

EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE CONCENTRACIONES*

F. Enrique GONZÁLEZ DÍAZ
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP,
Bruselas

Tras una etapa inicial en la que los jueces comunitarios se mostraban mucho menos intervencionistas en el ejercicio de su control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión Europea (la «Comisión»), los últimos años han sido testigos de un número importante de decisiones judiciales desfavorables a la Comisión, entre las que destacan las anulaciones de los vetos a las operaciones de concentración *Airtours/First Choice*, *Schneider/Legrand* y *Tetra Laval/Sidel*¹.

Hasta la fecha la Comisión nunca ha tenido que indemnizar a las empresas afectadas más allá de las costas judiciales. El veto fallido en el asunto *Airtours*, por ejemplo, les costó 750.000 euros a las arcas comunitarias².

* El autor quisiera agradecer la inestimable contribución de Tony FERNÁNDEZ y Antón LEIS en la preparación de esta ponencia.

¹ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia («SSTPI») de 6 de junio de 2002, *Airtours c. Comisión*, T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585; de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric c. Comisión*, T-310/01, Rec. 2002, p. II-4071, y de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval c. Comisión*, T-5/02, Rec. 2002, p. II-4381.

² *Cinco Días*, 13 de diciembre de 2005.

Sin embargo, las empresas han empezado recientemente a considerar la posibilidad de reclamar daños y perjuicios contra unas decisiones administrativas cuyas consecuencias pueden ser con frecuencia irreparables³. En esta línea, MyTravel Group («MyTravel»), nombre con el que se conoce actualmente a Airtours, ha interpuesto un recurso de indemnización contra la Comisión sin que haya trascendido la cuantía reclamada⁴. Siguiendo su ejemplo, la empresa francesa de componentes eléctricos Schneider Electric («Schneider») ha reclamado 1.663 millones de euros por la prohibición de su fusión con Legrand⁵.

Tal y como ha reconocido el presidente del Tribunal de Primera Instancia («TPI»), órgano jurisdiccional competente para conocer de dichos recursos de indemnización en primera instancia, estos asuntos plantean cuestiones trascendentales «cuya resolución será muy importante»⁶. En sus propias palabras, el Tribunal de Primera Instancia habrá de analizar si la Comisión debería responder económicamente de los perjuicios derivados del «simple hecho de haber malinterpretado o no haber probado suficientemente el caso»⁷.

En la presente contribución se realiza un breve repaso de los elementos necesarios, conforme a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios, para establecer la existencia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por los daños y perjuicios causados por sus instituciones, con vistas a determinar su eventual encaje en el ámbito del control de concentraciones. Dada la ausencia de precedentes jurisprudenciales en el ámbito del control de concentraciones, la presente contribución realizará una primera aproximación a las circunstancias que podrían motivar una reparación de los daños dimanantes de la adopción de una decisión de incompatibilidad, así como al alcance de dicha eventual reparación sobre la base de la jurisprudencia general en la materia.

1. EL RECURSO DE INDEMNIZACIÓN

La acción en responsabilidad por los daños causados por la Comunidad o sus agentes se encuentra regulada en los arts. 235 y 288 del Tra-

³ Existen no obstante algunas excepciones, caso por ejemplo del asunto *Tetra Laval/Sidel*, cuya operación de concentración fue finalmente aprobada en fase I por la Comisión tras su renotificación.

⁴ *DOCE*, C 200, de 23 de agosto de 2003, p. 28.

⁵ *DOCE*, C 7, de 10 de enero de 2004, p. 37.

⁶ Entrevista con Bo VESTERDORF, presidente del Tribunal de Primera Instancia, *Financial Times*, 18 de diciembre de 2003.

⁷ *Ibid.*

tado de la Comunidad Europea («TCE»). Conforme a este último precepto, «en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

Dicho recurso, del cual la jurisprudencia ha subrayado su carácter autónomo respecto del recurso de anulación⁸, puede interponerse dentro de los cinco años siguientes al momento en que se entienda irrogado el daño⁹, por lo que existe un amplio margen temporal para que los afectados por decisiones de la Comisión en materia de concentraciones puedan reclamar daños y perjuicios.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea («TJCE») y del TPI ha venido recordando de manera constante que para establecer la responsabilidad extracontractual de la Comunidad es preciso que la parte demandante pruebe: i) la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma que otorgue derechos a los particulares; ii) la realidad del daño, así como el carácter y la extensión del mismo, y iii) las razones por las cuales se estima que existe un nexo de causalidad entre la violación del Derecho comunitario alegada y el perjuicio invocado.

