743, apartados 54-56: “54. (...) La negativa de las recurrentes a proporcionar las informaciones básicas alengando las disposiciones nacionales sobre derechos de autor ha obstaculizado, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores, lo que constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado. 55. En segundo lugar, esta negativa no estaba justificada ni por la actividad de radio-difusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión (sentencia RTE, apartado 73, e ITP, apartado 58). 56. Finalmente, y en tercer lugar, como ha declarado igualmente el Tribunal de Primera Instancia, las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado (véase la sentencia de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents/Comisión*, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Rec.* p. 223, apartado 25, puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía”.

¹⁴ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico...”, p. 65.

Esta misma distinción se hizo en el caso *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, de la Corte Suprema de Estados Unidos –382 US 172 (1965)–, caso en el que el Tribunal consideró que la mera solicitud de una patente por parte de una empresa con posición de dominio constituía abuso de dicha posición de dominio si se obtenía de manera fraudulenta (J. STRAUS, “Patent application: obstacle...”, p. 195; M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà...”, p. 597; M. MAGGIOLINO/M.L. MONTAGNANI, “Astrazeneca’s abuse of IPR related procedures. A hypothesis of anti-trust offence, abuse of rights and IPR misuse”, *World Competition*, 2011, pp. 11-12).

¹⁵ STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún. En este caso, el TG y, posteriormente, el TJUE afirman que la solicitud de un derecho de propiedad intelectual puede suponer un abuso de posición de dominio cuando se obtiene de manera engañosa, no hace falta, por tanto, que dicho derecho sea ejercido para valorar esa posibilidad (STG de 1 julio 2010, T-321/05, *AstraZeneca*, *Rec.* 2010, p. II-2805, apartado 362; STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún, apartado 108).

¹⁶ El origen jurisprudencial de este derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por actuaciones contrarias al Derecho europeo de la competencia se encuentra en la STJCE de 20 septiembre 2001, *Courage*, C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-06297 y en la STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-06619, de las que hablaremos más adelante. En esta última sentencia se afirma que los daños que pueden reclamarse son tanto los efectivamente sufridos como el lucro cesante, más los intereses (STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-06619, apartado 100). El artículo 2.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones

perjudicados pueden reclamar responsabilidad civil extracontractual y solicitar una indemnización por esos daños y perjuicios sufridos a la empresa infractora del Derecho europeo de la competencia, ante la jurisdicción civil del Estado competente.

Para ilustrar el estudio del tema vamos a utilizar el caso *AstraZeneca* ya mencionado¹⁷. En este asunto, el Tribunal de Justicia desestima el recurso de casación interpuesto por *AstraZeneca AB* y por *AstraZeneca plc.* –*AstraZeneca*, en adelante– contra la sentencia del Tribunal General que, a su vez, desestima el recurso que tenía por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión emitida en este caso¹⁸. Los hechos estudiados en este asunto, tanto por la Comisión como por los órganos judiciales europeos, se pueden resumir en un doble abuso de posición de dominio llevado a cabo por *AstraZeneca*, empresa farmacéutica titular de una patente. El primer abuso consistió en aportar informaciones engañosas a las oficinas de patentes –de Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido y Noruega– y a los órganos judiciales de varios Estados miembros –Alemania y Noruega–, con el objeto de extender, de manera ilícita, el período de validez de la concesión de un derecho exclusivo de comercialización del medicamento objeto de la patente en esos países –medicamento Losec, basado en omeprazol, para dolencias gastrointestinales relacionadas con la hiperacidez–¹⁹. El segundo consistió en revocar la autorización de comercialización del producto original en varios países –Dinamarca, Suecia y Noruega–, al mismo

de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea –Propuesta de Directiva, en adelante– reconoce este derecho al pleno resarcimiento, lo cual incluye el daño emergente, el lucro cesante y el pago de los intereses devengados desde el momento de perjuicio hasta el momento del abono de la indemnización (COM (2013) 404 final, Estrasburgo, 11 junio 2013).

¹⁷ STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicado aún.

¹⁸ STG de 1 julio 2010, *AstraZeneca*, T-321-05, *Rec.* 2010, p. II-02805; Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*).

¹⁹ En relación a este comportamiento, las autoridades europeas no exigen la prueba de que la empresa farmacéutica tiene intención de engañar a las Oficinas de patentes, igual que tampoco se exige que el comportamiento tenga efectos anticompetitivos en el mercado. Lo único que han requerido es la prueba de que la farmacéutica, con esa información engañosa, ha conseguido la protección de un derecho exclusivo de manera ilícita (A. SPILLMANN, “Transparency obligation for ...”, p. 129). En este sentido, si bien es cierto que cometer meros errores en la información comunicada a las autoridades públicas, por parte de una empresa con posición de dominio, no supone, *per se*, un abuso de posición dominante, se acerca mucho a la conducta del artículo 102 TFUE a menos que haya una evidencia de lo contrario. En cuanto a los efectos del comportamiento en el mercado, el Tribunal de Justicia considera que estos no tienen que ser reales y actuales, pueden ser potenciales (apartado 112). Estos dos supuestos llevan a plantearnos cuándo se puede exigir responsabilidad a la empresa con posición de dominio de la información engañosa que ha aportado, sabiendo que no se requiere la intención de fraude por su parte –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Estados Unidos– y cuándo se puede detectar la existencia de efectos en el mercado cuando estos son potenciales (B. BATCHELOR/M. HEALY, “The AstraZeneca judgment. The EU Court of Justice reins in the General Court”, *Competition Law Insight*, vol. 12, n° 1, 2013, p. 10; *Id.*, “CJEU AstraZeneca judgment: groping towards a test for patent office dealings”, *ECLR*, 34(4), 2013, pp. 172-173; *vid.*, también, en relación con esto, E. DIENY, “Arrêt AstraZeneca: un pas trop loin dans la prise en compte des effets des abus de position dominante?”, *La Semaine Juridique. Entreprise et affaires*, n° 3, 17 enero 2013, pp. 36-37; M. GIANNINO, “The EU Court of Justice upholds the AstraZeneca condemnation for misusing patent law procedures”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n° 4, 2013, p. 318-319; R. PODSZUN, “Can competition law repair patent law and administrative procedures? AstraZeneca”, *CMLRev.*, vol. 51, n° 1, 2014, pp. 288-289; J. DREXL, “AstraZeneca and the EU sector inquiry...”, p. 8; para conocer las diferencias entre el Derecho antitrust norteamericano –análisis del caso *Rambus*– y el Derecho antitrust europeo –análisis del caso *AstraZeneca*–, en relación con la aplicación del abuso de posición de dominio por un comportamiento relacionado con una patente, *vid.*, J. DREXL, “Deceptive conduct in the patent world –A case for US antitrust and EU competition law?”, en W. WALDECK UND PYRMONT/M.J. ADELMAN/R. BRAUNEIS/J. DREXL/ R. NACK (eds.), *Patents and technological progress in a globalized world –Liber amicorum Joseph Straus*, Springer, Berlin, 2009, pp. 137-156). Según algunos autores, en el caso *AstraZeneca* falta un análisis económico para determinar los potenciales efectos del comportamiento en el mercado (R. PODSZUN, “Can competition law ...”, p. 289; *Id.*, “Can competition law ...”, pp. 292-294). Así es, en lugar de utilizar los tests económicos que se siguieron para elaborar el Discussion Paper de la Comisión sobre el artículo 82 TCE, a través del cual se aporta una nueva interpretación del mencionado artículo 82 TCE - DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005, disponible en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf–, en el caso *AstraZeneca* se vuelve a la clásica *competencia en méritos* (R. PODSZUN, “Can competition law ...”, p. 293; en relación con el análisis económico en el Discussion Paper, *vid.*, W. WURMNEST, “The reform of 82 EC in the light of the ‘economic approach’”, en M.-O. MACKENRODT/B. CONDE GALLEGO/E. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of dominant position –New interpretation, new enforcement mechanisms*, Springer, Verlag, 2008, pp. 1-20; D. RIZIOTIS, “Efficiency defence in Article 82 EC”, en M.-O. MACKENRODT/B. CONDE GALLEGO/E. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of dominant position –New interpretation, new enforcement mechanisms*, Springer, Verlag, 2008, pp. 89-116; J. DREXL, “Deceptive conduct in the patent world ...”, pp. 150-151).

tiempo que lanzaba al mercado el producto en comprimidos compuestos de múltiples microgránulos, en lugar de en cápsulas como había hecho hasta ese momento, todo ello con la intención de que los competidores de medicamentos genéricos no pudieran beneficiarse del procedimiento simplificado de obtención de esa autorización de comercialización, previsto en la Directiva 65/65, al tener que realizar ellos mismos pruebas farmacológicas, toxicológicas y clínicas a su medicamento para demostrar su inocuidad y eficacia y no poder beneficiarse de los ensayos clínicos de *AstraZeneca* sobre el medicamento original como consecuencia de la retirada de la autorización de comercialización²⁰. En ambos casos, el objetivo de *AstraZeneca* fue retrasar la entrada de medicamentos genéricos competidores en el mercado donde estaba actuando ella.

6. Los perjudicados inmediatos de ese comportamiento abusivo son los compradores directos de la farmacéutica, quienes deben pagar un precio más alto que el que pagarían por el medicamento en condiciones normales de competencia. Los compradores indirectos son los pacientes, que también se ven perjudicados porque no tienen la posibilidad de acceder al medicamento objeto de la patente a un precio más asequible²¹. Tanto los compradores directos como los indirectos tienen derecho a reclamar una indemnización por los daños efectivamente sufridos²². En este caso, el daño consiste en haber pagado más por un medicamento que, sin el comportamiento ilícito de abuso de posición de dominio, habría costado menos al consumidor. Otros perjudicados directos son los competidores de productos genéricos, quienes se ven privados de la posibilidad de entrar en el mercado por la conducta abusiva de la farmacéutica titular de la patente²³. Su daño es por lucro cesante²⁴. Para ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales a cuantificar el perjuicio sufrido, la Comisión ha publicado una Comunicación al respecto²⁵.

En las demandas por daños interpuestas por los clientes contra la farmacéutica proveedora puede ocurrir que ésta alegue que aquellos no sufrieron ningún perjuicio porque el sobreprecio pagado lo trasladaron a los pacientes-consumidores *–passing-on–*. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea reconoce expresamente la defensa del *passing-on* a la empresa infractora (art. 12.1)²⁶. La carga de la prueba, en este caso, la ostenta el demandado, que es quien debe demostrar que el demandante ha repercutido la totalidad o una parte del coste excesivo a su comprador (art. 12.1). Efectivamente, el demandado es el que tiene que probar que esto fue así²⁷. Es más, aunque pruebe que el demandante ha repercutido el sobreprecio al cliente, es posible que existan otros daños indemnizables.

²⁰ Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 enero 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas (DO n° 22, de 9 febrero 1965, pp. 369-373).

²¹ Los consumidores también se verían perjudicados porque el desincentivo a la innovación que supone la conducta de *AstraZeneca* conlleva que no puedan beneficiarse de nuevos y mejores medicamentos. Precisamente, en este caso *AstraZeneca* no se hace un análisis del daño de este comportamiento a los consumidores (M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà ...”, p. 599).

²² Artículo 13 de la Propuesta de Directiva.

²³ También los competidores de productos sustitutivos se verían perjudicados porque este comportamiento anticompetitivo incidiría en su motivación para innovar. En este sentido, la sociedad en general se vería perjudicada por la falta de innovación, tanto de los competidores como de la empresa farmacéutica original titular de la patente (J. DREXL, “*AstraZeneca* and the EU sector inquiry ...”, pp. 24-25).

²⁴ Los competidores, por el contrario, también podrían intentar beneficiarse del comportamiento anticompetitivo de la empresa original y, si pudieran entrar en el mercado, podrían aumentar los precios de sus medicamentos aprovechando que el precio del producto original se encuentra en niveles elevados. En estos supuestos, los compradores de esos medicamentos de la competencia, que pagan un sobreprecio por la existencia del comportamiento anticompetitivo de la farmacéutica titular de la patente, podrían reclamar a ésta una indemnización por los daños sufridos por haber comprado el producto del competidor a un precio más elevado *–efecto paraguas sobre los precios–* (STJUE de 5 junio 2014, *Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG*, C-557/12, no publicada aún. En esta sentencia se utiliza el artículo 101 TFUE, sin embargo, su jurisprudencia podría ser extrapolable a los casos sujetos al artículo 102 TFUE. Para ello, se necesita una relación de causalidad entre el daño y el ilícito *antitrust* (STJUE de 5 junio 2014, *Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG*, C-557/12, no publicada aún, apartado 34).

²⁵ Comunicación relativa a la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios ocasionados por infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, C (2013) 3440, Bruselas.

²⁶ COM (2013) 404 final, Estrasburgo, 11 junio 2013.

²⁷ STS núm. 651/2013 de 7 noviembre 2013, FD Quinto, punto 1 (RJ 2014\487); *vid.*, también, STS núm. 344/2012 de 8 junio 2012, FD Decimosexto (RJ 2012\9317).

Así es, el exceso en el precio pagado no constituye el único perjuicio que se puede reclamar, puede haber otros daños –pérdida de cuota de mercado por la actuación de otros competidores que no se han visto afectados por el ilícito *antitrust* o por el aumento del precio del propio medicamento– que podrían ser indemnizables²⁸.

7. Por último, en el trabajo sólo vamos a estudiar las demandas de responsabilidad extracontractual contra empresas que han abusado de su posición de dominio. No nos vamos a ocupar de las posibles reclamaciones de daños contra el Estado, cuando esta autoridad pública haya contribuido de alguna forma a que se produzca el ilícito concurrencial²⁹. Los Estados no son los destinatarios de las normas del Derecho antitrust, en concreto, del abuso de posición de dominio, son las empresas las únicas que pueden cometer este ilícito del artículo 102 del TFUE. Sin embargo, las autoridades públicas pueden contribuir a que las empresas lleven a cabo estos comportamientos y, por ello, también pueden ser responsables de la infracción del Derecho comunitario. Precisamente, en estos casos del sector farmacéutico, la intervención del Estado, como comprador en régimen de monopsonio de los medicamentos y en la fijación del precio de los mismos, se puede valorar en un momento previo, cuando se ha de determinar si la empresa farmacéutica en cuestión posee posición de dominio en el mercado, pero no se puede observar, una vez se ha acreditado el abuso de posición de dominio, para pedir responsabilidad por los daños ocasionados³⁰.

II. Procedimiento en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia

8. Las empresas farmacéuticas que abusan de su posición de dominio, no sólo deben ser castigadas por alterar ilícitamente las condiciones de libre competencia en el mercado, sino que, también, deben responder por los daños ocasionados por sus prácticas. Efectivamente, además de reprimir la conducta ilícita y castigar a las empresas que la llevan a cabo por infringir las normas de competencia, la conducta ilegal puede haber causado perjuicio a muchos sujetos, quienes podrán reclamar una indemnización por daños contra esas entidades infractoras.

²⁸ Así lo recoge el TS en su sentencia de 7 de noviembre de 2013: “Por tanto, en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. 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 cartel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “passing-on” o no puede hacerse en su totalidad” (STS núm. 651/2013 de 7 noviembre 2013, FD Quinto, punto tercero *in fine*, RJ 2014\487); *vid.*, también, el punto 4.4 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva.

²⁹ *Vid.*, S. DRAKE, “Scope of Courage and the principle of individual liability for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice”, *European Law Review*, vol. 31, nº 6, 2006, p. 846.

³⁰ En la STJUE del caso *AstraZeneca* se plantea, también, esta cuestión (STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún). La European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) –organismo que representa a las empresas farmacéuticas de medicamentos originarios– se adhiere al recurso de casación alegando que el Tribunal General había cometido un error de Derecho cuando afirmó que *AstraZeneca* había tenido posición de dominio en el mercado de referencia sin valorar el papel del Estado en ese mercado. Precisamente por ese papel del Estado, el criterio que se tuvo en cuenta para determinar la posición de dominio de *AstraZeneca* fue el mantenimiento de una gran cuota de mercado con precios muy superiores a los de la competencia, lo cual demostraba la independencia de la empresa respecto de los competidores, de los clientes y de los consumidores (apartado 181) (E. DIENY, “Arrêt AstraZeneca...”, p. 36).

En este sentido, la Comisión afirma lo siguiente: “Por lo que respecta a la demanda, el sector farmacéutico es atípico porque, en el caso de los medicamentos sujetos a prescripción, el consumidor final (el paciente) no toma la decisión (en general es el médico quien decide y, en algunos Estados miembros, también el farmacéutico). Sin embargo, ni el paciente, ni el autor de la prescripción, ni el que dispensa el medicamento soportan directamente la mayor parte de los costes, que suelen ser asumidos o reembolsados en gran parte o incluso en su totalidad por un sistema sanitario nacional (seguro de enfermedad). El sector farmacéutico es también atípico porque los precios suelen ser el resultado de un proceso de toma de decisiones regulado, que implica, sin embargo, negociaciones entre las partes interesadas. Cuando no es así, es decir, en los países con libre fijación de precios, los precios dependen de decisiones de reembolso reguladas. Debido a esta estructura, médicos, farmacéuticos y pacientes suelen ser poco sensibles al precio de los medicamentos sujetos a prescripción, aunque existen diversos mecanismos para controlar los presupuestos de tales medicamentos” (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 9).