2. EL RECURSO DE INDEMNIZACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

A) **Violación suficientemente caracterizada de una norma que otorgue derechos a las empresas afectadas**

Confrontado con un recurso de indemnización interpuesto por una empresa perjudicada por la adopción de una decisión de incompatibilidad y/o de una decisión ordenando la separación o desinversión de los activos adquiridos, el Tribunal de Primera Instancia habrá de determinar en primer lugar: i) el carácter «suficientemente caracterizado» o no de la pretendida violación del ordenamiento jurídico comunitario y, obviamente, ii) si las normas pretendidamente vulneradas conceden o no derechos a las empresas demandantes.

⁸ Vid. *inter alia* sentencias del TJCE («STJCE») de 15 de julio de 1963, *Plaumann c. Comisión*, C-25/62, Rec. 1963, p. 199, y STPI de 3 de abril de 2003, *Eduardo Vieira SA et al. C. Comisión*, T-44/01, T-119/01 y T-126/01, punto 213. El carácter autónomo de este recurso se traduce en que no es necesaria una previa declaración de ilegalidad por parte del Tribunal de Primera Instancia o el TJCE en el marco de otro recurso jurisdiccional para poder plantear el recurso de indemnización.

⁹ Art. 46 del Estatuto del TJCE.

a) *Evolución jurisprudencial*

Con carácter general, el punto de partida de cualquier recurso en responsabilidad por daños *ex art.* 288 TCE es el examen de la existencia o no de una ilegalidad y/o falta por parte de las instituciones comunitarias¹⁰. En este contexto, debe tenerse presente que la noción de «falta» trasciende los conceptos de intencionalidad o negligencia e integra un conjunto de criterios que la jurisprudencia ha ido desarrollando en esta materia con el fin de identificar aquellas ilegalidades susceptibles de dar lugar a la responsabilidad de la Comunidad, distinguiéndolas de otras que no alcanzan tal categoría¹¹.

Cabe recordar en este sentido que la jurisprudencia clásica hacía una distinción según si el acto que pretendidamente habría originado el perjuicio tenía naturaleza normativa o individual. Mientras que en el caso de los actos normativos que implicasen una elección entre diferentes opciones de política económica era preciso demostrar que la institución responsable había cometido una infracción «suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho»¹², en el caso de los actos administrativos cualquier infracción del ordenamiento jurídico podía ser suficiente *a priori* para constituir una ilegalidad susceptible de dar lugar a la responsabilidad por daños de la Comunidad¹³.

En su sentencia en el asunto *Bergaderm*¹⁴, el TJCE modificó en cierta medida esta distinción fundada en la naturaleza del acto en cuestión a fin de equiparar los requisitos en materia de responsabilidad de la Comunidad con los requisitos exigibles en el ámbito de la responsabilidad de los Estados miembros en los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario¹⁵.

¹⁰ No obstante, aun cuando el contexto que nos ocupa no parece encajar en dicha figura, la jurisprudencia comunitaria ha enjuiciado recientemente supuestos excepcionales en los que se ha reconocido la responsabilidad objetiva de las instituciones. *Vid.* en este sentido la STPI de 14 de diciembre de 2005, *FIAMM y FIAMM Technologies c. Consejo y Comisión*, T-69/00.

¹¹ *Vid.* en este punto K. LENAERTS, «The Action for Damages», en *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 385-386.

¹² STJCE de 2 de diciembre de 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Consejo*, C-5/71, punto 11.

¹³ STPI de 15 de abril 1997, *Schröder et al. c. Comisión*, T-390/94, punto 51.

¹⁴ STJCE de 4 de julio de 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm and Goupil c. Comisión*, C-352/98 P, Rec. 2000, p. I-5291.