El Derecho europeo de la competencia protege a los competidores y, sobre todo, a los consumidores, a quienes las sanciones previstas para las empresas infractoras no indemnizan el daño que les hayan podido ocasionar esas prácticas ilícitas. Por eso, además de la nulidad de pleno derecho y de las posibles multas impuestas a las empresas que han llevado a cabo ese comportamiento anticoncurrencial, se pueden exigir daños y perjuicios por parte de cualquier persona, física o jurídica, que se haya visto lesionada en sus derechos.

1. Dos posibles procedimientos. Acciones *follow-on* y acciones *stand alone*

9. En estos casos mencionados se deben distinguir dos posibles procedimientos y dos legislaciones aplicables. En efecto, en estos supuestos debe haber un hecho ilícito que dé lugar a una responsabilidad extracontractual por daño. Debemos diferenciar entre el procedimiento por el hecho ilícito y el procedimiento por el daño. El hecho ilícito es la vulneración del artículo 102 TFUE. El Reglamento 1/2003 determina las autoridades competentes para conocer de ese hecho ilícito, y el Derecho aplicable al mismo se encuentra recogido en el TFUE, en el artículo 102³¹. Por otro lado, en relación con el daño, el Reglamento 1215/2012 se encarga de regular los tribunales competentes para conocer de las demandas de responsabilidad extracontractual y el Reglamento Roma II se ocupa de la ley aplicable a dicha responsabilidad³². Como vemos, centramos el análisis en el entorno europeo, las normas mencionadas son las que aplicarán a estos casos los jueces europeos.

Habría, por tanto, dos legislaciones aplicables. En primer lugar se debe aplicar el Derecho europeo de la competencia para saber si ha habido infracción de las normas antitrust, y para imponer las sanciones administrativas que correspondan. En un segundo momento, una vez que se ha constatado la existencia de ese hecho ilícito, se aplicarán las normas sobre responsabilidad extracontractual para conocer el daño sufrido y la indemnización a pagar por el perjuicio. Las empresas que han llevado a cabo el ilícito concurrencial podrán tener, como consecuencia de lo anterior, dos tipos de sanciones. Por

³¹ El Reglamento 1/2003 es la norma que introduce la descentralización en la aplicación del Derecho *antitrust* (Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE nº L1, de 4 enero 2003, pp. 1-25). Así es, este texto comunitario dispone que, frente a la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3 TCE recogida en el antiguo Reglamento nº 17, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales serán competentes para aplicar los artículos 81 y 82 TCE –actuales artículos 101 y 102 TFUE– (Reglamento nº 17, de 6 febrero 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE nº 13, de 21 febrero 1962, pp. 204-211). Los órganos jurisdiccionales nacionales a los que hace referencia el Reglamento 1/2003, en el caso español son los juzgados de lo mercantil, según recoge la Disposición Adicional Primera de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en relación con el artículo 86. ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (Ley 15/2003, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el BOE núm. 159, de 4 julio 2007).

El reparto de asuntos entre las distintas autoridades está recogido en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DOCE nº C101, de 27 abril 2004, pp. 43-53. En este texto se propone el criterio de la autoridad mejor situada para determinar que ésta es la que debe ser competente. Para saber qué se entiende por *mejor situada*, la Comisión considera que se deben cumplir estas tres condiciones: “1. *Que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo*; 2. *Que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente*; 3. *Que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción*” (punto 8). En estos casos serán competentes las autoridades correspondientes, a menos que la Comisión se encuentre mejor situada. “*La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales)*” (punto 14).

En cuanto al Derecho aplicable, el TFUE prevé la nulidad de pleno derecho del acuerdo declarado ilícito, en el caso de las ententes; para el abuso de posición de dominio, el texto europeo no contempla ningún tipo de sanción. Además de la nulidad del acuerdo, si es el caso, la normativa comunitaria, el Reglamento 1/2003, prevé la imposición de multas a las empresas infractoras.

³² Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32).

Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L199, de 31 julio 2007, pp. 40-49).

un lado, habría una sanción administrativa por la vulneración de las normas del Derecho europeo de la competencia. Por otro lado, se podría imponer una sanción civil –la indemnización por daños y perjuicios– por haber infligido daños a terceros con esa conducta ilícita.

10. En este trabajo nos vamos a centrar en el segundo procedimiento y la segunda legislación aplicable, esto es, en la reclamación de daños derivados del abuso de posición de dominio llevado a cabo por la empresa farmacéutica titular de la patente.

11. El juez civil que conoce de la demanda de daños es posible que tenga que determinar él mismo si ha habido una lesión de la competencia para saber si debe conceder una indemnización por los daños sufridos. Se trataría de casos en los que las autoridades competentes para pronunciarse sobre los ilícitos del Derecho de la competencia no han tenido conocimiento de los hechos y, por lo tanto, no han podido emitir una resolución que determine si ha habido lesión de la competencia. El juez civil ante el que se ha interpuesto la demanda de daños llevará a cabo una *aplicación privada del Derecho antitrust*, puesto que tendrá que resolver primero si ha habido infracción de las normas de competencia para, después, decidir si ha habido daño y cuál debe ser la indemnización a pagar. Por el contrario, si son las autoridades administrativas competentes para aplicar el artículo 102 del TFUE los que conocen del supuesto de lesión de la competencia, su actuación será una *aplicación pública del Derecho antitrust*. Tras la cual podrá haber una reclamación de daños por los hechos investigados ante el juez civil competente.

Así es, la reclamación de daños puede plantearse una vez que se ha declarado ilegal el comportamiento denunciado, o, incluso, con ausencia de pronunciamiento en relación con la infracción de las normas de competencia³³. Puede ocurrir que, en primer lugar, haya un pronunciamiento que disponga que determinada actuación lesiona la competencia y que, por lo tanto, debe ser declarada ilícita. Y, después, que los particulares afectados por ese comportamiento reclamen una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En este caso, nos situamos ante las denominadas acciones de reclamación de daños y perjuicios *follow-on*. Pero también puede ocurrir que se acuda a los órganos jurisdiccionales civiles para pedir la indemnización de daños, sin tener previamente una resolución sobre la vulneración de las normas de competencia. En este supuesto estaremos ante las acciones *stand alone*. Con el primer tipo de acciones se busca el efecto disuasorio y penalizador para las empresas infractoras. Con el segundo, el objetivo es la compensación de la víctima. En la práctica de los tribunales, son muchas más las acciones *follow-on* que las *stand alone*³⁴. Entre otras razones, por la dificultad que plantea la prueba de los hechos contrarios al Derecho antitrust en estas últimas acciones³⁵. Las acciones *stand alone* han quedado para “*casos en los que la víctima y el infractor mantienen una relación directa, probablemente contractual, y en los que se encuentran involucrados sustanciales intereses económicos*”³⁶.

12. La sanción administrativa es independiente de la civil. Tan es así, que es posible que la empresa infractora no tenga que pagar multa alguna y, sin embargo, ello no obsta para que se le pueda exigir responsabilidad civil por su comportamiento³⁷. Efectivamente, en el caso de los cárteles del artículo 101 TFUE, si la empresa se acoge al Programa de Clemencia de la Unión Europea, es posible que la multa

³³ Vid., R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia”, *Rcd*, nº 4, 2009, p. 146.

³⁴ F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Towards a European Tort Law? Damages actions for breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3-2008, pp. 479-480.

³⁵ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 160. En cuanto a la dificultad probatoria en los procesos de Derecho de la competencia, *vid.*, entre otros, B. CAVALLONE, “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problema dell’istruzione probatoria”, en F. ROSSI DAL POZZO/B. NASCIBENE (eds.), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31-39; B. BUTTAZZI, “Il libro bianco 2008 della Commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIII, 3, 2009, pp. 1087-1090; R. BECKER/N. BESSOT/E. DE SMIJTER, “The White Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules”, en C. GHEUR/N. PETIT (eds.), *Alternative enforcement techniques in EC Competition Law*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 22. En relación a los procesos de abuso de posición de dominio, *vid.*, E. BRODI, “Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante”, *R. soc.*, 53, 6, 2008, pp. 1440-1486.

³⁶ F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Towards a European ...”, p. 480.

³⁷ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 145.

impuesta no tenga que ser pagada, sin embargo, sí podría ser requerida para que pague la indemnización civil de daños y perjuicios ocasionados³⁸. No obstante lo anterior, la Propuesta de Directiva recoge en su artículo 11 que, en el caso de hechos ilícitos llevados a cabo por varias empresas, si una de ellas queda dispensada del pago de la multa por acogerse al Programa de Clemencia, sólo tendrá que hacer frente a los perjuicios ocasionados a los compradores o proveedores directos o indirectos de las otras empresas infractoras cuando los perjudicados demuestren su incapacidad para obtener la indemnización de estas. Por lo tanto, la empresa dispensada del pago de la multa no tiene ninguna responsabilidad civil respecto de sus propios compradores o proveedores.

13. En los ordenamientos en los que se exige la culpabilidad de las empresas infractoras para indemnizar el daño, no concurriría este requisito si, en el caso de una entente, ésta se acoge a la exención del artículo 101.3 TFUE y no es objeto de sanción³⁹. Lo mismo se debe decir cuando las empresas destinatarias de un pliego de cargos de la Comisión, proponen acuerdos para despejar las dudas del órgano comunitario sobre la ilicitud de su comportamiento⁴⁰. En efecto, siguiendo el artículo 9 del Reglamento 1/2003, las empresas pueden ofrecer compromisos a la Comisión a fin de eliminar la preocupación mostrada por el órgano comunitario sobre la posible lesión de la competencia por parte de las entidades advertidas⁴¹. Tampoco habría culpabilidad si la Comisión acepta esos acuerdos propuestos por las empresas⁴².

2. Acciones *follow-on*

A) Prueba vinculante de la resolución administrativa en el proceso civil de daños

14. En las acciones *follow on*, la decisión adoptada por el órgano administrativo que ha resuelto la vulneración de las normas de competencia, debe ser tenida en cuenta por el órgano judicial que está conociendo de la reclamación de daños.

a) Procedimiento civil con previa Decisión de la Comisión

15. El artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 dispone que “*Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento*”.

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional civil que se pronuncie sobre una demanda de daños por un ilícito *antitrust* tendrá que utilizar la Decisión de la Comisión como prueba de la infracción de la normativa europea de competencia (apartado 4.3.1 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva).

³⁸ La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel prevé que “*la Comisión dispensará del pago de la multa que de otro modo se le hubiera impuesto a toda empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte a la Comunidad cuando sea la primera en facilitar información y elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, permitan a ésta: a) efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel o; b) determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE en relación con el presunto cártel*” (Apartado II, Sección A, punto 8) (DOCE nº C298, de 8 diciembre 2006, pp. 17-22)

³⁹ M. CHAGNY, “L’articulation entre actions privées et actions publiques”, *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 18, 2009, p. 120.

⁴⁰ M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 120.

⁴¹ Artículo 9.1 Reglamento 1/2003: “*Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión*”

⁴² M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 120.

b) Procedimiento civil con previa decisión de la autoridad nacional de competencia

16. La Propuesta de Directiva, en su artículo 9, equipara una Decisión de la Comisión a una resolución firme de una autoridad nacional de competencia, en el sentido de darle los mismos efectos probatorios. Por lo tanto, cuando la decisión de la autoridad nacional de competencia es firme –porque ha sido objeto de un recurso ante el órgano jurisdiccional de revisión, *ad ex.*–, debe ser utilizada como prueba vinculante de la existencia del hecho ilícito en el proceso de daños iniciado ante el juez civil⁴³.

B) Cooperación entre los órganos administrativos y los civiles

17. En los casos en los que se inicia el procedimiento civil de daños y no ha concluido todavía el procedimiento administrativo de infracción del Derecho de la competencia, la cooperación que debe existir entre estos órganos se detalla a continuación.

a) Procedimiento de competencia pendiente ante los órganos administrativos

18. El supuesto resuelto más arriba es el que presupone la existencia de una resolución dictada por una autoridad nacional de competencia o por la Comisión, sin embargo, cuando todavía no hay tal resolución, es decir, cuando el procedimiento está iniciado pero no ha concluido, cabría preguntarse cuál es la actuación que debería esperarse del juez civil que conoce de la acción de daños, en relación con la intervención de la autoridad de competencia. En este caso, el Reglamento 1/2003 prevé en su artículo 16 que los órganos jurisdiccionales podrán suspender su procedimiento a la espera de que resuelva la Comisión el suyo⁴⁴. En cualquier caso, no podrán adoptar una decisión que sea incompatible con la que prevea dictar la Comisión.

19. Respecto de las autoridades nacionales de competencia, el Reglamento 1/2003 no dice nada puesto que recoge que si conoce de un caso la Comisión, aquellas autoridades no podrán conocer del mismo (art. 11.6).

La vinculación de la decisión ya emitida de la autoridad administrativa nacional en relación con el procedimiento que está llevando a cabo el juez civil de la acción de daños, como ya hemos expuesto antes, está recogida en la Propuesta de Directiva (art. 9). Sin embargo, cuando la autoridad nacional de competencia todavía no ha emitido ninguna decisión al respecto, no parece tan claro que el juez civil tenga que esperar a que aquel órgano dicte su resolución. En efecto, los autores consideran que los jueces no deben quedar vinculados por decisiones del poder ejecutivo, ya que, de esta manera se vería en peligro el principio constitucional de independencia del poder judicial⁴⁵. Por todo ello, si no puede ser en relación con un pronunciamiento previo del órgano nacional de competencia, sí en relación con una

⁴³ Anteriormente a esta Propuesta de Directiva, la Comisión no veía obstáculo alguno para entender que, también, cuando hay una resolución firme de una autoridad nacional de competencia, dicha resolución fuera considerada prueba vinculante para el juez que esté conociendo de la demanda civil de daños y perjuicios. En este sentido, el Libro Blanco disponía que, no sólo la resolución de la autoridad nacional de competencia, también la resolución judicial emitida en relación con un recurso interpuesto contra la decisión administrativa, debería servir de prueba en el proceso de daños (Libro Blanco de la Comisión, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2008) 165 final, de 2 abril 2008); siempre que se trate de una resolución judicial firme (*vid.*, D. BECKER, “Les actions en ...”, *ACE, comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, n° 2, 2009, p. 27; M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 117; R. BECKER/N. BESSOT/E. DE SMIJTER, “The White Paper ...”, p. 25). La Comisión iba más allá en el Libro Blanco, y consideraba que esa vinculación debería serlo en todos los Estados miembros, y no sólo en el país de la autoridad administrativa o judicial que la ha emitido. Sin embargo, en España son muchos los autores que consideran que no es posible otorgar carácter vinculante a una decisión administrativa frente a un órgano judicial. Si así fuera, se vería en peligro la independencia del poder judicial que quedaría vinculado por una decisión del poder ejecutivo (*vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust europeo*, t. I, Colex, Madrid, p. 616; C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia”, *Rcd*, n° 3, 2008, p. 111).

⁴⁴ *Vid.*, S. BARIATI, “Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli”, *Riv.dir.int. priv.proc.*, XLIV, 2, 2008, pp. 350-351; S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione”, *Riv. Ital. Dir. Pubbl Comunitario*, XVIII, 5, 2008, pp. 1156-1159.

⁴⁵ *Vid.*, en relación con el Derecho italiano, *vid.*, S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle ...”, p. 1176.

decisión por emitir de dicho órgano, los autores ponen en duda la necesaria suspensión del proceso civil hasta la conclusión del administrativo⁴⁶.

b) Procedimiento de competencia pendiente ante el órgano judicial competente.

20. El Reglamento no se ocupa, sin embargo, como es obvio por otra parte, de determinar la colaboración entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en relación con los asuntos de Derecho de la competencia y de Derecho de daños. Efectivamente, podríamos preguntarnos si sería posible que el juez civil español ante el que se interpone una demanda de daños y perjuicios por un acto lesivo de la competencia, suspendiera su proceso hasta que el juez de lo mercantil competente resolviera la cuestión relativa a la infracción del Derecho antitrust. Este supuesto normalmente no se dará en realidad, puesto que, al juez de lo mercantil –que forma parte del orden jurisdiccional civil– acudirán las empresas que denuncian una infracción de las normas europeas de competencia, buscando una indemnización de daños y perjuicios por el hecho ilícito. No obstante lo cual, vamos a plantear la situación y cómo se resolvería.