¹⁵ STJCE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland y The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*, C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996, p. I-1029. En estas sentencias, el TJCE estableció tres requisitos para que se pudiera engendrar la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros en casos de incumplimiento del Derecho comunitario: i) que la violación esté suficientemente caracterizada; ii) que la regla de derecho vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, y iii) que exista un nexo de causalidad directa entre la violación de la norma efectuada por la Institución y el daño sufrido por las personas afectadas.

En esta sentencia, el TJCE consideró que el criterio decisivo para determinar que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave por parte de la Institución comunitaria de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, el Tribunal precisó que en el supuesto de que la Institución de que se trate sólo disponga de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

En definitiva, lo verdaderamente importante a la hora de establecer si es o no necesario demostrar la existencia de una inobservancia manifiesta y grave del Derecho comunitario no es tanto la naturaleza de la norma (es decir, su carácter individual o general), sino más bien «la complejidad de las situaciones a regular, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y muy particularmente el margen de apreciación del que dispone el autor del acto cuestionado»¹⁶. En efecto, según el Tribunal, el carácter general o particular del acto de una Institución no constituye ya un criterio determinante a la hora de fijar los límites de la facultad de apreciación de que dispone la Institución de que se trate.

En consecuencia y a partir de la sentencia *Bergaderm*, parece claro que uno de los criterios decisivos a la hora de fijar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad consiste en determinar si la norma comunitaria en cuestión confiere o no a la Institución concernida un importante margen de discreción, ya que sólo en este último caso el demandante estará obligado a demostrar el «desconocimiento manifiesto y grave, por parte de la Institución, de los límites que se imponen a su margen de apreciación»¹⁷.

Por tanto, cuando la Institución comunitaria disponga de un amplio margen de apreciación, sólo se podrá derivar responsabilidad extracontractual del acto en cuestión en el supuesto de que se produzca un desconocimiento manifiesto y grave de los límites que se imponen a su margen de apreciación.

Por el contrario, cuando la Institución en cuestión sólo disponga de un margen de apreciación reducido o inexistente, la simple infracción del Derecho comunitario podrá ser suficiente para establecer la responsabilidad de la Comunidad. No obstante lo anterior, el TPI ha matizado que la constatación de un error o una irregularidad en este segundo supuesto sólo constituirá una ilegalidad suficiente a los efectos del art. 288

¹⁶ *Bergaderm*, *supra* nota 14, punto 40.

¹⁷ *Ibid.*, punto 43.

TCE si los mismos no hubiesen sido cometidos «en circunstancias análogas»¹⁸ por «una administración normalmente prudente y diligente»¹⁹.

b) *El margen de apreciación de la Comisión en el ámbito del control de concentraciones*

A la luz de los criterios jurisprudenciales establecidos en el asunto *Bergaderm*, y con el fin de establecer el régimen de responsabilidad aplicable, es preciso determinar el margen de apreciación de que dispone la Comisión en el ámbito del control de concentraciones.

A falta de pronunciamiento en el marco de un recurso de indemnización en el ámbito del control de concentraciones, es inevitable acudir a la jurisprudencia en materia de control de concentraciones y muy particularmente al estándar de revisión de las decisiones de la Comisión aplicado por los jueces comunitarios en el ámbito de los recursos de anulación para determinar cuál es el margen de apreciación de la Comisión en este contexto, y ello pese a que ambos recursos tengan naturaleza autónoma. Así, si el margen de apreciación del que dispone la Comisión es importante, el Tribunal deberá verificar si se ha producido o no un «desconocimiento manifiesto y grave, por parte de la Institución, de los límites que se imponen a su margen de apreciación»²⁰. Si, por el contrario, el estándar de revisión jurisdiccional deja un escaso margen de apreciación a la Comisión, la mera anulación de una decisión podría considerarse suficiente para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

Los jueces comunitarios han reconocido de forma reiterada el margen de discrecionalidad implícito en el análisis económico efectuado en aplicación de la normativa en materia de control de concentraciones. A este respecto, debe señalarse que, de acuerdo con el TJCE, «las normas de fondo del Reglamento [de Concentraciones], y en especial su art. 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico»²¹. En este sentido, el TJCE ha recordado en varias ocasiones que «el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad [discrecional], que es

¹⁸ STPI de 24 de octubre de 2000, *Fresh Marine c. Comisión*, T-197/98, Rec. 2000, p. II-3331, punto 61.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ STPI de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines c. Parlamento Europeo*, T-203/96, Rec. 1998, p. II-4239, punto 56.

²¹ STJCE de 31 de marzo de 1998, *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) contra Comisión*, C-68/94 y C-30/95, Rec. 1998, p. I-01375, punto 223 (asunto *Kali & Salz*).

esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones»²².

En esta misma línea, el TPI ha afirmado que «no corresponde al juez sustituir la valoración de la Comisión por la suya propia»²³, señalando que para conducir a una anulación de la decisión de la Comisión, los errores de apreciación han de ser «manifiestos»²⁴.

No obstante lo anterior, una lectura cuidadosa de las resoluciones judiciales en los asuntos *Airtours*, *Schneider* y *Tetra Laval* sugiere que, y con independencia de la mencionada vigencia del estándar del «error manifiesto», lo cierto es que el control de legalidad que corresponde a los Tribunales comunitarios se ha intensificado en los últimos años. En efecto, tal y como señala el Tribunal en *Airtours*, a pesar de que el «control de legalidad (...) que realiza el Tribunal de Primera Instancia debe limitarse a la postura adoptada por la Comisión respecto a la operación notificada, es decir, que este Tribunal debe examinar la manera en que se aplicó el Derecho a los hechos»²⁵, el Tribunal deberá «pronunciarse sobre la fundamentación de las apreciaciones de la Comisión en relación con los efectos de la concentración notificada en la competencia»²⁶.

Esta línea jurisprudencial parece haberse visto confirmada en la sentencia del TJCE que resolvió el recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la anulación de su decisión en el asunto *Tetra Laval*:

«[El margen de apreciación en materia económica] no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos»²⁷ (subrayado añadido).

El TJCE añade además que, en aquellos supuestos en los que la Comisión funde su decisión de prohibición de la concentración en determinadas teorías de daño competitivo, el estándar de revisión judicial podría

²² *Kali & Salz*, *supra* nota 21, punto 224. *Vid.* en este mismo sentido STPI de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión*, T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, puntos 164 y 165.

²³ STPI de 24 de marzo de 1994, *Air France c. Comisión*, T-3/93, Rec. 1994, p. II-121, punto 8.

²⁴ STPI de 21 de septiembre de 2005, *EDP c. Comisión*, T-87/05, punto 152.

²⁵ *Airtours*, *supra* nota 1, punto 53.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ STJCE de 15 de febrero de 2005, *Comisión c. Tetra Laval*, C-12/03, Rec. 2005, p. I-987, punto 39.

ser aún más alto. En particular, el TJCE cita aquellos casos en los que la Comisión realiza un análisis prospectivo sobre la base de los llamados efectos de conglomerado:

«Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado»²⁸.

Habida cuenta de que el estándar de revisión judicial se encuentra estrechamente vinculado al margen de apreciación de que dispone la Comisión para la adopción del acto en cuestión, queda pues por ver si los Tribunales comunitarios considerarán el margen de apreciación de que dispone la Comisión en el ámbito del control de concentraciones lo suficientemente importante como para exigir la demostración de una violación manifiesta y grave de la norma sustantiva de prohibición o si bastará, por el contrario, con la anulación del acto impugnado tras la constatación de, por ejemplo, un error manifiesto de apreciación.

De las demandas de daños y perjuicios interpuestas hasta la fecha parece desprenderse que tanto MyTravel (Airtours) como Schneider se apoyan en los pronunciamientos del TPI en sus sentencias de anulación como base para establecer una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario.

En efecto, y cuando menos en el caso de MyTravel, una de las tesis sometidas a la consideración del Tribunal podría estar fundada en la idea de que una vez se haya constatado el «error manifiesto de apreciación» como causa de la ilegalidad del acto impugnado, la sentencia de anulación sería en sí misma prueba suficiente de que la ilegalidad en cuestión está suficientemente caracterizada.