21. Los preceptos mencionados del Reglamento 1/2003 se refieren a la cooperación de las distintas autoridades competentes para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE. Como en el caso que planteamos los jueces civiles ante los que se interpone una demanda de daños deben verificar la lesión de la competencia para poder considerar la indemnización, se puede trasladar lo recogido en el texto comunitario a este tipo de procedimiento en la medida en que debería evitarse que el órgano judicial civil resolviera el supuesto de competencia de forma contraria a como lo haría el juez de lo mercantil que está conociendo del asunto de Derecho de la competencia. Efectivamente, el juez civil de la acción de daños debería verificar el comportamiento ilícito para poder conceder la indemnización, debería entrar a valorar si hay una lesión del Derecho de la competencia, pero si ya existe un juez de lo mercantil que está conociendo del caso, o que ha resuelto el mismo, quizá debería considerar la resolución del órgano de lo mercantil. La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, “*cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial*” (artículo 43). Por lo tanto, cuando la cuestión de competencia esté siendo conocida por el juez de lo mercantil –los juzgados de lo mercantil forman parte del orden jurisdiccional civil–, el juez civil que conoce de la demanda de daños podrá suspender el proceso hasta que resuelva el asunto el primer tribunal.

3. Acciones *Stand Alone*

22. También podría ocurrir que el juez civil ante quien se plantea la reclamación de daños necesite conocer él mismo de la lesión de la competencia para poder resolver la primera reclamación. Para ello, el artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que, a efectos prejudiciales, los jueces de lo civil puedan conocer de cuestiones de competencia de los otros órdenes jurisdiccionales. Si pueden conocer de asuntos de los otros órdenes jurisdiccionales, mucho más podrán si se trata de asuntos de su mismo orden jurisdiccional. Por lo tanto, podrían conocer de ambas cuestiones, si bien, en lo relativo a la infracción del Derecho de la competencia, lo que dictaminen no tendrá carácter vinculante fuera de ese proceso.

III. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia: origen jurisprudencial

23. La posibilidad de pedir daños y perjuicios ocasionados por un ilícito concurrencial no ha sido siempre una cuestión pacífica. La jurisprudencia comunitaria ha sido la que ha ido elaborando esta

⁴⁶ En relación con el Derecho italiano, S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle ...”, pp. 1159-1161.

opción para el perjudicado, si bien lo ha hecho de forma reciente. El origen jurisprudencial de esta cuestión se encuentra en las sentencias *Courage* y *Manfredi*.

24. STJCE de 20 septiembre 2001, *Courage*⁴⁷. En este asunto, la sociedad Courage, fabricante de cerveza, llega a un acuerdo de colaboración con la sociedad Grand Metropolitan. Esta última entidad posee intereses hosteleros y de restauración en el Reino Unido, mercado donde Courage posee una cuota del 19% de las ventas de cerveza. Deciden ambas empresas poner en común sus establecimientos de bebidas –pubs–, y arrendarlos a *Inntrepreneur Estates Ltd* –IEL–. Esta compañía IEL es una sociedad participada a medias por Courage y Grand Metropolitan. Mediante acuerdo entre IEL y Courage se pacta que los locales arrendados debían abastecerse en exclusiva de la cerveza de Courage. Para poner en práctica este acuerdo, IEL presentaba un contrato tipo de arrendamiento a los arrendatarios, contrato en el que el precio del alquiler podía negociarse, sin embargo la obligación de compra en exclusiva no estaba sujeta a negociación.

En 1991, el señor Crehan firmó con IEL dos contratos de arrendamiento por 20 años. Dos años después, Courage demanda al señor Crehan por impago del precio de la cerveza suministrada. El señor Crehan alegó que la cláusula de exclusividad en el suministro de la cerveza era contraria al antiguo artículo 85 TCE, y formuló una reconvenición alegando daños y perjuicios por el hecho de que los precios de venta de la cerveza Courage en los locales arrendados por IEL eran superiores a los ofrecidos cuando se trataba de un pub independiente.

El contrato de arrendamiento en el que se encontraba inserta la cláusula de exclusividad fue notificado a la Comisión en virtud al antiguo Reglamento nº 17⁴⁸. La Comisión concedió una exención a ese comportamiento siguiendo el antiguo artículo 85.3 TCE. No obstante lo cual, el órgano judicial inglés ante quien se presenta la demanda pregunta al TJCE, entre otras cosas, si es posible exigir daños y perjuicios derivados de un contrato que es ilegal desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia.

25. El Tribunal de Justicia, respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas, y que giran en torno a la posibilidad de solicitar daños y perjuicios derivados de un acto lesivo de la competencia, dispone lo siguiente. Según el órgano judicial comunitario, “*la plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían entredichos si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia*” (apartado 26). Ante la falta de normativa comunitaria al respecto, el Tribunal de Justicia remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, tanto para designar tribunales competentes como para determinar el Derecho aplicable. Ahora bien, lo que sí dispone el Tribunal de Luxemburgo es que “*una parte en un contrato que puede restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado, puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional contra la otra parte contratante*” (apartado 36). Asimismo recoge que “*el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia*” (apartado 36).

26. STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*⁴⁹. En este caso el Tribunal de Justicia contesta las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial italiano que conoce en segunda instancia de los recursos interpuestos por sujetos perjudicados por una práctica anticompetitiva. Los asuntos en los que se recogen las cuestiones traen causa de una resolución de la Autoridad nacional de defensa de la compe-

⁴⁷ STJCE 20 septiembre 2001, *Courage*, Rec. 2001, p. I-06297.

⁴⁸ Reglamento nº 17, de 6 febrero 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE nº 13, de 21 febrero 1962, pp. 204-211.

⁴⁹ STJCE 13 julio 2006, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-06619.

tencia y del mercado italiana (AGCM), en virtud de la cual se condena a varias compañías aseguradoras por llevar a cabo acuerdos colusorios que supusieron un incremento del 20% de las primas de seguro de responsabilidad civil de automóviles (Resolución final nº 8546 (I377), de 28 julio 2000, Bolletino 30/2000 de 14 agosto 2000). El señor Manfredi interpone recurso de indemnización contra Lloyd Adriatico Assicurazioni, el señor Cannito hace lo mismo contra Fondiaria Sai y el señor Tricarico y la señora Murgolo contra Assitalia. En esos cuatro recursos se solicita una indemnización de daños y perjuicios por el incremento en las primas de seguro de responsabilidad civil derivada de siniestros causados por automóviles, embarcaciones y ciclomotores.

27. Una de las cuestiones prejudiciales planteadas consiste en saber “*si el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio*” (apartado 53). En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia, recordando lo recogido en el caso *Courage* en relación con la eficacia plena y el efecto útil del artículo 81, dispone que el mencionado artículo “*debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación del dicho perjuicio*” (apartado 63). Afirma también que, “*ante la inexistencia de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de este derecho, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de relación de causalidad, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad*” (apartado 64). No obstante, “*en virtud del principio de efectividad y del derecho de los particulares a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses*” (apartado 100).

28. El origen de la acción de daños por hechos ilícitos del Derecho antitrust se encuentra en las sentencias mencionadas. Sin embargo, ya en el año 1992 el TPI recogió esa posibilidad en el marco de un proceso de infracción del Derecho de la competencia. Se trata de la STPI de 18 septiembre 1992, *Automec*, en la que el órgano judicial comunitario, ante un recurso interpuesto contra una Decisión de la Comisión, dispuso que “*El apartado 1 del artículo 85 prohíbe determinados acuerdos o prácticas contrarias a la competencia. Entre las consecuencias, en lo que respecta al Derecho civil, que puede tener una infracción de dicha prohibición, una sola está prevista expresamente en el apartado 2 del artículo 85, a saber, la nulidad del acuerdo. Corresponde al Derecho nacional definir las otras consecuencias que lleva consigo una infracción del artículo 85 del Tratado, tales como la obligación de reparar el perjuicio causado a un tercero o una posible obligación de contratar (véanse, en cuanto a las posibilidades de que disponen los Jueces nacionales, los procedimientos nacionales que dieron lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, Rec. pp. 1563 y ss., especialmente p. 1774, y de 3 de julio de 1985, Binon 243/83, Rec. pp. 2015 y ss., especialmente p. 2035). Por tanto, es el Juez nacional quien, llegado el caso y según las normas del Derecho nacional, puede intimar a un operador económico que contrate con otro*” (apartado 50)⁵⁰. La Decisión de la Comisión impugnada consideró que los hechos planteados por la demandante no presentaban interés comunitario suficiente y que, por lo tanto, no debían ser juzgados en el marco del Derecho europeo de la competencia. Los hechos transcurren en la ciudad de Treviso y consisten en un acuerdo de distribución de los vehículos BMW. La compañía de automóviles rescindió el contrato de concesión con la demandante y ésta, además de acudir a la jurisdicción nacional italiana para reclamar la continuidad del contrato, solicitó a la Comisión que BMW le reconociera como distribuidor y que le obligara a abastecerle de suministro de coches.

Del mismo modo, en el año 2002, el TPI volvió a mencionar esta posibilidad, también en el marco de un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión que sancionaba una conferencia ma-

⁵⁰ STPI de 18 septiembre 1992, *Automec*, T-24/90, Rec. 1992, p. II-02223.

rítima⁵¹. En este caso, el TPI afirmó que ,“*Asimismo, salvo la sanción de nulidad expresamente prevista en el artículo 85, apartado 2, del Tratado, corresponde al Derecho nacional, según la jurisprudencia, definir las otras consecuencias, en el ámbito civil, que lleva consigo una infracción del artículo 85 del Tratado, tales como la obligación de reparar el perjuicio causado a un tercero o una posible obligación de contratar (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, Rec. p. II-2223, apartado 50), siempre que no se menoscabe, sin embargo, el efecto útil del Tratado*” (apartado 414). En la Decisión impugnada (Decisión 94/980/CE, de 19 octubre 1994, *Trans Atlantic Agreement*), la Comisión “(...) *consideró que determinadas disposiciones del Trans Atlantic Agreement (en lo sucesivo, “TAA”), acuerdo del que formaban parte las quince compañías navieras demandantes, relativo al transporte regular (en lo sucesivo, “transporte de línea”) en contenedores a través del Atlántico, entre el norte de Europa y los Estados Unidos, así como a los trayectos terrestres anteriores y posteriores en contenedores, constituían infracciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado [por fijación de precios en el transporte]. La Comisión denegó a estas disposiciones el beneficio de una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. La Comisión no impuso multas por las infracciones declaradas*” (STPI 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, apartado 12).

IV. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Competencia judicial internacional

29. En este apartado vamos a analizar a qué órganos jurisdiccionales deben dirigirse los perjudicados por el abuso de posición de dominio relacionado con obtención ilícita de una patente farmacéutica para interponer una demanda de responsabilidad extracontractual por el daño sufrido.

30. Como venimos afirmando, la forma de articular una reclamación por los daños ocasionados por una infracción del Derecho *antitrust* europeo es a través de la interposición de una demanda pidiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Para solicitar esta indemnización se debe exigir una responsabilidad civil extracontractual frente a la empresa o empresas infractoras del Derecho europeo de la competencia.

31. En el entorno europeo, el Reglamento 1215/2012 es la norma principal de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad extracontractual⁵². Esta norma está en vigor desde el 10 de enero de 2015, por lo tanto, hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ella, utilizaremos la jurisprudencia comunitaria vertida sobre el Reglamento 44/2001 –antecesor del Reglamento 1215– en todas las cuestiones en las que pudiera ser extrapolable⁵³.

32. Sin embargo, para que sea aplicable es necesario, en la mayoría de los casos, que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio de algún Estado parte de la norma, y los países que forman parte del R1215 son todos los de la Unión Europea⁵⁴. Por lo tanto, en esta materia, salvo que haya

⁵¹ STPI 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, T-18/97, Rec. 2002, p. II-01125.

⁵² Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

⁵³ Reglamento (CE) N° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 200, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23.

⁵⁴ Algunos autores critican la limitación espacial del ámbito de aplicación del R1215, y también del R44, al exigir el domicilio del demandado en un Estado miembro para la aplicación de la mayoría de sus foros (C. PELLISÉ, “Reflexión crítica sobre el ámbito de aplicación especial de la reglas comunitarias de competencia judicial internacional en los litigios de responsabilidad por infracción competencial”, en A. FONT I RIBAS/S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 29-47). Según estos autores, en los litigios relativos a las reclamaciones de daños por ilícitos *antitrust* existe una falta de coordinación entre

sumisión a algún tribunal de un Estado parte, se requiere que el domicilio del demandado se encuentre en la Unión Europea para aplicar el R1215⁵⁵.

33. De todos los foros que ofrece el R1215 –foros exclusivos, foro de la sumisión, expresa o tácita, foro del domicilio del demandado y foros especiales por razón de la materia–, en materia de responsabilidad extracontractual se podrían utilizar los tres últimos. Jerárquicamente la sumisión se encuentra por encima de los otros dos foros mencionados, el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia, y estos últimos son aplicables de manera alternativa.

1. Foro de la sumisión.

A) Sumisión expresa del artículo 25 R1215.

34. La sumisión es el acuerdo por el que las partes designan el tribunal que va a dirimir las controversias surgidas de su relación jurídica (art. 25 R1215). Para que este acuerdo sea válido en el marco del R1215/2001 no es necesario que alguna de las partes esté domiciliada en el territorio de aplicación de la norma, sólo se requiere que el tribunal elegido sea un órgano jurisdiccional de un Estado parte (art. 25 R1215).

35. En las reclamaciones de daños es difícil que pueda darse la sumisión expresa, puesto que dichas peticiones derivan de una responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, puede no haber relación previa entre las partes y, si la hay, normalmente no se van a poner de acuerdo, una vez surgido el litigio, en designar el tribunal competente.

No obstante lo anterior, no está de más que tratemos, siquiera brevemente, el régimen jurídico de la sumisión expresa.

36. El artículo 25 del Reglamento 1215/2012 permite que las partes puedan pactar someterse a la jurisdicción de algún Estado miembro. Esta sumisión pueden hacerla siempre que lo hagan a favor de tribunales que no resultaran competentes por la aplicación del resto de foros; esto es lo que se denomina *efecto de prórroga* de la competencia.

Este acuerdo de las partes pueden hacerlo de forma escrita o de forma verbal siempre que haya constancia por escrito. También puede realizarse siguiendo los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, y, en el comercio internacional, es válida la sumisión hecha conforme a los “*usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*” (art. 25.1c).

37. No es válido aquel acuerdo de sumisión contenido en unas condiciones generales de la contratación a las que no remite expresamente el contrato⁵⁶. Se admitirá la conclusión del acuerdo de sumisión cuando la confirmación de la propuesta se realice por escrito y el oferente la reciba sin oponer ninguna objeción, no hace falta, pues, la contestación por escrito a esta confirmación⁵⁷; el TJCE, sin embargo, había venido exigiendo la aceptación escrita de una parte, de la confirmación escrita de la otra⁵⁸.

el ámbito de aplicación de las normas europeas de competencia y el de las normas europeas de competencia judicial internacional, ya que, las primeras sólo requieren que el comportamiento se verifique en el mercado intracomunitario y las segundas exigen, en la mayoría de los casos, el domicilio del demandado en ese territorio. La doctrina considera que para dar coherencia al sistema se debería modificar el R1215 y ampliar su ámbito de aplicación a todas las demandas en esta materia de responsabilidad extracontractual por ilícitos *antitrust*, con independencia de donde se encuentre el domicilio del demandado (C. PELLISÉ, “Reflexión crítica sobre...”, pp. 45-47).

⁵⁵ Si no fuera éste el caso, el ordenamiento español, como el resto de ordenamientos europeos, dispone de otras normas que se aplicarían en su defecto.

⁵⁶ STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani*, as. 24-76, *Rec.* 1976, p. 01831, apartado 13.

⁵⁷ STJCE 11 julio 1985, *Berghoefjer*, as. 221/84, *Rec.* 1986, p. 02699, apartado 16.

⁵⁸ STJCE 14 diciembre 1976, *Segoura*, as. 25-76, *Rec.* 1976, p. 01851, apartado 12.

38. La sumisión puede realizarse a los tribunales de un Estado miembro en general, o a un concreto tribunal de un Estado miembro. En consecuencia, es un foro de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna.

La sumisión expresa puede acordarse antes del surgimiento del litigio entre las partes, circunstancia que es la más normal, pero también puede pactarse cuando ya ha surgido la controversia entre ellas. No es válido el acuerdo si no se concreta a las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica de las partes; no se puede realizar un acuerdo de sumisión global, sin circunscribirlo a una concreta relación jurídica⁵⁹.

39. Efectos objetivos. El pacto de sumisión expresa habitualmente se encuentra recogido en el contrato que une a las partes. Como ya hemos mencionado antes, la sumisión debe referirse a una determinada relación jurídica, y sólo a ella, no puede extenderse a relaciones anejas –*efectos objetivos*–. Cabría preguntarse, entonces, si el acuerdo de sumisión recogido en un contrato se puede extender a la responsabilidad extracontractual derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia europeo. La validez material de la cláusula de sumisión se rige por el Derecho del país cuyos tribunales han sido los elegidos para ser competentes (art. 26.1 R1215)⁶⁰. Por lo tanto, la validez de la cláusula de sumisión inserta en un contrato es independiente a la validez del contrato en el que se encuentra, y la nulidad de dicho contrato no conlleva, necesariamente, la nulidad de aquella (art. 26.5 R1215).

40. Los tribunales españoles estiman que la responsabilidad extracontractual no está incluida en el ámbito de aplicación de una cláusula de sumisión contenida en un contrato, por tanto, no puede considerarse que la elección de tribunal se refiera a asuntos de reclamación de daños⁶¹. Así, el AAP de Madrid (Sección 10ª), 29 junio 2010, dispone que, “*En consecuencia, el hecho de que la demandada sea una persona jurídica distinta de la que ha suscrito el contrato de transporte marítimo, así como el tipo de acción que se ejercita, cuya finalidad es la exigencia de responsabilidad extracontractual, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.902 C.Civil, conducen a considerar que la demandada no se encuentra vinculada al contrato celebrado entre la actora y “Maersk Line”, no siendo, por tanto aplicable a la relación existente entre actora y demandada la cláusula 26ª de sumisión expresa a favor del Tribunal Superior de Justicia de Londres, incluida en el referido contrato*”⁶².

41. En este sentido, la High Court of England and Wales se ha pronunciado en el asunto *Provimi* resolviendo la cuestión de la extensión de la cláusula de sumisión recogida en un contrato a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción del Derecho antitrust⁶³.

El asunto *Provimi* trae causa de una entente llevada a cabo por varias empresas de vitaminas⁶⁴. Las trece empresas sancionadas eran fabricantes de vitaminas A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, betacaroteno y carotínidos, y abastecían a la Comunidad y el Espacio Económico Europeo (EEE, en adelante). Estas entidades acordaron fijar precios en el mercado y asignar cuotas de venta; además crearon un dispositivo de supervisión del cumplimiento de los acuerdos. El mercado afectado era el EEE, aunque la Comisión consideró que cada vitamina podría tener un mercado mundial. La Comisión descubrió diferentes acuerdos relativos a las distintas vitaminas, en los participaban diferentes empresas. La duración de la infracción depende del cartel del que hablemos, los acuerdos que más se extendieron en el tiempo estuvieron en vigor desde el año 1989 hasta el año 1999.

En el caso *Provimi* los demandantes reclaman una indemnización por los perjuicios sufridos por haber tenido que comprar vitaminas a un precio superior al que habría en el mercado de no haber existido la entente que infringía el Derecho europeo de la competencia. La compañía *Trouw Germany*

⁵⁹ STJCE 10 marzo 1992, *Duffryn*, C-214/89, Rec. 1992, p. I-01745, apartado 31.

⁶⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*. vol. I, 15ª ed., 2014-2015, Comares, Granada, 2014, p. 231. *Vid.*, también, en este sentido, F. W. BULST, “The *Provimi* Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, *European Business Organization Law Review*, 4, 2003, p. 644.

⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., 2014-2015, p. 238.

⁶² AAP de Madrid (Sección 10ª), 29 junio 2010, núm. 173/2010, JUR 2010\320244.

⁶³ Sentencia de la High Court of England and Wales, 6 mayo 2003, *Provimi*.

⁶⁴ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 2001, asunto COMP/E-1/37.512 –*Vitaminas*–.

interpuso demanda de reclamación de daños frente a la empresa *Roche UK* alegando el foro del artículo 2 del Reglamento 44/2001. También actuó contra otras dos compañías suizas y para ello la empresa alemana utilizó el Convenio de Lugano, el artículo 6.1 en concreto⁶⁵. Por último, para demandar a *Roche Germany* utilizó el foro del litisconsorcio pasivo del artículo 6.1 del Reglamento 44 para atraer la competencia hacia Inglaterra. Esta compañía demandada, *Roche Germany*, alegó la sumisión expresa a los tribunales alemanes que existía en el contrato de compraventa, para que el foro del artículo 6.1 no pudiera funcionar. El tribunal inglés consideró que la cláusula de sumisión del contrato de compraventa no incluía en su ámbito de aplicación las reclamaciones por la infracción del Derecho europeo de la competencia, por ello entendió que no había sumisión y que podía entrar en juego el foro del artículo 6.1 para atraer la competencia a los tribunales ingleses.

Los argumentos que utilizó el tribunal inglés para excluir de la cláusula de sumisión la responsabilidad extracontractual fueron los siguientes⁶⁶. En primer lugar, el órgano jurisdiccional inglés considera que los tribunales elegidos en el pacto de sumisión no son competentes para dirimir asuntos de este tipo, derivados de la vulneración del Derecho antitrust. En segundo lugar, los daños reclamados no pueden derivar de actuaciones fraudulentas. En el caso en cuestión, el tribunal inglés considera que el contrato de compraventa con *Roche Germany* fue firmado en condiciones de engaño, ya que, la demandante acordó la compra considerando que el precio se había fijado en condiciones competitivas de mercado. En último lugar, un juez alemán consideraría que la reclamación de daños no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión puesto que puede entender que esta demanda de responsabilidad extracontractual no surge de la relación contractual entre las partes sino del hecho de que *Roche Germany* formaba parte de un cartel de precios ya antes de concluir el contrato de compraventa con la demandante.

42. En relación con lo anterior, el tribunal inglés se pregunta qué ley debe aplicar para determinar si la responsabilidad extracontractual está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión. En el actual Reglamento 1215 se establece, como ya hemos comentado anteriormente, que la validez material de la cláusula de sumisión debe regirse por el Derecho del Estado cuyos tribunales han sido los elegidos. Cabría preguntarse, a continuación, dentro de ese ordenamiento cuál debe ser la ley a aplicar. Pues bien, como el Reglamento considera que la cláusula de sumisión es un acuerdo independiente al resto de cláusulas del contrato, el Derecho a aplicar será el existente en materia de contratos en ese Estado miembro cuyos tribunales han sido los elegidos⁶⁷.

Por su parte, en relación con el asunto *Provimi* y, por tanto, antes de que entrara en vigor el Reglamento 1215, la doctrina consideraba que el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales no podía ser aplicable para resolver esta cuestión puesto que las cláusulas de determinación de foro están excluidas expresamente de su ámbito de aplicación (art. 1.2 e). El órgano jurisdiccional inglés, ante la falta de jurisprudencia al respecto, consideró que debía valorar este aspecto conforme a las reglas inglesas del *common law* de elección de ley⁶⁸. Estas reglas tienen en cuenta, en primer lugar, la expresa intención de las partes. En segundo lugar, si las partes no han expresado nada al respecto, se debe deducir cuál es esa voluntad de las partes. En tercer lugar, en defecto del anterior, debemos ir al país que presente la conexión más cercana y real con la cláusula de sumisión.

B) Sumisión tácita del artículo 26 R1215.

43. Las partes también pueden acudir, directamente, a unos tribunales concretos para interponer la demanda y contestar a la misma. Así es, no es necesario que haya una concertación entre ellas

⁶⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, DO L319 de 25 noviembre 1988, pp. 9-48. Este Convenio ha sido sustituido por el llamado Convenio de Lugano II (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, DO L147, de 10 junio 2009, pp. 5-43).

⁶⁶ F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", pp. 632-634.

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ..., p. 229. *Vid.*, también, en este sentido, F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", p. 644

⁶⁸ F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", p. 644.

con esa intención de someterse a determina jurisdicción. La sumisión tácita se plantea en el momento en que surge el litigio, cuando el demandante acude a unos tribunales y el demandado contesta a la demanda ante esos órganos jurisdiccionales. No habrá sumisión tácita, sin embargo, cuando el demandado se opone a la competencia del tribunal y, de forma subsidiaria, realiza una defensa sobre el fondo del asunto⁶⁹.

44. Según el texto del artículo 26.1 del Reglamento 1215, la sumisión tácita podría operar aún cuando se designe a tribunales que ya son competentes por otros foros del Reglamento –no se exigiría el efecto de prórroga–. Así, el precepto indica que “*con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado*”. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, con la misma dicción en el Reglamento 44, ha interpretado que el foro de la sumisión tácita requiere, para que sea aplicable, que el tribunal elegido no sea competente por otro foro del Reglamento, por lo tanto, de nuevo, extrapolando esta jurisprudencia al marco del Reglamento 1215, se debería exigir el efecto de prórroga a este foro del artículo 26⁷⁰.

45. Por otra parte, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la expresa anterior⁷¹.

46. Por último, este foro necesita que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio de aplicación de la norma, así, al menos, lo exige el artículo 26 en relación con el artículo 6. Sin embargo, en el marco del Reglamento 44 ocurría lo mismo, el artículo 24 en relación con el 4 imponía el domicilio del demandado en el territorio 44 y, el TJCE, en el asunto *Josi*, dispuso que no era necesario este requisito personal de aplicabilidad de este foro, por lo tanto, extrapolando esta jurisprudencia al Reglamento 1215 se podría sostener que no se debe exigir el domicilio del demandado en el territorio europeo para que pueda operar el foro de sumisión tácita⁷²; de este modo, también, equipararíamos la sumisión tácita a la expresa al no imponer este requisito adicional de validez que no se exige para la segunda.

2. Foro del domicilio del demandado del artículo 4 R1215

47. El foro general del domicilio del demandado se puede aplicar en cualquier caso, con independencia de la materia de que se trate. Lo único que se requiere para que pueda operar es, evidentemente, que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la Unión Europea en el momento de la presentación de la demanda. La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente se hará de conformidad con la normativa procesal interna del Estado en cuestión.

A) Concepto de domicilio en el R1215.

48. En el sector de la responsabilidad extracontractual por hechos lesivos del Derecho europeo de la competencia los sujetos demandados sólo pueden ser empresas. En efecto, el artículo 102 TFUE, y también el artículo 101 TFUE, sólo pueden ser infringidos por empresas, por lo tanto, sólo ellas pueden ser denunciadas por los daños ocasionados por ello. Pues bien, desde este punto de vista, el domicilio que más se debe tener en cuenta es el de las personas jurídicas⁷³. El artículo 63 del R1215

⁶⁹ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, as. 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, apartado 17; STJCE 22 octubre 1981, *Rohr*, as. 27/81, *Rec.* 1981, p. 02431, apartado 8; STJCE 14 julio 1983, *Gerling*, as. 201/82, *Rec.* 1983, p. 02503, apartado 21.

⁷⁰ STJUE de 27 febrero 2014, *Cartier parfums*, C-1/13, no publicada aún, apartado 34.

⁷¹ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, as. 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, apartado 11; STJCE 7 marzo 1985, *Spitzley*, as. 48/84, *Rec.* 1985, p. 00787, apartado 26.

⁷² STJCE de 13 julio 2000, *Josi*, C-412/98, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 44.

⁷³ El domicilio de las personas físicas se determina acudiendo al Derecho interno del país en el que el sujeto puede estar domiciliado. El artículo 59 Reglamento lo recoge en estos términos: “1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieran del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro”.

ofrece una definición material de este concepto. Según este precepto, la persona jurídica tendrá su domicilio en el Estado miembro en el que tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Así, por ejemplo, en el asunto *AstraZeneca*, las empresas infractoras tienen su domicilio social –sede social– en Suecia, una de ellas –*AstraZeneca AB*–, y en Reino Unido, la otra –*AstraZeneca plc*–⁷⁴.

49. Estos tres conceptos de domicilio se corresponden con distintos elementos que conforman la empresa. Así, la sede estatutaria es la sede social, la que aparece en los estatutos de la compañía. La administración central es la sede real, desde donde se dirige la empresa. Y, por último, el centro de actividad principal es donde se desarrolla la actividad de la compañía.

Con la definición recogida en el artículo 63 R1215 es posible que la compañía tenga hasta tres domicilios en territorio europeo y, por tanto, es posible que haya hasta tres tribunales ante los que interponer la demanda de reclamación de daños⁷⁵.

B) Actuación a través de filiales.

50. En muchas ocasiones las grandes compañías actúan en el mercado europeo a través de filiales. De esta manera, si infringen el Derecho europeo de la competencia, las autoridades comunitarias sólo pueden actuar contra la filial, que es quien ha lesionado la competencia en el mercado intracomunitario. En estos casos, los demandantes que reclamen daños por las actuaciones lesivas de la competencia, sólo podrán pedir responsabilidades a la filial, a través del foro del domicilio del demandado; quedando la matriz al margen de cualquier responsabilidad en el entorno comunitario.

51. En otras ocasiones, la supuesta filial es sólo supuesta, porque, en realidad, se trata de un establecimiento dependiente de la matriz. Se trataría de un brazo ejecutor de la matriz en el mercado intracomunitario. En estos casos, si se utiliza la doctrina del levantamiento del velo y se comprueba que el establecimiento que actúa en el mercado comunitario realmente no tiene autonomía de la matriz, se podrá considerar que se trata de un establecimiento secundario y se podrá actuar contra la matriz. El problema es que, si se pide responsabilidad por la infracción de las normas del Derecho europeo de la competencia se podría sancionar a la empresa matriz pero, en cambio, si se pide una indemnización por los daños ocasionados, el Reglamento 1215/2012 no sería aplicable al no encontrarse el domicilio del demandado en el territorio de aplicación de la norma.

52. En efecto, lo importante para el Derecho europeo de la competencia es el mercado intracomunitario. Por lo tanto, si el comportamiento denunciado lesiona la competencia en este mercado, el Derecho europeo será aplicable a la cuestión, con independencia del domicilio o la nacionalidad de la empresa infractora. Esto es lo que se denomina la *doctrina del efecto*⁷⁶. En cambio, si lo que se pide es una indemnización por los daños ocasionados por ese comportamiento ilícito, el Reglamento 1215 exige el domicilio del demandado en el territorio europeo, y si no existe ese domicilio aquí, no se podrá aplicar la norma europea –salvo que haya sumisión–⁷⁷.

⁷⁴ Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*–), punto 8.

⁷⁵ En estos casos, las reglas de litispendencia del artículo 29 R1215 determinan que el tribunal finalmente competente debe ser aquel que empezó a conocer en primer lugar.

⁷⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, ..., p. 308.

⁷⁷ Cuando el domicilio del infractor del Derecho de la competencia no se encuentra en el territorio de aplicación del Reglamento 1215, en defecto de convenio internacional aplicable, los tribunales españoles acudirán a la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 22.3 de la LOPJ contiene un foro en materia de responsabilidad extracontractual en virtud al cual los tribunales españoles serán competentes cuando “*el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual en España*”. Si el domicilio del demandado se encuentra en Noruega, Suiza o Islandia, el Convenio de Lugano II recoge el foro especial del artículo 5.3 que remite la competencia a los tribunales *del lugar donde se hubiere producido o hubiere podido producirse el hecho dañoso*”.

C) Pluralidad de demandados

53. Cuando se produce un ilícito del Derecho *antitrust* en muchas ocasiones las empresas infractoras son varias. Así es, en el marco del artículo 102 TFUE, por ejemplo, si bien puede haber abuso de posición de dominio individual, también lo puede haber colectivo y, por ello, pueden ser dos o más las empresas que infrinjan el precepto. En el caso *AstraZeneca* que estamos utilizando de referencia, son dos las empresas que abusan de su posición de dominio, *AstraZeneca AB* y *AstraZeneca plc*. Ambas actúan de manera conjunta, salvo en la primera fase de la infracción, hasta abril de 1999, cuando la segunda empresa todavía no se había creado⁷⁸.

54. En estos supuestos, el artículo 8.1 R1215 permite la acumulación de competencia ante los tribunales del domicilio de uno de los demandados. En efecto, este precepto regula el litisconsorcio pasivo y ofrece la posibilidad al actor de acudir sólo a los tribunales del domicilio de uno de los demandados y allí demandar a todos los sujetos que han lesionado la competencia y han infligido daños. Para que se abra esta posibilidad que ofrece el foro del artículo 8.1 R1215 es necesario que se cumplan dos requisitos. El primero es que todos los sujetos demandados ante el tribunal de uno de ellos tengan su domicilio en el territorio europeo. En segundo lugar, es necesario que exista una conexión suficiente entre las demandas planteadas ante los distintos demandados, de manera tal que sea oportuno tramitarlas conjuntamente para evitar resoluciones inconciliables⁷⁹.

En este sentido, la High Court of England and Wales, en el asunto *Provimi* se pronunció sobre la posibilidad de la aplicación de este foro en el R44 –art. 6.1–, en el caso de la reclamación de daños y perjuicios contra las empresas del cartel llamado de las vitaminas⁸⁰. En este caso, el tribunal inglés consideró que sí había suficiente vinculación entre las demandas planteadas contra las distintas compañías puesto que las dos procedían de la misma infracción del artículo 81 TCE y poseían la misma naturaleza⁸¹.