En cualquier caso, no conviene perder de vista que, y con independencia de la tesis que se adopte en sede de margen de apreciación, el Tribunal podrá tomar en cuenta la complejidad de los hechos, así como las dificultades de aplicación e interpretación de las normas sustantivas aplicables en el ámbito del control de concentraciones. A título indicativo, cabe quizás destacar el criterio avanzado por el Tribunal Supremo español en el asunto *Sogecable*²⁹, en el marco de la demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado español por incumplimiento del Derecho comunitario, según el cual «cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme a Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa o se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada».

²⁸ *Ibid.*

²⁹ STS de 12 de junio de 2003, RJ 2003/8844.

c) *Violación de normas que confieran derechos a las empresas*

Según la jurisprudencia *Bergaderm*, la ilegalidad ha de predicarse de una norma jurídica de rango superior que otorgue derechos a los particulares.

Aunque la jurisprudencia no ha llegado a identificar con carácter exhaustivo qué normas confieren derechos a los particulares, parece claro que ciertas normas contenidas en los Tratados constitutivos, tales como el principio de no-discriminación³⁰, o ciertos principios generales del Derecho como el de confianza legítima, proporcionalidad, seguridad jurídica o jerarquía normativa forman parte de esta categoría de normas³¹.

La jurisprudencia comunitaria ha considerado asimismo como normas que confieren derechos a los particulares determinados derechos fundamentales, tales como el derecho a ser oído³². Esta jurisprudencia será sin duda particularmente relevante en el asunto *Schneider*, en donde el TPI concluyó de forma categórica en su sentencia de anulación que «se [había] menoscabado el derecho de defensa de Schneider por varios motivos»³³. En particular, el Tribunal consideró que la ausencia de referencia en el pliego de cargos a determinados problemas de competencia cuya resolución fue ulteriormente considerada esencial para poder autorizar la fusión constituyó una importante lesión de los derechos de defensa de las partes y que la misma justificaba de suyo la anulación de la decisión impugnada³⁴.

Por lo que respecta al principio de buena administración, en cuya violación también podría apoyarse *Schneider*, cabe observar una cierta oscilación en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, ya que en unos casos se ha considerado como susceptible de conferir derechos a los particulares³⁵ y en otros no³⁶. Queda por ver pues si el Tribunal, en el contexto específico del control de concentraciones, se decanta en favor de una u otra dirección jurisprudencial.

³⁰ STPI de 27 de junio de 1991, *Peine-Salzgitter c. Comisión*, T-120/89, Rec. 1991, p. II-279, punto 92.

³¹ K. LENAERTS, *op.cit.*, p. 391.

³² STPI de 13 de diciembre de 1995, *Exporteurs in Levende Varkens y otros c. Comisión*, T-484/93, Rec. 1995, p. II-2941, punto 154.

³³ *Schneider*, *supra* nota 1, punto 454.

³⁴ El TPI incidió asimismo en la existencia de una lesión de los derechos de defensa por esta circunstancia en sus sentencias STPI de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime c. Comisión*, T-86/95, Rec. 2002, p.II-1011, y de 28 de abril de 1999, *Endemol c. Comisión*, T-221/95, Rec. 1999, p. II-3775.

³⁵ *Fresh Marine Company*, *supra* nota 18, punto 63.

³⁶ STPI de 6 de diciembre de 2001, *Area Cova et al. c. Consejo y Comisión*, T-196/99, párrafo 43.

B) Daños susceptibles de ser reclamados

En segundo lugar, la ilegalidad debe producir un daño real, actual y cuantificable económicamente. A este respecto, cabe recordar que la indemnización en Derecho comunitario tiene por objeto restaurar, en la medida de lo posible, la situación financiera de la parte perjudicada colocándola así en la posición económica que habría tenido de no haberse producido la actuación ilegal³⁷.

El daño reparable debe ser un perjuicio anormal o especial que los particulares no deban soportar razonablemente como parte de su actividad económica³⁸.

Por lo que respecta a los daños que podrían derivarse de una decisión de prohibición de una operación de concentración, podrían distinguirse principalmente dos categorías: i) la primera tendría que ver con la pérdida de valor registrada por las empresas afectadas, y ii) la segunda, se referiría a todos los gastos incurridos con posterioridad a la decisión de incompatibilidad en los diferentes procedimientos y/o transacciones comerciales derivados de la misma.

a) *Pérdida de valor de las empresas afectadas*

Por lo que se refiere a esta primera categoría de daños, podría distinguirse a su vez entre la reclamación: i) del *daño emergente*, y ii) del *lucro cesante*.