3. Foro especial del artículo 7.2 R1215.

55. El foro especial en esta materia de responsabilidad extracontractual está regulado en el artículo 7.2 del texto europeo. Según este precepto, “*Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro (...) en materia delictual y cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*”.

A) Caracteres de los foros especiales del artículo 7.

56. Los foros que contiene el artículo 7 se caracterizan porque, para que sean aplicables, deben darse determinadas variables.

57. En efecto, en primer lugar, estos foros requieren que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio europeo para que puedan ser aplicados. Así es, el tenor literal del artículo 7 indica que

⁷⁸ *AstraZeneca plc*. es fruto de la concentración de la empresa sueca *Astra AB* y la empresa inglesa *Zeneca Group plc*. (Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*–), punto 8).

⁷⁹ STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. 1988, p. 05565: “(11) A este respecto, hay que señalar que el informe antes citado, realizado por el Comité de expertos, invoca expresamente, para justificar el apartado 1 del artículo 6, el deseo de evitar que se dicten resoluciones incompatibles en los Estados contratantes. Por lo demás, se trata de una preocupación mantenida por el mismo Convenio en su artículo 22, que regula los casos de demandas conexas formuladas ante órganos jurisdiccionales de Estados contratantes distintos. (12) Así pues, la norma prescrita por el apartado 1 del artículo 6 se aplica cuando las demandas formuladas contra los distintos demandados son conexas desde el momento de su presentación, es decir, cuando exista un interés en tramitarlas y juzgarlas conjuntamente para evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, en cada caso concreto, si se cumple este requisito”.

⁸⁰ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 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*).

⁸¹ F.W. BULST, “The *Provimi* Decision ...”, pp. 626-627.

“las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (...)”. Por lo tanto, si el demandado no tiene su domicilio en el territorio europeo no podrá serlo utilizando estos foros especiales del artículo 7.

58. En segundo lugar, estos foros especiales deben conducir a otro Estado miembro distinto del país en el que se encuentra el domicilio del demandado. Una vez más, siguiendo la dicción literal del precepto, a través de los foros especiales se podrá demandar al sujeto domiciliado en un Estado miembro ante los tribunales de “otro” Estado miembro.

59. Por último, en tercer lugar, los foros del artículo 7 son foros de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna, esto es, designan el concreto tribunal de un Estado miembro que resulta competente. La forma de disponer que sea un determinado órgano jurisdiccional el competente se realiza designando los tribunales del “lugar” correspondiente. Así, por ejemplo, en el caso del foro especial del artículo 7.2, el Reglamento recoge que los sujetos podrán ser demandados “ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”.

B) Materia contractual y extracontractual.

60. Los supuestos que se encuentran en el ámbito de aplicación material de este foro del artículo 7.2 R1215 son todos aquellos que no se consideren de materia contractual. En efecto, la jurisprudencia europea define este concepto de forma residual, entendiendo por el mismo todas las materias que no sean contractuales⁸². Por lo tanto, todo lo que no sea contractual será extracontractual⁸³.

C) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar del hecho dañoso.

61. El artículo 7.2 R1215 dispone que los tribunales competentes en esta materia serán los del lugar donde se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso.

El hecho dañoso es el hecho que provoca el daño, el que causa el perjuicio⁸⁴. Por lo tanto, en los comportamientos regulados en el artículo 102 TFUE, el hecho dañoso es el comportamiento ilícito que se ha llevado a cabo en el mercado, el que puede infligir daños. En los ilícitos del artículo 102 TFUE el lugar del hecho dañoso es fácil de determinar, puesto que el abuso de posición de dominio se produce cuando la empresa con posición dominante actúa en el mercado abusando de la misma⁸⁵. Otra cosa diferente es que consiga su objetivo de lesionar la competencia. Así es, aunque la empresa no consiga su propósito anticompetitivo, si ha actuado abusando de su posición de dominio su comportamiento será sancionado igualmente en virtud del artículo 102 TFUE⁸⁶. Y el hecho dañoso será precisamente esa actuación en el mercado.

⁸² STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 18: “(..) el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio, debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”.

⁸³ *Materia contractual* debe ser un concepto autónomo, propio del Reglamento 44/2001 y común para todos los Estados parte del mismo (STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, as. 34-82, *Rec.* 1983, p. 00987, apartado 9; STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, as. 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539, apartado 10; STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 10). El TJCE no ha definido este concepto por el momento, no obstante, lo que sí ha hecho es descartar que determinadas relaciones puedan ser consideradas como contractuales. El Tribunal de Justicia entiende que aquellas situaciones en las que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, no pueden ser incluidas en la materia contractual a efectos de la determinación del foro de competencia (STJCE 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Rèunion*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.* 2002, p. I-07357, apartado 23).

⁸⁴ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, apartado 13; STJUE 16 enero 2014, *Andreas Kainz v.s Pantherwerke AG*, C-45/13, no publicada aún, apartado 26.

⁸⁵ C. WHITERS, “Jurisdiction and applicable law in antitrust tort claims”, *Journal of Business Law*, 2002, p. 257.

⁸⁶ STPI 8 octubre 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros*, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.* 1996, p. II-01201, apartado 149; STPI 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, *Rec.* 1999, p. II-06929, apartado 191; STPI 30 enero 2007, *France Telecom*, T-340/03, *Rec.* 2007, p. II-00107, apartado 196.

D) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar donde pueda producirse el hecho dañoso

62. El R1215 también tutela los daños futuros indicando que se podrán reclamar ante los tribunales donde pudiera producirse el hecho dañoso. Se trata de un foro de naturaleza preventiva que sirve para iniciar acciones legales de esta naturaleza y evitar que acontezca el daño previsible⁸⁷. Tal como está diseñado este precepto, el juzgador debe realizar un estudio prospectivo sobre lo que puede ocurrir en el futuro, y determinar que ocurrirá un comportamiento ilícito y que provocará determinados daños.

Se podría llegar a la conclusión de la existencia de un hecho dañoso futuro de dos maneras⁸⁸. Por un lado, teniendo la experiencia de comportamientos similares anteriores. Por otro lado, cuando las empresas anuncian que van a llevar a cabo determinada actuación en el mercado. En el primer caso se podría presumir que se va a producir el hecho dañoso cuando en el pasado ha ocurrido lo mismo bajo las mismas circunstancias. En el segundo supuesto, *ad ex.*, la empresa con posición de dominio puede anunciar que va a bajar el precio de su producto, perjudicando así, cuando lo haga, al competidor que no va a poder bajar sus precios sin incurrir en pérdidas.

En cualquiera de los dos supuestos no está justificado que se puedan reclamar daños, principalmente, porque no los ha habido⁸⁹. Este foro del artículo 7.2, como ya hemos dicho, es un foro que solo se puede utilizar para intentar prevenir la actuación que puede ocasionar el daño. Esto es así incluso en supuestos en los que se prevé la ocurrencia de un hecho ilícito que va a dar lugar a un daño y la posible víctima reacciona anticipándose al evento teniendo pérdidas. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el competidor baja los precios de su producto ante el anuncio de la empresa en posición de dominio de que va a bajar los suyos. En este supuesto, el anuncio del hecho ilícito tiene como consecuencia los daños señalados, sin embargo, estos daños han sido sufridos por una actuación unilateral y voluntaria de la víctima, por lo tanto, hasta que no se produzca el hecho dañoso –consistente en bajar el precio del producto de forma abusiva (*precios predatorios*)– no se deberían poder reclamar daños.

E) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar del daño

63. En los ilícitos presenciales, donde tanto el hecho que ha dado lugar al daño, como el daño mismo, se verifican en el mismo país, los tribunales competentes no varían, son los previsibles para las partes, los de ese país en el que se localiza el hecho y el daño.

a) Ilícitos a distancia

64. Cuando estamos ante *ilícitos a distancia*, ilícitos en los que el hecho dañoso –el abuso de posición de dominio– y el daño infligido, se verifican en países distintos, parece más previsible y menos costoso para la víctima acudir a los tribunales donde ha recibido el daño, que serán, probablemente, los tribunales de su propio domicilio. Por eso, y teniendo en cuenta lo que prescribe el precepto 7.2 del texto europeo, la jurisprudencia ha determinado que los tribunales competentes en virtud al foro de este artículo son los del lugar del hecho dañoso, tal como dice el tenor literal del precepto, y, también, los del lugar donde se han verificado daños –*teoría de la ubicuidad*^{90 91}.

⁸⁷ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, (eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, p. 271; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*. vol. II, 15ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 1128.

⁸⁸ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction”..., p. 272.

⁸⁹ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction” ..., p. 271.

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales ...”, p. 1133.

⁹¹ STJCE 30 noviembre 1976, *Soc. Bier y Fund. Rheinwater contra Minas de Potasio de Alsacia*, 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735, apartados 13-23: “(13) que el sentido de esta expresión [lugar del hecho dañoso], en el contexto del Convenio, es incierto cuando el lugar en que se produce el hecho que ocasiona el daño está situado en un Estado distinto de aquél en el que sobreviene dicho daño, como ocurre especialmente en los casos de contaminación atmosférica o del medio acuático, más allá de las fronteras de un Estado; (14) que la fórmula “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, recogida en todas las versiones lingüísticas del Convenio, deja abierta la cuestión de si, en la situación descrita, para la determinación

65. Si consideramos que el hecho dañoso en el abuso de posición de dominio es la puesta en práctica de la actuación anticoncurrencial en el mercado, la mayoría de los ilícitos serán presenciales. En efecto, el hecho dañoso, el comportamiento abusivo, se verifica en el mismo mercado en el que se produce el daño; al menos el daño directo⁹². Esta afirmación es aún más rotunda cuando hablamos de un abuso de posición de dominio producido por el uso ilícito de una patente farmacéutica. En efecto, siguiendo el ejemplo del caso *AstraZeneca*, las informaciones engañosas y la revocación de la autorización de comercialización del fármaco –los dos abusos de posición de dominio que se detectan en este caso– se llevan a cabo en determinados Estados de la Unión Europea y el daño que estas prácticas suponen se verifican en esos mismos Estados miembros, ya que, es en ellos en los que los competidores de medicamentos genéricos no pueden actuar y es en ellos en los que los pacientes no se benefician de la posible bajada de precios de los medicamentos por la imposibilidad de entrada de la competencia de genéricos.

Así es, en relación a los pacientes, destinatarios finales de los medicamentos, los fármacos no pueden comprarse a través de internet desde países distintos a aquellos en los que se encuentran las farmacias que los venden, son los médicos de un determinado país los que los prescriben y deben ser comprados físicamente en ese mismo Estado presentando la receta. Por lo tanto, en estos casos, el lugar del daño va a coincidir necesariamente con el lugar del hecho dañoso. Si bien es cierto lo anterior, también es verdad que las empresas farmacéuticas pueden vender los medicamentos a los distribuidores para que los suministren

*de la competencia judicial, hay que elegir como punto de conexión, bien el lugar del hecho causante, bien el lugar en el que sobreviene el daño, o dejar al demandante que elija entre uno u otro punto de conexión; (15) que, a este respecto, procede destacar que tanto el lugar del hecho causante, como el lugar en que se materializa el daño, pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial; (16) que, en efecto, la responsabilidad delictual o cuasidelictual sólo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina; (17) que, teniendo en cuenta la estrecha relación entre los elementos constitutivos de toda responsabilidad, no parece adecuado optar por uno de los dos puntos de conexión mencionados excluyendo el otro, dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso; (18) que la elección de uno con exclusión del otro resulta tanto menos deseable cuanto que, por su formulación tan amplia, el número 3 del artículo 5 del Convenio engloba gran diversidad de tipos de responsabilidad; (19) que el significado de la expresión del número 3 del artículo 5, “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” debe, pues, determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante; (20) que esta conclusión queda confirmada por la consideración de que, por una parte, elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el artículo 2 y el número 3 del artículo 5 del Convenio, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil; (21) que, por otra parte, elegir únicamente el lugar donde se ha materializado el daño ocasionaría, en los casos en que el lugar del hecho causante no coincida con el domicilio de la persona responsable, la exclusión de una conexión apropiada con la competencia de un órgano jurisdiccional particularmente próximo a la causa del daño; (22) que, por lo demás, según la comparación de legislaciones y de jurisprudencias nacionales relativas a la distribución de competencias judiciales –tanto en las relaciones internas, entre las distintas demarcaciones judiciales como en las internacionales– se da cabida, si bien mediante diferentes técnicas jurídicas, a uno u otro de los criterios de conexión contemplados y, en varios Estados, incluso con carácter acumulativo; (23) que, en estas circunstancias, la interpretación que antes se ha expuesto tiene la ventaja de evitar cualquier desajuste entre las soluciones elaboradas en el marco de los distintos Derechos nacionales ya que se busca la unificación, de conformidad con el número 3 del artículo 5 del Convenio, en el sentido de una sistematización de soluciones ya consolidadas, en principio, en la mayoría de los Estados interesados” En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la STJCE de 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, apartado 11, la STJCE 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.* 2004, p. I-01417, apartado 40, la STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, apartado 16, la STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917, apartado 23; STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, *Recopilación electrónica*, apartado 19; STJUE 16 enero 2014, *Andreas Kainz v.s Pantherwerke AG*, C-45/13, no publicada aún, apartado 23.*

⁹² Los daños indirectos, esto es, lo que no son los primeros e inmediatos, no pueden ser reclamados a través del artículo 5.3 R44 (P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 253; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”..., p. 1146). El TJCE ha afirmado, además, que “el lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro” no puede considerarse como lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso (STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, apartado 21 STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, -168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, apartado 21).

Las víctimas indirectas tampoco pueden utilizar el foro del artículo 5.3 R44 para reclamar los daños sufridos (P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 255; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 1145). La jurisprudencia europea considera que si se permitiera que estos sujetos demandaran al autor de daño a través del foro del artículo 5.3 se estaría permitiendo la utilización de un foro que resultaría imprevisible para el demandado (STJCE 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. I-00049, apartado 22; en este mismo sentido se pronuncia la STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, apartado 30).

a las farmacias de ese país o para que los exporten a otros Estados⁹³. Incluso en estos casos, el precio final del medicamento vendido en otro Estado mediante la exportación, no dependerá de si en el Estado de exportación no se ha permitido la entrada de medicamentos genéricos, dependerá de la situación de competencia que exista en el mercado de importación. Por lo tanto, el que el precio sea alto o bajo no deriva del hecho ilícito acontecido en el Estado de exportación. Lo que sí podría ocurrir, por el lado de los competidores, es que la competencia en el Estado de importación se vea perjudicada porque el medicamento importado se venda a un precio muy bajo como consecuencia de que la empresa tiene posición de dominio en el mercado de exportación y, por tanto, un respaldo económico suficiente como para poder incurrir en pérdidas en el mercado de destino. En estos casos, aunque la posición de dominio no se tiene en el mercado de importación, la actuación descrita podría ser calificada de abuso de posición de dominio por la posición que ostenta la empresa que la lleva a cabo en el Estado de origen⁹⁴. En este supuesto, la calificación de la actuación en el mercado de destino como abuso de posición de dominio supone que el daño a los competidores se verificaría en el mismo Estado donde se ha cometido el hecho ilícito, en ese mercado de destino.

b) Daños plurilocalizados

66. En los casos de daños plurilocalizados, en el asunto *Fiona Shevill*, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas podía interpretarse en el sentido de otorgar competencia, por un lado, a los tribunales de los diferentes lugares en los que se había producido el daño, respecto de los daños efectivamente verificados en su jurisdicción, y, por otro lado, a los órganos jurisdiccionales del lugar en el que se localiza el hecho ilícito, el que ha dado lugar al daño, respecto de la totalidad de los daños producidos –*principio del mosaico*⁹⁵⁻⁹⁶. La forma de acumular la competencia sobre todo el daño verificado es, además de ir a los tribunales del lugar del hecho dañoso, acudir a los tribunales del foro del domicilio del demandado.

Igual que en los casos de los ilícitos a distancia, en el abuso de posición de dominio cometido por una empresa farmacéutica actuando de manera ilícita en relación a una patente, normalmente, no habrá daños plurilocalizados. Los competidores de medicamentos genéricos se verán dañados en el Estado donde se ha llevado a cabo el abuso que les impide acceder a ese mercado. Ahora bien, retomando el caso de la farmacéutica del medicamento original que permite que sus distribuidores exporten el medicamento a otros países, sería posible imaginar que una empresa de un medicamento genérico quiera entrar en el mercado de exportación y que ya se encuentre en el mercado de importación del medicamento original y, precisamente por el comportamiento ilícito llevado a cabo por la farmacéutica titular de la patente en el Estado de exportación, además de no poder entrar en este mercado de origen, sufra pérdidas en el mercado de destino al tener que bajar los precios de su medicamento genérico para poder competir con el bajo precio del medicamento original en el mercado de destino. En este caso, el mismo hecho ilícito verificado en el Estado de exportación –la conducta fraudulenta en relación con la patente– originaría daños a la misma empresa de medicamentos genéricos en dos Estados distintos, el Estado de exportación y el Estado de importación. Sin embargo, como ya hemos comentado, la jurisprudencia europea podría calificar la conducta de la farmacéutica original en el Estado de destino de abuso de posición de dominio y, por tanto, habría dos hechos ilícitos, uno verificado en el Estado de origen y otro en el Estado de destino, y los daños sufridos por la empresa del medicamento genérico en cada uno de esos Estados derivarían, cada uno, de un hecho ilícito distinto⁹⁷.

F) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar donde pueda producirse el daño

67. El principio de ubicuidad también se aplica cuando estamos ante un posible hecho dañoso. De esta manera, los tribunales competentes serían los del potencial hecho ilícito y los del futuro

⁹³ STJCE 6 enero 2004, *Bayer*, asuntos acumulados C-2/01P y C-3/01P, *Rec.* 2004, p. I-00023.

⁹⁴ STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359.

⁹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, pp. 1130-1131.

⁹⁶ STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. I-00415.

⁹⁷ STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359.

daño⁹⁸. La posibilidad que introduce el R1215 de permitir utilizar este foro para demandar por posibles daños que pudieran ocasionarse depende de lo que diga la ley del foro⁹⁹.

G) Tribunales del hecho dañoso y del daño.

68. Aunque en muchas ocasiones ambos tribunales coinciden, cuando el hecho dañoso se verifica en varios países, se debe interpretar que en cada uno de esos Estados se ha producido un hecho ilícito distinto a los efectos de los daños que puedan reclamarse.

Efectivamente, aunque el comportamiento ilícito, el llevado a cabo por la farmacéutica titular del medicamento original en el caso *AstraZeneca*, se haya verificado en varios Estados, cada uno de esos Estados debe considerarse de manera separada a la hora de analizar la causa, el efecto y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido. Dicho con otras palabras, el hecho ilícito llevado a cabo en cada Estado producirá unos determinados daños, que pueden ser distintos a los daños verificados en el resto de Estados donde se ha seguido también la conducta ilícita. Así, por ejemplo, las informaciones engañosas ofrecidas a las oficinas de patentes de Bélgica, provocarán daño a los pacientes de Bélgica y a los competidores de medicamentos genéricos que quieren entrar en el mercado belga. Esto es, debe entenderse que hay tantos hechos ilícitos como Estados en los que se verifican, y cada uno de ellos provoca daños independientes. Por lo tanto, siguiendo con el ejemplo de la sentencia *AstraZeneca*, los competidores del medicamento genérico, al ver impedida su posibilidad de entrar en el mercado de varios Estados miembros, deberían acudir a la jurisdicción de cada uno de esos Estados a reclamar los daños sufridos en cada uno de ellos por ese hecho ilícito. Si quieren demandar todos los daños a la vez, en lugar de ir a cada uno de los Estados donde se ha verificado el hecho ilícito a reclamar los daños parciales sufridos en sus jurisdicciones, puede acudir a los tribunales del domicilio del demandado.

4. Foro especial del artículo 7.5 R1215

69. Además de los foros mencionados, algunos autores consideran que el foro de establecimientos secundarios –art. 7.5 R1215– también puede aplicarse en estos casos para pedir una indemnización por responsabilidad extracontractual¹⁰⁰.

Este foro indica que, en relación con la explotación de sucursales, agencias o establecimientos secundarios, también serán competentes los tribunales del lugar donde estos radican. Sin embargo, en la mayoría de los casos, este lugar coincidirá con el lugar del hecho ilícito, porque será el lugar donde la empresa, a través de su establecimiento secundario, ha llevado a cabo el comportamiento ilícito que ha provocado el daño.

5. Litispendencia y conexidad

70. La estructura de los foros del Reglamento 1215 puede conducir a que haya varios tribunales competentes en el mismo caso. Así es, si nos situamos en la base de la pirámide de foros del Reglamento, esto es, si no existe sumisión de las partes a determinados tribunales, ni expresa ni tácita, el demandante podrá interponer su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 4) y ante los tribunales que resulten del foro especial por razón de la materia del artículo 7.2.

Es más, en estos mismos casos, ambos foros pueden dar lugar a varios tribunales competentes cada uno. En efecto, como ya hemos mencionado anteriormente, el domicilio del demandado, cuando se trata de una persona jurídica, estará situado en el Estado miembro donde tenga la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal, según el artículo 63 del Reglamento. Por lo

⁹⁸ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 271.

⁹⁹ B. AUDIT, *Droit International Privé*, 5ª ed., 2008, p. 444.

¹⁰⁰ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, pp. 154-155; D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 1/2006, p. 6.

tanto, si esa persona jurídica demandada tiene más de uno de estos elementos en el territorio europeo, podría ser demandada ante cualquiera de los tribunales competentes por el foro general.

Por otro lado, el foro especial en materia de responsabilidad extracontractual, si seguimos la jurisprudencia general de ilícitos a distancia o de daños plurilocalizados, podría indicarnos varios tribunales competentes en estos supuestos. Si bien hay que recordar que en nuestro caso, con el hecho ilícito del caso *AstraZeneca*, el lugar del hecho dañoso coincide con el lugar del daño y, por lo tanto, por este foro especial sólo puede haber un tribunal competente

A) Litispendencia

71. El inconveniente que plantea el hecho de que pueda haber varios tribunales competentes para la misma demanda es que conozcan del caso varios órganos jurisdiccionales y dicten sentencias contradictorias. Efectivamente, si el legislador europeo ofrece varios foros alternativos al demandante, éste puede hacer uso de los mismos y puede, consecuentemente, plantear su demanda ante varios tribunales de Estados miembros. Cada uno de esos órganos jurisdiccionales debe declararse competente, puesto que tiene foro de competencia al respecto, y esto puede suponer que cada uno de ellos dicte una resolución que sea incompatible con la de los demás.

Las instituciones europeas buscan, como uno de sus objetivos, que el territorio europeo sea un único espacio de libertad, seguridad y justicia. Por ello han creado, entre otras normas, el Reglamento 1215, para regular la competencia judicial internacional disponiendo ante un determinado caso qué tribunales europeos van a resultar competentes. Al mismo tiempo que se ofrecen foros donde puede interponer su demanda el demandante, el legislador europeo desea evitar que en este espacio puedan existir resoluciones contradictorias. En efecto, del mismo modo que en la jurisdicción nacional existe la litispendencia para evitar que un segundo tribunal conozca de un caso que está siendo llevado por otro juez, en el marco europeo ocurre lo mismo. Para prevenir la existencia de resoluciones incompatibles sobre el mismo tema, el Reglamento 1215 regula la litispendencia.

72. El artículo 29 R1215 prescribe que cuando se interpongan varias demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante distintos tribunales europeos, el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la primera demanda será el que deba continuar con el proceso. Los demás tendrán que inhibirse a favor de aquel. De esta manera, sólo habrá una resolución judicial sobre el tema. Esto no significa que en los demás Estados donde se ha planteado el asunto haya denegación de justicia, el asunto quedará resuelto también en estos países, pero no por conocimiento del caso, sino por reconocimiento de la sentencia dictada por el primer tribunal¹⁰¹. Así es, una vez que se dicte una resolución judicial, la parte interesada puede solicitar el reconocimiento o la ejecución de la misma en cualquier país de la Unión Europea, también a través del Reglamento 1215¹⁰².

¹⁰¹ *Vid.*, M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 255-256; H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 300-302.

¹⁰² El reconocimiento y ejecución es el instrumento a utilizar para que una sentencia extranjera tenga efectos procesales en un país (art. 36 R1215). No sólo por la posible incoherencia de los fallos judiciales, el reconocimiento es un mecanismo necesario, también, para evitar que las sentencias se conviertan en papel mojado, en resoluciones sin efectividad alguna. En efecto, la parte perjudicada por la sentencia podría acudir a los tribunales de otro Estado e iniciar ante ellos, de nuevo, el proceso; sin miedo a que la otra parte alegue la existencia de una sentencia ya dictada en el caso y, así, paralizar el procedimiento que podría beneficiar, esta vez sí, al demandante –en perjuicio del demandado o parte beneficiada por la primera sentencia–. Con el efecto perverso añadido de que, quizá, no se pueda dar efectividad a esta primera resolución en el país donde ha sido dictada, por motivo de que el condenado al pago, *ad ex.*, ha huido a ese otro Estado donde inicia el nuevo pleito con todos sus bienes. Tendríamos, en este supuesto, una sentencia originaria que no puede ejecutarse y una parte beneficiada por ella que no puede cobrar lo que se le debe, y, por otro lado, una sentencia dictada en otro Estado que favorece a la parte contraria y que, puede ocurrir, sí puede tener plena efectividad –porque el obligado al pago tiene bienes en el territorio de ese Estado, *ad ex.*–. Con el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras se pueden plantear nuevos procesos sobre el mismo caso ante tribunales de otros Estados, pero el demandado en esos otros procesos puede alegar la existencia de una sentencia dictada en el mismo caso y conseguir así –si se procede al reconocimiento de la misma–, que el nuevo procedimiento quede paralizado por la excepción de cosa juzgada; dando validez, en el caso concreto –*reconocimiento incidental*– a la sentencia dictada por el juez extranjero en el Estado en el que se plantea el reconocimiento.

73. Los conceptos “mismas partes”, “misma causa” y “mismo objeto” son interpretados de forma autónoma. Así es, no importa lo que se entienda por ellos en el Derecho nacional, se debe dar una interpretación a efectos de la aplicación de este artículo 29 del Reglamento 1215.

El TJCE se ha pronunciado en relación a la existencia de identidad de causa y de objeto en los siguientes términos¹⁰³: “(11) A la vista de los mencionados objetivos del Convenio y teniendo en cuenta que el artículo 21, en lugar de remitirse al término de “litispendencia” tal y como se emplea en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes, enuncia varios presupuestos sustanciales como elementos de una definición, es preciso deducir de ahí que los conceptos que utiliza el artículo 21 para determinar una situación de litispendencia deben considerarse autónomos. (...) (15) La situación procesal objeto de la cuestión prejudicial se caracteriza por la circunstancia de que las mismas partes se enfrentan en dos litigios que se desarrollan en diferentes Estados contratantes y que se basan en la misma “causa”, es decir, la misma relación contractual. El problema que se plantea es el de si ambos litigios tienen el mismo “objeto”, dado que en el primer caso la demanda tiene por objeto la ejecución del contrato y en el segundo su nulidad o su resolución. (16) Cuando se trata en concreto, como en el caso de autos, de una compraventa internacional de objetos muebles corporales, de ello se deriva que la demanda de ejecución del contrato pretende hacerlo eficaz, mientras que la demanda de nulidad y resolución pretende precisamente negarle toda eficacia. La fuerza obligatoria del contrato se encuentra en el centro de ambos litigios. Si la demanda de nulidad o de resolución es la posterior, ésta puede considerarse como un mero medio de defensa contra la primera demanda, presentada como acción autónoma ante un Tribunal de otro Estado contratante. (17) Siendo ésta la situación desde el punto de vista procesal, es forzoso reconocer que ambos litigios tienen el mismo objeto, ya que este último concepto no puede reducirse a la identidad formal de las dos demandas”.

También lo ha hecho en relación a la identidad de partes. Así, ha afirmado que, “(34) En consecuencia, en los casos en que las partes coincidan parcialmente con las partes de un procedimiento iniciado anteriormente, el artículo 21 sólo exige que se inhíba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente planteado ante el órgano jurisdiccional de otro Estado contratante. No impide que continúe el procedimiento entre las demás partes. (35) Es cierto que esta interpretación del artículo 21 implica una fragmentación del litigio. No obstante, el artículo 22 atenúa este inconveniente. En efecto, dicho artículo permite que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento suspenda el procedimiento o se inhíba, debido a la conexidad de los asuntos, si se cumplen las condiciones que en el mismo se establecen. (36) Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el artículo 21 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de dos demandas que tengan la misma causa y el mismo objeto, y cuando las partes del segundo procedimiento coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado contratante, sólo exige que se inhíba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente iniciado. Dicho artículo no impide que continúe el procedimiento entre las demás partes”¹⁰⁴. No es necesario que las partes ocupen las mismas posiciones procesales en los distintos procedimientos¹⁰⁵.

74. La interpretación tan amplia que realiza el Tribunal de Justicia en relación a la litispendencia presenta inconvenientes¹⁰⁶. En efecto, esta definición de litispendencia puede hacer que, recurriendo a

El Reglamento 1215 también contempla el reconocimiento por homologación, en virtud al cual, la parte interesada puede solicitar que se reconozca la sentencia en un Estado distinto a aquel en el que ha sido dictada. De este modo, en ese otro Estado donde se reconoce la sentencia no se puede volver a plantear el mismo litigio ya resuelto por ella; el reconocimiento supone *cosa juzgada* en ese Estado.

En materia de reconocimiento y ejecución, *vid.*, con carácter general, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ..., pp. 573-656.

¹⁰³ STJCE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, 144/86, *Rec.* 1987, p. 04861.

¹⁰⁴ STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. I-05439

¹⁰⁵ STJCE 19 mayo 1998, *Drouot Assurances SA v. Consolidated Metallurgical Industries*, C-351/96, *Rec.* 1998, p. I-03075

¹⁰⁶ *Id.*, E. JAYME, “La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual”.

ella, la parte interesada bloquee la posibilidad de que del caso conozca otro tribunal distinto al que a ella le interese. Por otra parte, el carácter excepcional del artículo 7, en relación con el foro general, se podría ver truncado si las partes plantean su litigio, en primera demanda, ante los tribunales del foro especial, anulando, así, la posibilidad de que conozca del mismo el juez del foro general del domicilio del demandado. Parece preferible el recurso a la conexidad, como solución más flexible para evitar resoluciones inconciliables en el entorno europeo.

75. El Reglamento 1215/2012 introduce un segundo párrafo, en el que se dice que el órgano jurisdiccional que está conociendo de la demanda en primer lugar, puede solicitar al otro tribunal que también está conociendo del caso, que le informe acerca de la fecha en que se interpuso la demanda en segundo lugar.

Además de lo anterior, el nuevo Reglamento introduce una novedad relevante en esta materia. Así es, en el artículo 31 se sustituye el criterio de prioridad temporal por el criterio de prioridad material. En efecto, si se presenta la demanda ante un tribunal que fuere competente por el foro de la sumisión, el otro tribunal que también estuviere conociendo del caso deberá suspender el proceso hasta que el primero decida sobre su competencia. Una vez que ya ha determinado si es competente, si lo es, el otro tribunal deberá abstener en favor de aquel.

Por último, otra novedad que introduce el Reglamento es la regulación de la litispendencia en relación con tribunales de terceros Estados. El Reglamento 44 no contempla esta posibilidad, se limita a tratar los casos de litispendencia entre tribunales de Estados miembros. Pues bien, el artículo 33 dispone que cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro estuvieren conociendo en base al foro del domicilio del demandado (art. 4) o en base a cualquier foro especial por razón de la materia (arts. 7-9), podrán suspender el proceso, a petición de alguna parte o de oficio si está previsto en el Derecho nacional, si el mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa, se estuviera ya dirimiendo ante un tribunal de un tercer Estado. Esa posibilidad de suspensión del proceso, por parte del órgano jurisdiccional europeo, será ejercitada teniendo en cuenta dos cuestiones, por un lado, que la sentencia que dicte el tribunal del tercer Estado pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro en cuestión y, por otro, que el tribunal europeo considere que es aconsejable para una buena administración de la justicia. No obstante, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá continuar con el procedimiento en cualquier momento, si se dan determinadas circunstancias que menciona el Reglamento 1215/2012. Estas circunstancias son: “a) el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído, o b) el órgano jurisdiccional del Estado miembro estima poco probable que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado pueda concluirse en un tiempo razonable, o c) la continuación del procedimiento se considera necesaria para la buena administración de justicia”

B) Conexidad

76. En algunas ocasiones, las demandas que se interponen no tienen identidad de partes, objeto y causa, y, sin embargo, guardan una estrecha relación entre ellas. En estos casos, a través de la conexidad se consigue que sólo un tribunal sea competente y, de esta manera, se evita que haya resoluciones inconciliables en el territorio europeo.