El *daño emergente* puede concretarse, entre otros perjuicios: i) en el daño infligido a la estrategia industrial de la empresa notificante, cuyas actividades pueden haber sido objeto de una paralización sustancial durante el período de incertidumbre que media entre la adopción de la decisión de prohibición y la adopción de la decisión tras la sentencia de anulación; ii) en la pérdida de valor de los activos adquiridos, si por ejemplo, como en el asunto *Schneider*, éstos han sido vendidos entre tanto; o iii) en un daño a la imagen de las empresas afectadas por una decisión de prohibición, especialmente en razón de las tomas de posición públicas de la Comisión así como de las numerosas críticas mediáticas recibidas por parte de la empresa y su dirección, que pueden tener un impacto sobre la reputación y/o imagen de las sociedades afectadas. En este último caso, el TPI ya ha apuntado que los menoscabos a la repu-

³⁷ STJCE, 19 de mayo de 1992, *Mulder et al. c. Consejo y Comisión*, C-104/89, Rec. 1992, p. I-3061 (*Mulder I*).

³⁸ *Mulder I*, *supra* nota 37, punto 1.

tación de una empresa y los perjuicios morales a personas físicas pueden considerarse «daños» en el sentido del art. 288 del TCE³⁹.

Respecto del *lucro cesante*, éste podría consistir, por ejemplo, en el perjuicio irrogado a la empresa adquirente que se ve privada de la adquisición de valor al no poder adquirir o fusionarse con la otra empresa parte en la operación de concentración.

Esta circunstancia es relevante a los efectos del asunto *Airtours*. En efecto, MyTravel (*Airtours*) alega un perjuicio equivalente a «los beneficios obtenidos por First Choice y recogidos en sus cuentas certificadas y que hubieran correspondido a la demandante si la Comisión no hubiera prohibido la adquisición»⁴⁰ o a la «pérdida de ahorros que se habrían conseguido gracias a la sinergia resultante de la operación».

En este sentido, cabe mencionar que la sentencia del TJCE en el asunto *Fresh Marine*⁴¹ ha venido a confirmar la posibilidad de obtener la reparación del lucro cesante resultante de un comportamiento ilegal de la Comisión, aunque la jurisprudencia requiere que el demandante pruebe que estaba legítimamente facultado en cualquier circunstancia para obtener dichos ingresos y que sólo la actuación ilegal de la Comisión frustró esa expectativa⁴².

En el asunto *Schneider* esta empresa apunta que la cuantía de la indemnización correspondiente habrá de incrementarse con base en dos conceptos: i) los intereses compensatorios resultantes desde la fecha en que se materializó el daño, y ii) los impuestos que podrían recaer sobre la indemnización.

En relación con el primer concepto, cabe señalar que la jurisprudencia ha admitido en algún caso la indemnización de intereses compensatorios desde la fecha en que se produce el daño alegado hasta la fecha en la que se dicta la sentencia⁴³. No obstante, es preciso recordar que en estos asuntos los demandantes vieron reducida de modo significativo su actividad económica, en un caso debido a una invalidez permanente y en otro debido a una reducción sustancial de la producción. Con carácter general, la indemnización de los intereses se reduce a los

³⁹ *New Europe Consulting*, *infra* nota 43, punto 53, y STPI de 28 de enero de 1999, *BAI c. Comisión*, T-230/95, Rec. 1999, p. II-123, punto 38.

⁴⁰ Demanda de MyTravel, *supra* nota 4.

⁴¹ STJCE de 10 de julio de 2003, *Comisión c. Fresh Marine Company*, C-472/00, Rec. 2003, p. I-7541.

⁴² STPI de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting and Brown c. Comisión*, T-231/97, Rec. 1999, p. II-2403, puntos 51-52.

⁴³ SSTJCE de 3 de febrero de 1994, *Grifoni c. CEEA*, C-308/87, Rec. 1994, p. I-341, punto 43, y de 27 de enero de 2000, *Mulder et al. c. Consejo y Comisión (Mulder II)*, C-37/90, punto 51.

derivados de la mora en caso de impago, intereses que se devengan a partir de la fecha de la sentencia y no desde la interposición de la demanda⁴⁴.