El artículo 30 regula la conexidad y prescribe que sea el primer tribunal que haya empezado a conocer el que continúe con el procedimiento. En concreto, este precepto dispone que, “1. Cuando demandas conexas estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento. 2. Cuando tales demandas conexas estuvieren pendiente en primer instancia, cualquier tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el tribunal ante el que hubiere presentado la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. 3. Se considerarán co-

Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa, Ponencias al coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luxemburgo, 11 y 12 de marzo de 1991, Pamplona, 1993, p. 85.

nexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

77. El artículo 32 del Reglamento 1215 prescribe que, “*A efectos de la presente Sección, se considerará que un tribunal conoce de un litigio: 1) desde el momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para que se entregare al demandado la cédula de emplazamiento, o 2) si dicho documento hubiere de notificarse al demandado antes de su presentación al tribunal, en el momento en que lo recibiere la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para presentar el documento al tribunal*”. En cuanto a la autoridad que debe notificar la demanda, cuando haya que notificar primero al demandado y luego presentarla ante el órgano jurisdiccional, será la que haya recibido los documentos en primer lugar.

El Reglamento 1215/2012 introduce un párrafo nuevo y dispone que “*los órganos jurisdiccionales, o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el apartado 1, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse*” (art. 32.2).

78. También el Reglamento 1215/2012 regula la conexidad en relación con un proceso pendiente ante un tribunal de un tercer Estado. El artículo 34 contiene esa regulación y sus términos son idénticos a los ya vistos en relación con la litispendencia, si bien, se introduce una consideración más, tanto para suspender el proceso como para continuar con el mismo, que el tribunal europeo considere –o deje de considerar, para continuar con el proceso– que existe riesgo de que ambos procesos puedan dar lugar a resoluciones inconciliables.

79. En los casos de *passing-on defence*, podrían plantearse, a la vez, varias demandas por parte de los distintos perjudicados, compradores directos e indirectos, con el fin de conseguir que el infractor indemnice a cada demandante los daños que realmente ha sufrido cada uno. En estos supuestos se podría acudir a este foro de acumulación de demandas conexas del artículo 30 R1215. De esta manera, todas las demandas conexas planteadas se podrían tramitar ante el mismo juez –el primero que haya empezado a conocer– y se evitarían resoluciones contradictorias¹⁰⁷.

V. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito *antitrust*: Ley aplicable

80. El Reglamento Roma II se encarga de regular la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El Reglamento va a ser aplicado por los tribunales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca, para determinar el Derecho aplicable a las demandas de indemnización por daños causados por hechos posteriores al 11 de enero de 2009 (arts. 31 y 32).

81. En concreto, en su artículo 6 recoge la ley aplicable a la obligación extracontractual que surge de un acto de competencia desleal y de actos que restringen la competencia. El Reglamento entiende por estos actos restrictivos de la competencia las ententes o el abuso de posición de dominio, prohibidos por los artículos 81 y 82 TCE o por la legislación de un Estado miembro¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Artículo 15 de la Propuesta de Directiva.

¹⁰⁸ Considerando 23: “*acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; cuando dichos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE o por la legislación de un Estado miembro*”.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II.

82. Antes de entrar en la regulación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos que restringen la competencia, vamos a exponer, brevemente, cuándo se aplica esta norma comunitaria.

83. El Reglamento Roma II regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil que presentan algún elemento de extranjería. Quedan excluidas de su ámbito de aplicación las obligaciones en materia fiscal, aduanera o administrativa, y los supuestos en los que el Estado actúa en el ejercicio de su autoridad (art. 1).

84. El concepto de obligación extracontractual no se encuentra recogido en el Reglamento Roma II. En el Considerando 11 se estipula que “*la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo*”. Sin embargo, no queda definido en el texto el mencionado concepto. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido el órgano que se ha ocupado de esta labor, si bien en el marco del Reglamento 44/2001. Como ya hemos mencionado anteriormente, el Tribunal de Luxemburgo define la obligación extracontractual de forma residual, como la que no es contractual. Por lo tanto, cuando existe una vinculación contractual entre el demandante y el demandado, la responsabilidad será contractual, y en el resto de casos será no contractual¹⁰⁹.

85. Desde el punto de vista temporal, el Reglamento se aplica a las demandas de responsabilidad extracontractual que se interpongan por hechos generadores de daños que se hayan producido después del 11 de enero de 2009 (art. 31 y 32).

86. El ámbito de aplicación espacial del texto comunitario engloba toda la Unión Europea, excepto Dinamarca. La ley a la que conduce la norma de conflicto aplicable según el Reglamento Roma II no tiene por qué ser la de un país parte de la norma, puede ser la ley de cualquier Estado del mundo (art. 3). Sin embargo, como se verá más adelante, la aplicación del artículo 6.3 del Reglamento suele conducir a la ley del foro, y por lo tanto, en estos casos la ley aplicable será la de un Estado parte de la Unión Europea.

87. Por último, el ámbito de aplicación personal del Reglamento es *erga omnes*. No se exige, por tanto, ninguna condición personal de aplicabilidad.

2. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Consideraciones generales

88. Centrándonos en la reclamación de daños por hechos que infringen el Derecho europeo de competencia, el apartado 3 del artículo 6 del Reglamento Roma II dispone lo siguiente:

“a) La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado; b) Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa o sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado de ese tribunal”.

¹⁰⁹ STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. 1988, p. 05565, apartado 17.

El Considerando 21 del Reglamento Roma II entiende que el artículo 6 no es una excepción a la regla general del artículo 4, sino una aclaración de la misma¹¹⁰. El artículo 4 recoge, como punto de conexión general en los supuestos de responsabilidad extracontractual, el lugar del daño. Si el artículo 6, en concreto el artículo 6.3, es una aclaración del precepto 4 es porque el lugar del daño coincide con el mercado afectado, que es el criterio que utiliza el mencionado artículo 6.3 para determinar la ley aplicable. Sin embargo, en algunas ocasiones, como veremos más adelante, no tiene por qué coincidir el lugar del daño con el mercado afectado, con lo que el artículo 6.3 se convertiría en una regla especial, distinta de la general.

89. El punto de conexión utilizado por el Reglamento Roma II en esta materia es el mercado afectado. El mercado afectado hace referencia al país afectado, ya que, el artículo 6 es una norma de conflicto que nos lleva a la legislación de un Estado, por lo tanto, cuando hablamos de *mercado* afectado se debe leer *país* afectado. Esta precisión es conveniente hacerla puesto que, en términos de Derecho de la competencia, el mercado afectado no tiene por qué corresponderse con el territorio de un Estado, puede ser el mercado europeo en su conjunto, por ejemplo, sin embargo, a efectos de ley aplicable, ese mercado afectado debe circunscribirse al territorio de un Estado –cuya ley será la que se aplique al caso–¹¹¹.

90. Otra cuestión que plantea este precepto es que remite a la ley del mercado afectado o *que pudiera ser afectado*. Como ya se ha mencionado anteriormente, el Derecho europeo de la competencia prevé sanciones incluso aunque no haya habido lesión efectiva de la competencia¹¹². Lo anterior explicaría que, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho europeo de la competencia, sería posible que no hubiera mercado afectado y sí mercado potencialmente afectado. Sin embargo, cuando hablamos de la ley aplicable a los daños debemos presumir que ha habido daños y que, por lo tanto, ha habido un comportamiento ilícito que se ha puesto en práctica y ha provocado esos daños. Por ello, como ya dijimos en el apartado de competencia judicial internacional, la acción que puede entablarse en los casos en los que no hay daño es una acción preventiva y no una acción para reclamar perjuicios que no se han sufrido.

91. El criterio utilizado como punto de conexión es, por tanto, el mismo que determina la aplicación de las normas del Derecho europeo de la competencia. Como ya hemos afirmado anteriormente, la *doctrina de los efectos* en el mercado europeo es la seguida para afirmar que un determinado comportamiento debe quedar sancionado por el Derecho europeo de la competencia¹¹³. En efecto, no importan las condiciones personales de las partes implicadas, no importa el domicilio o la nacionalidad de las empresas infractoras, lo importante es que su comportamiento tenga efectos en el mercado comunitario, que lesione la competencia en el mercado interior. Lo mismo se puede decir al revés, si las empresas europeas lesionan la competencia en el mercado de terceros países no comunitarios, las normas europeas de competencia no pueden ser aplicadas a su comportamiento. Lo importante son los efectos del comportamiento en el mercado europeo, que el mercado afectado sea alguno de la Unión Europea.

92. La ley a la que conduce la norma de conflicto del artículo 6.3 del Reglamento es el Derecho material del Estado al que remite la norma. Esto es, Roma II no admite el reenvío que la norma de conflicto del ordenamiento al que conduce el artículo 6.3 pueda realizar a otro Derecho (art. 24)¹¹⁴.

¹¹⁰ M. HELLNER, “Unfair competition and acts restricting free competition. A commentary on article 6 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of private international law*, vol. IX, 2007, p. 51.

¹¹¹ M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, p. 60.

¹¹² STPI 8 octubre 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros*, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.* 1996, p. II-01201, apartado 149; STPI 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, *Rec.* 1999, p. II-06929, apartado 191; STPI 30 enero 2007, *France Telecom*, T-340/03, *Rec.* 2007, p. II-00107, apartado 196.

¹¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, p. 155.

¹¹⁴ T. BALLARINO, “El Derecho antitrust comunitario y el artículo 6 del Reglamento “Roma II” (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIPr.*, VII, 2007, p. 416.

3. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Norma de conflicto

A) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en un solo país.

93. Cuando el mercado afectado, o que pueda resultar afectado, es el territorio de un país, la ley aplicable será la normativa de ese Estado. La conexión *mercado afectado* se refiere al mercado donde el comportamiento ilícito se lleva a cabo, aunque fueran otros los mercados donde se encuentren los consumidores-pacientes afectados¹¹⁵. Así es, lo importante es el mercado donde se verifica el daño a la competencia. Hay autores, no obstante, que consideran que el mercado afectado debe ser tanto aquel en el que se verifica el daño a la competencia, como aquel en el que se verifica el daño al consumidor¹¹⁶. Ambos mercados no tienen por qué coincidir. Así, *ad ex.*, en el caso de una compañía alemana que no está presente en el mercado italiano, que firma un contrato de seguro de incendio con una aseguradora italiana que es miembro de un cartel italiano, las elevadas primas que debe pagar la compañía alemana son un daño que esta empresa ha sufrido en el mercado alemán, aunque el mercado afectado por la práctica anticompetitiva sea el mercado italiano¹¹⁷.

En el caso objeto de estudio, el abuso de posición de dominio de una empresa farmacéutica titular de una patente por un uso ilícito de ésta, como ya hemos indicado cuando tratamos la competencia judicial internacional, el mercado afectado, como país donde se lleva a cabo el comportamiento ilícito, va a coincidir con el lugar donde se verifica el daño a estos efectos. Como ya dijimos, en el sector farmacéutico el lugar del hecho ilícito –a efectos de competencia judicial internacional– o el mercado afectado –a efectos de ley aplicable– va a coincidir con el lugar del daño, tanto el sufrido por los competidores, que no pueden entrar en ese mercado, como el sufrido por los pacientes que no pueden acceder a medicamentos más baratos.

94. En este apartado a) del artículo 6.3 no se hace referencia a que el mencionado mercado afectado lo sea de forma *directa y sustancial*. Algunos autores apuntan que debería exigirse la cualificación de afectación directa y sustancial por analogía a lo recogido en el apartado b) del precepto¹¹⁸. Sin embargo, estos mismos autores terminan considerando que la mejor interpretación es la literal del artículo y que, por ello, no debe exigirse más que una afectación del mercado, sin necesidad de que sea directa o sustancial¹¹⁹.

En realidad, la cualificación de la afectación en el supuesto de que haya varios mercados afectados tiene sentido porque la opción por la ley del foro supone escapar de la ley que sería aplicable en un primer momento y, por ello, esa nueva ley debe estar muy conectada con el supuesto y es lógico que se exija que esa ley sea la de un mercado especialmente afectado por el comportamiento. Sin embargo, cuando sólo existe un mercado afectado dicha afectación no puede calificarse de directa o sustancial por comparación con la afectación de otros mercados en los que se ha observado la conducta, ya que, no hay otros mercados. La afectación es única y de suficiente envergadura como para que sea objeto del Derecho europeo de la competencia o de las normas nacionales de competencia (Considerando 23).

B) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en varios países.

95. Cuando son varios los países cuyos mercados se encuentran afectados por el comportamiento ilícito, el demandante podrá escoger la legislación del foro, siempre que éste sea el país del domicilio

¹¹⁵ D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court ...”, pp. 20-23.

¹¹⁶ S. POILLOT PERUZZETTO, “Conflits de lois et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009, nº 18, p. 109.

¹¹⁷ J. BASEDOW, J. “Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law”, en J. BASEDOW, J. (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 244.

¹¹⁸ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VII, 2007, pp. 453-454.

¹¹⁹ M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, pp. 61-62.

del demandado y se trate de un mercado afectado de manera directa y sustancial por el comportamiento ilícito¹²⁰. Si el tribunal competente no es el del domicilio del demandado, el Reglamento Roma II no indica qué ley se aplicará en este caso.

96. Parece que la redacción del artículo 6.3 del Reglamento Roma II toma como referencia la doctrina del caso *Shevill* en competencia judicial internacional¹²¹. En este caso, como ya se ha comentado anteriormente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretando el artículo 5.3 del antiguo Convenio de Bruselas de 1968 ante un caso de difamación transfronteriza, consideró que el perjudicado podía interponer su demanda ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, y reclamar la integridad de daño, o podía acudir a los distintos tribunales donde se habían verificado daños, para reclamar la cantidad del daño causado en esos territorios. De esta manera, haciendo una extrapolación de la jurisprudencia *Shevill* al artículo 6.3 de Roma II, lo que podría pretender el legislador es que el perjudicado por un acto lesivo del Derecho de la competencia que afecta a varios mercados pueda reclamar todos los daños basándose en la legislación del foro, cuando el foro es el domicilio del demandado, o pueda pedir que se le apliquen tantas leyes como mercados afectados haya, en relación con el daño verificado en cada uno de esos mercados. Por lo tanto, en este último caso seguiríamos la regla general de aplicar la ley del mercado afectado a los daños verificados en cada Estado. Esta es la conclusión a la que llegamos después de analizar lo que dice y, sobre todo, lo que no dice, el artículo 6.3 del Reglamento Roma II.

97. En el caso objeto de estudio, siguiendo con la referencia del asunto *AstraZeneca*, si se acude al foro del domicilio del demandado se aplicará la ley del foro para la reclamación de la totalidad de los daños sufridos. También se podría acudir a cada uno de los Estados donde se ha llevado a cabo del comportamiento ilícito y se han sufrido daños –foro especial del lugar del hecho ilícito o del lugar del daño del artículo 7.2 R1215– y reclamar en ellos en base a la ley del foro o del mercado afectado los daños verificados en esos Estados.

C) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que existen varios demandados.

98. Cuando el Reglamento Roma II hace referencia al litisconsorcio pasivo y plantea la ley aplicable cuando se demanda a varios sujetos en el mismo procedimiento, la solución ofrecida por la norma debe ser objeto de una profunda interpretación. Trayendo de nuevo la dicción literal del precepto en este punto, el artículo indica que “*cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado de ese tribunal*”. El artículo utiliza dos palabras que dan lugar a confusión. Para empezar, no dice quién debe ser *ese* tribunal competente, y se plantea la duda de si se refiere al del domicilio del demandado –por analogía con el anterior supuesto de un solo demandado– o al que corresponda “*de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial*”. La doctrina considera que se debe entender que el tribunal competente debe ser el del domicilio de uno de los demandados¹²². En segundo lugar, cuando utiliza el término únicamente para referirse a la ley aplicable, no queda claro si se refiere a que únicamente debe resultar afectado el mercado del foro, o a que el demandante puede optar por la legislación del foro únicamente cuando el Estado del foro sea uno de los afectados de manera directa y sustancial por el comportamiento lesivo de la competencia. Parece que la interpretación correcta sería considerar que se puede optar por la ley del foro cuando éste se corresponda con un país afectado de manera directa y sustancial por el comportamiento ilícito y cuando se trate del Estado del domicilio de alguno de los demandados.

¹²⁰ El Reglamento Roma II es claro en quién debe activar la opción de la ley aplicable –el demandante–, sin embargo, existen autores que consideran que ese aspecto debe determinarlo el Derecho procesal del foro (R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 147).

¹²¹ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, pp. 146-147; S. BARIATI, “Violazione di norme ...”, p. 358.

¹²² M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, p. 51.

99. Cuando existe litisconsorcio pasivo, y además el comportamiento afecta a varios mercados, la regla de la ley aplicable sería la misma que la vista para los supuestos de existencia de varios mercados afectados, con la particularidad de que, al haber varios demandados, se puede actuar contra todos ellos ante los tribunales del domicilio de uno siguiendo el artículo 8.1 R1215.

4. Excepción del orden público

100. El artículo 26 del Reglamento Roma II recoge una excepción a la aplicación de la ley designada por sus normas de conflicto. Así es, el precepto mencionado dispone que “*solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”.

101. En este sentido, los autores entienden que no se puede alegar en cualquier caso esta excepción para no aplicar en España un Derecho extranjero que prevea daños punitivos¹²³. Los daños punitivos “*consisten en una cantidad económica prevista en el Derecho de la mayor parte de los países anglosajones y que debe desembolsar el responsable de un daño no para compensar al demandante/víctima por el perjuicio sufrido, sino con la finalidad de pedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante*”¹²⁴.