Respecto a la toma en consideración de los impuestos en el cálculo del montante total de la indemnización, en su sentencia en el asunto *Mulder*⁴⁵ el TJCE no se pronunció sobre el fondo de esta cuestión por haberse solicitado de forma extemporánea⁴⁶. A falta de pronunciamiento expreso de la jurisprudencia comunitaria a este respecto hasta la fecha, es preciso apelar al principio general apuntado anteriormente que establece una reparación integral de los perjuicios causados.

b) *Gastos incurridos como consecuencia de la decisión de incompatibilidad*

Esta categoría podría a su vez subdividirse en dos: i) los gastos ocasionados por la separación de las empresas afectadas, en el caso de que la operación de concentración se hubiera llevado a cabo en el sentido del art. 7 del Reglamento de Concentraciones, o los gastos derivados del abandono del proyecto de adquisición (nombramiento de mandatarios, financiación de bancos de inversión, penalizaciones por incumplimiento de contrato, etc.), y ii) los gastos de asesoramiento jurídico y técnico de todo orden derivados de los procedimientos abiertos a raíz de la decisión de incompatibilidad.

Del conjunto de daños identificados anteriormente en relación con los gastos incurridos como consecuencia de la decisión de incompatibilidad, parece que el reconocimiento de una eventual indemnización es más factible en los supuestos de daño emergente que en lo que toca al lucro cesante, y ello debido a las dificultades inherentes a la determinación exacta de este último.

C) El nexo causal

a) *Existencia de causalidad directa*

Una vez verificadas la existencia de ilegalidad y la realidad del daño, es preciso comprobar que existe un nexo de causalidad entre ambos ele-

⁴⁴ *Mulder I*, *supra* nota 37, punto 35.

⁴⁵ *Mulder II*, *supra* nota 43.

⁴⁶ No obstante, en el asunto *Mulder II*, *supra* nota 43, el abogado general SAGGIO rechazó en sus conclusiones la toma en consideración del impacto fiscal de la indemnización con base en un precedente en materia de ayudas de Estado. Rec. 2000, p. I-249, punto 1040.

mentos. De acuerdo con el Tratado, la Comunidad sólo incurrirá en responsabilidad extracontractual cuando los daños en cuestión sean una consecuencia directa de sus actos ilegales⁴⁷.

En efecto, según una reiterada jurisprudencia, debe existir una «relación directa de causa a efecto entre la falta supuestamente cometida por la Institución de que se trata y el perjuicio alegado»⁴⁸. Además el comportamiento ilegal de la Institución de que se trata debe ser la causa «directa y determinante» del citado perjuicio⁴⁹. La carga de la prueba recae a estos efectos sobre el demandante⁵⁰.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha dejado claro en diversas ocasiones que la cadena de causalidad puede romperse bien cuando el demandante o un tercero hayan contribuido con su intervención a producir el daño, bien cuando el demandante no haya actuado de forma prudente para limitar o evitar los daños existentes. En estos casos, la jurisprudencia ha oscilado entre estimar que la Comunidad no debería ser considerada causante del daño⁵¹ y considerar que ésta debería ser únicamente responsable de parte del mismo⁵².

b) Las dificultades en materia de causalidad

En los asuntos *MyTravel* y *Schneider*, el Tribunal de Primera Instancia tendrá que determinar si la pérdida de valor de las empresas afectadas se debe en exclusiva a la decisión de incompatibilidad o también intervienen factores como la percepción de los mercados bursátiles o la propia actuación de la empresa a la hora de la toma de decisiones que, aun siendo de carácter comercial, se hubieren adoptado en el contexto de la decisión impugnada.

El Tribunal tendrá también que dilucidar si existe o no una relación de causalidad directa entre el lucro cesante alegado y la decisión de la Comisión. A este respecto cabe destacar que la anulación de la decisión

⁴⁷ *Fresh Marine Company*, *supra* nota 18, punto 118.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de abril de 2002, *EVO/Consejo y Comisión*, T-220/96, Rec. p. II-2265, punto 41, y jurisprudencia citada.