El propio Reglamento prevé la existencia de esta indemnización en algunos ordenamientos y dispone que, según las circunstancias del caso y la ley del foro, se podrá alegar el orden público internacional¹²⁵. Por lo tanto, atendiendo a estas circunstancias y a lo que diga la legislación del foro se podrá, o no, oponer el orden público para impedir que se apliquen en España las indemnizaciones por daños punitivos. Los tribunales españoles podrán alegar orden público internacional frente a la aplicación de una ley extranjera que prevea daños punitivos excesivos. Así es, siguiendo lo recogido por el Reglamento, los órganos judiciales españoles deberán hacer un test de proporcionalidad y un test de vinculación espacial¹²⁶. Con el primer test, partiendo del hecho de que las normas españolas de responsabilidad extracontractual tienen como objetivo un resarcimiento a la víctima, pero también tienen una finalidad preventiva o sancionadora, los daños punitivos no excesivos no atentarían contra nuestro orden público internacional¹²⁷. Con el segundo test, si el supuesto se encuentra directamente relacionado con España, los daños punitivos de naturaleza excesiva no deberían ser aplicados en nuestro ordenamiento. Sin embargo, si el caso se encuentra alejado de nuestra esfera, no habría razón para no aplicar esa legislación a la que nos lleva la norma de conflicto.

Existen autores, en cambio, que consideran que los daños punitivos no pueden tener cabida en nuestro ordenamiento¹²⁸. La razón que alegan es que el sistema civil de daños español tiene una finalidad sólo resarcitoria o reparadora, y la admisión de los daños punitivos podría suponer ir en contra de un principio fundamental en esta materia, cual es, el enriquecimiento injusto. Según estos autores, la finalidad disuasoria o preventiva que cumplen los daños punitivos ya se encuentra colmada con la aplicación de la sanción administrativa por la vulneración de las normas de competencia.

¹²³ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional...”, p. 165; M. DANOV, “Awarding Exemplary (or Punitive) Antitrust Damages in EC Competition Cases with an International Element – The Rome II Regulation and the Commission’s White Paper on Damages”, *Eur. Compet. L. Rev.*, 29, 7, 2008, p. 432; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a ...”, pp. 461-463.

¹²⁴ Vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, p. 68. También, en relación con los daños punitivos, vid., E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a ...”, p. 462.

¹²⁵ Considerando 32: “*Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”.

¹²⁶ Vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, pp. 69-70.

¹²⁷ En Estados Unidos los daños punitivos son el triple de los daños efectivamente ocasionados (vid., en relación con estos daños de Estados Unidos, F. M. FISHER, “Economic Analysis and Antitrust Damages”, *World Compet.*, 29(3), 2006, pp. 383-394)

¹²⁸ Vid., C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada ...”, p. 113.

102. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas prevé la posibilidad de que se puedan indemnizar daños punitivos cuando en la legislación nacional estén previstos este tipo de daños¹²⁹. Así, “*en consecuencia, por un parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios*” (apartado 99).

5. Ámbito de la legislación aplicable

103. El Reglamento Roma II recoge, en su artículo 15, varios aspectos que quedan regulados por la ley a la que conducen sus normas de conflicto. La lista que aparece en ese precepto no es un *numerus clausus*, ya que, la norma comunitaria específica que la ley aplicable lo será, *en particular*, a una serie de materias¹³⁰.

104. Expondremos a continuación las materias cubiertas por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual¹³¹.

A) En primer lugar, *el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos*. En este apartado estaría incluido el origen de la responsabilidad. Esto es, en primer lugar, hay Estados en los que se exige negligencia o intencionalidad en el comportamiento ilícito para que pueda dar lugar a indemnización por daños –Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría, Polonia o Portugal–. En otros casos, la culpabilidad debe demostrarse en relación con los efectos sobre el mercado –Eslovenia, Suecia–. En segundo lugar, hay Estados en los que la violación de las normas de competencia implica automáticamente la culpabilidad –Bélgica, Francia, Luxemburgo, Malta y Países Bajos–. En tercer lugar, hay Estados en los que la culpabilidad se presume bajo presunción *iuris tantum* –Austria, Estonia, Alemania, Hungría, Italia, Lituania, Eslovenia y España–¹³². También estaría incluida la cuestión el vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido.

B) *Las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad*. En este punto estarían incluidas la limitación legal o contractual de la responsabilidad, y las causas que eximen de responsabilidad. Entre estas últimas podrían estar la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de que la víctima haya provocado su daño, etc.

C) *La existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada*. La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual debe decir también cómo debe determinarse la indemnización a pagar. Así como también, el tipo de daño que debe ser tenido en cuenta: el moral, el económico, el psicológico, etc.

D) *Dentro de los límites de los poderes conferidos al Tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un Tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño*. El Tribunal debe poder adoptar medidas, si están previstas en la ley de la responsabilidad extracontractual, para prevenir el daño futuro, o para detener el daño presente.

E) *La transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización*. La ley de la responsabilidad extracontractual determinará el carácter transmisible del crédito que nace de esta responsabilidad. Si el crédito se hereda, la *lex successionis* determinará cómo se transmite el crédito y a qué personas, sin embargo, la ley de la responsabilidad extracontractual se situará en un momento anterior para decir si el crédito es transmisible o no.

¹²⁹ STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-6619.

¹³⁰ *Vid.*, S. BARIATI, “Violazione di norme ...”, p. 359.

¹³¹ *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, pp. 132-135.

¹³² *Vid.*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

F) *Las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente.* La ley que surge de la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Roma II determina las personas que tienen derecho a pedir la indemnización por los daños sufridos. En este punto estaría incluida la posibilidad del *passing-on defence*¹³³. Así es, la ley de la responsabilidad extracontractual debe disponer si la primera víctima del comportamiento lesivo de la competencia puede exigir indemnización si ha trasladado su daño a otra persona que se encuentra en un nivel inferior de la cadena de valor. Si bien, como ya hemos comentado anteriormente, con la Propuesta de Directiva de daños esta posibilidad de defensa en base al *passing-on* debe estar permitida en todos los Estados miembros (art. 12.1).

G) *La responsabilidad por actos de terceros.* Este apartado es interesante en los ilícitos del Derecho *antitrust*, ya que, en muchos de ellos las empresas actúan a través de filiales en el mercado comunitario para evitar que se pueda actuar sobre ellas¹³⁴. Con la figura de la filial, como tiene autonomía jurídica y económica de la matriz, la empresa infractora sería la filial y no la matriz. Sin embargo, en muchas ocasiones las matrices extracomunitarias utilizan esta figura de la filial para actuar ellas mismas en el mercado interior. En estos supuestos quien de verdad lleva a cabo el comportamiento ilícito es la matriz, a través de su brazo ejecutor y, por ello, se debería poder actuar contra ella. La ley aplicable a la indemnización de daños deberá determinar también si se puede producir el *levantamiento del velo* para poder pedir responsabilidad a la matriz.

H) *El modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.* La prescripción y la caducidad son materias sobre las que no existe uniformidad en cuanto a su tratamiento. En efecto, hay ordenamientos que consideran que son cuestiones procesales y que, por lo tanto, deberían quedar reguladas por la *lex fori*. En cambio, hay otros que entienden que son cuestiones materiales y deberían quedar reguladas por la *lex causae*. Con la inclusión de esta materia en el ámbito de aplicación de la ley reguladora de la responsabilidad extracontractual se acaba el debate sobre si son cuestiones procesales o materiales. Queda claro que son elementos del fondo del asunto y que deben quedar regulados por la ley del fondo, por la ley de la responsabilidad extracontractual.

VI. Conclusiones

105. A lo largo de este trabajo hemos estudiado la acción que pueden entablar los perjudicados ante la jurisdicción civil para reclamar una indemnización por los daños sufridos por un ilícito *antitrust*. Para ello hemos utilizado como referencia el asunto *AstraZeneca*. En este caso, el Tribunal de Justicia concluye que la empresa mencionada ha llevado a cabo un doble abuso de posición de dominio relacionado con una patente farmacéutica. En concreto, uno de esos dos abusos de posición de dominio consistió en dar informaciones engañosas a las oficinas de patentes y a los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros con la intención de prolongar la vigencia de la patente y, así, evitar la entrada de medicamentos genéricos en el mercado.

106. Una vez descrito el ilícito *antitrust*, lo siguiente es identificar a los perjudicados por dicho comportamiento. Las principales víctimas de esta actuación son, por un lado, los competidores de medicamentos genéricos, que no pueden entrar en ese mercado, y, por otro, los compradores, directos e indirectos, del medicamento objeto de la patente, que tendrán que pagar un precio superior por el mismo que el que pagarían si hubiera podido entrar al mercado la competencia de los medicamentos genéricos.

Las empresas de medicamentos genéricos sufren un daño derivado del lucro cesante de no haber podido actuar en el mercado. Los compradores directos y lo+s indirectos –los pacientes, en este último caso– sufren el daño emergente de pagar un sobre precio por el medicamento original. Pues bien, tanto aquellas como estos deben poder reclamar ante la jurisdicción civil el derecho al pleno resarcimiento, lo

¹³³ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 149.

¹³⁴ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 149.

cual incluye, no sólo el daño sufrido, también los intereses devengados desde el momento del daño hasta el momento del abono de la indemnización, así lo indica la Propuesta de Directiva en su artículo 2.2.

107. En el contexto internacional que representa la Unión Europea, ese derecho de los perjudicados a plantear una demanda de responsabilidad extracontractual solicitando una indemnización por los daños sufridos requiere conocer, en primer lugar, ante qué jurisdicción se puede plantear la demanda y, en segundo lugar, qué Derecho van a aplicar los tribunales competentes para resolverla.

En este entorno europeo, la competencia judicial internacional viene determinada por el Reglamento 1215/2012 y el Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual está recogido en el Reglamento Roma II.

108. Comenzando por lo primero, por la competencia judicial internacional, además del foro de la sumisión y del foro del domicilio del demandado, aplicables con independencia de la materia de que se trate –siempre que sea materia civil y mercantil objeto del Reglamento 1215/2012–, el foro especial del artículo 7.2 R1215 se aplica exclusivamente cuando nos encontramos ante una demanda de responsabilidad extracontractual. Por lo anterior, vamos a centrarnos en este último foro en este punto del trabajo.

El foro del artículo 7.2 R1215 indica que los tribunales competentes son los del lugar en que se produce o pueda producirse el hecho dañoso. El hecho dañoso es el hecho ilícito, en nuestro caso, siguiendo con el caso *AstraZeneca*, el hecho dañoso es el comportamiento que impide la entrada de medicamentos genéricos en el mercado. Pues bien, este abuso de posición de dominio se produce en Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido y Noruega, en cada uno de esos Estados *AstraZeneca* consigue que los productores de medicamentos genéricos no puedan entrar a competir. El hecho ilícito es único, verificado en varios Estados, sin embargo, como cada país tiene su propia jurisdicción, hemos de identificar el Estado en concreto cuyos tribunales resultan competentes para conocer de la demanda de daños. Para ellos, hemos de dividir el hecho ilícito, plurilocalizado a efectos de Derecho europeo de la competencia, en tanto hechos ilícitos como Estados en los que se haya verificado. De esta manera, los órganos jurisdiccionales de cada uno de esos Estados serán competentes para conocer del daño infligido en sus jurisdicciones.

La jurisprudencia comunitaria ha añadido nuevos tribunales competentes en virtud a este foro especial del actual artículo 7.2 R1215 (STJCE 30 noviembre 1976, *Soc. Bier y Fund. Rheinwater contra Minas de Potasio de Alsacia*, 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735). En efecto, como ya se ha mencionado en el trabajo, también son competentes por este foro los órganos jurisdiccionales del lugar del daño. Esta ampliación de los tribunales competentes tiene sentido si el lugar del daño es diferente al lugar del hecho ilícito –*illicitos de distancia*–, porque sólo así supone añadir tribunales competentes a los ya previstos en el foro del artículo 7.2 R1215. En nuestro caso, tanto los competidores de medicamentos genéricos como los compradores del medicamento original sufren el daño en el mismo país donde se verifica el hecho ilícito. En efecto, los primeros sufren el daño de no poder entrar en el mercado donde se lleva a cabo ese comportamiento ilícito y, los segundos, dado que los medicamentos no pueden comprarse a través de internet, también sufren el daño de tener que pagar más por el medicamento en el Estado donde se lleva a cabo el abuso de posición de dominio. En este último caso, podríamos plantearnos el supuesto del paciente que compra el medicamento a un distribuidor que lo importa del Estado donde se comete el ilícito *antitrust* y que, como éste lo ha comprado a un precio elevado también lo va a vender a un sobre precio para conseguir rentabilidad en la operación. Sin embargo, en el sector farmacéutico los precios de los medicamento deben adaptarse al Estado de venta de los mismos, se trata de un sector regulado donde los precios no los determina la oferta y la demanda, por lo tanto, el precio de venta de ese medicamento no dependerá de que el vendedor a su vez ha comprado a un precio elevado el mismo, dependerá de las condiciones de venta de estos productos en el Estado de importación. Por lo tanto, el daño se produce en el Estado donde se lleva a cabo el hecho ilícito; no hay ilícitos a distancia.

Por otro lado, también la jurisprudencia comunitaria tuvo que resolver asuntos de daños plurilocalizados, de daños procedentes del mismo hecho ilícito, verificados en varios Estados (STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. I-00415). En estos casos, el perjudicado puede acudir a las jurisdic-

ciones del daño y reclamar el daño verificado en cada una de ellas –además de poder acudir a la jurisdicción del hecho ilícito–. Pues bien, también en estos casos de abuso de posición de dominio relacionado con patentes farmacéuticas, no existen daños plurilocalizados. Al dividir el hecho ilícito en tantos como Estados en los que se verifica, hay daños en cada uno de esos Estados derivados cada uno de un hecho ilícito distinto. Aquí podríamos plantearnos el caso de un competidor de medicamentos genéricos que ya se encuentra compitiendo con *AstraZeneca* en un Estado y que no puede entrar a competir con ella en el Estado del hecho ilícito. En este supuesto podríamos imaginar que este competidor sufre daños en esos dos Estados, derivados del mismo hecho ilícito. Así es, podríamos pensar que en el Estado donde está compitiendo con *AstraZeneca* sufre el daño de tener que bajar mucho el precio para mantenerse en el mercado ante la política de bajada de precios practicada por *AstraZeneca* con esa intención de echar al competidor del mercado. En este caso, *AstraZeneca* podría bajar sus precios por debajo de coste por la posición de dominio que ocupa en el mercado del producto original, esa posición de dominio le da la fortaleza económica suficiente para poder incurrir en pérdidas en el otro mercado hasta que consiga echar al competidor. Efectivamente, el competidor de medicamentos genéricos sufriría dos daños en Estados distintos, pero no serían por el mismo hecho ilícito, en este caso, se podría hablar de dos hechos ilícitos, el del Estado del producto original, por el cual se impide la entrada en el mercado del competidor, y el del otro Estado, que podría calificarse también de abuso de posición de dominio según la jurisprudencia comunitaria (STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359).

Por todo lo anterior, los tribunales competentes por este foro especial del artículo 7.2 R1215 serán los del lugar de hecho ilícito, que coincidirán con los del lugar del daño, ante los que se podrá reclamar el daño sufrido en su jurisdicción. También se podría acudir a los tribunales del domicilio del demandado y solicitar el daño sufrido en su integridad.

109. En cuanto a la ley aplicable, el Reglamento Roma II utiliza la conexión del mercado afectado para determinar el Derecho aplicable. Pero, cabría preguntarse a continuación qué pasa cuando son varios los mercados afectados, como ocurre en el caso *AstraZeneca*. En estos supuestos, el artículo 6.3 RRII indica que el demandante podrá escoger la ley del foro, si acude a los tribunales del domicilio del demandado y este Estado es uno de los afectados directa y sustancialmente por el hecho ilícito. Si se acude a otro foro, al del lugar del hecho dañoso –que es el mismo que el del lugar del daño–, la ley aplicable viene determinada por el mercado afectado, por lo tanto, será la ley del foro. Efectivamente, con independencia de los tribunales ante los que se interponga la demanda, la ley aplicable será la misma, la del foro, sin embargo, si los competentes son los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, éstos conocerán de todos los daños sufridos, en cambio, si se acude a los tribunales del lugar del hecho dañoso o del daño, éstos sólo conocerán de los daños verificados en su territorio.

110. Expuesto todo lo anterior, lo más rápido para el demandante es acudir a los tribunales del domicilio del demandado y reclamar ahí todos los daños que ha sufrido, en lugar de tener que ir al foro especial y desplazarse de jurisdicción a jurisdicción demandando los daños verificados en cada una de ellas.