⁴⁹ *Ibid.* Vid. asimismo autos del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, *Aduanas Pujol Rubio y otros/Consejo y Comisión*, T-614/97, Rec. p. II-2387, punto 19; de 16 de junio de 2000, *Transfluvia y otros/Consejo y Comisión*, T-611/97, T-619/97 a T-627/97, Rec. p. II-2405, punto 17; y de 12 de diciembre de 2000, *Royal Olympic Cruises y otros/Consejo y Comisión*, T-201/99, Rec. p. II-4005, punto 26, confirmado, en el marco de un recurso de casación, mediante auto del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2002 *Royal Olympic Cruises y otros/Consejo y Comisión*, C-49/01 P, no publicado en la Recopilación.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Mulder II*, *supra* nota 43, punto 33.

⁵² *Fresh Marine Company*, *supra* nota 18, puntos 84-92.

de incompatibilidad no prejuzga, generalmente, el resultado final del segundo examen de la operación por parte de la Comisión, en particular cuando, como en el asunto *Schneider*, la ilegalidad de la decisión dimana esencialmente de una violación de las garantías de procedimiento del administrado y no del análisis de la operación en cuanto al fondo.

El Tribunal tendrá que pronunciarse igualmente sobre la incidencia en el nexo de causalidad de las decisiones que las empresas adopten, en principio libremente, pero, eso sí, en un contexto marcado por la incertidumbre derivada de la posibilidad por parte de la Comisión de examinar, *ex novo*, la operación de concentración tras la sentencia de anulación.

En este sentido, es preciso destacar que en el asunto *Holcim*⁵³, el TPI consideró que no existía relación de causalidad entre la decisión por la que la Comisión imponía una multa y los gastos derivados de la constitución de un aval bancario con objeto de evitar el pago inmediato de la misma, ya que dicho aval, conforme a la interpretación del Tribunal de Primera Instancia, había sido constituido libremente.

3. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones precedentes, y teniendo en cuenta que la trayectoria de los tribunales comunitarios en esta materia no se ha caracterizado por ser particularmente favorable al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad⁵⁴, no cabe duda de que el éxito de los recursos por daños y perjuicios en el ámbito del control de concentraciones se enfrenta con barreras de considerable entidad.

El resultado de este contencioso será en gran parte función del grado de discrecionalidad que a los efectos de este tipo de recurso reconozca el Tribunal a la Comisión. A este respecto, no cabe duda de que, al menos *de facto* (si no *de iure*) tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal de Justicia han ido ampliando progresivamente a través, en particular, del control de la apreciación de los hechos, el ámbito del control jurisdiccional y, de este modo, han venido correlativamente limitando el margen de apreciación de la Comisión. Queda pues por ver si esta evolución encuentra reflejo en los recursos por responsabilidad extracontractual de la Comisión.

⁵³ STPI de 21 de abril de 2005, *Holcim Deutschland c. Comisión*, T-28/03 (recurrida en casación), punto 131.

⁵⁴ En el año 2005, de 17 sentencias sobre recursos de indemnización, sólo en una falló el Tribunal a favor del demandante, y la cuantía reconocida fue algo inferior a los 50.000 euros. *Informe Anual del Tribunal de Primera Instancia del año 2005*, p. 140.

Será también determinante en este contexto la importancia que el Tribunal atribuya a la libertad de acción, más o menos teórica, de la que disponen las empresas confrontadas con una decisión de prohibición anulada pero también con una Comisión dispuesta a proceder, tras un examen preliminar de la operación, a una segunda fase de investigación que puede a su vez desembocar en una nueva decisión de prohibición. Estrechamente unido a esta problemática se encuentra el nexo de causalidad directo entre la actuación de la Comisión y los daños alegados, ya que algunos de ellos podrían: i) estar condicionados por factores ajenos a la propia decisión de la Comisión (como la pérdida de valor bursátil), o ii) ser inherentes a los riesgos de cualquier operación de concentración. A este respecto, parece razonable considerar que dichos factores externos podrían quizás modular el alcance de la responsabilidad de la Comisión, pero no hacerla desaparecer so pena de vaciar de contenido la esencia misma de este tipo de recurso en el ámbito del control de concentraciones.

Las decisiones del Tribunal de Primera Instancia en los asuntos *MyTravel* y *Schneider*, y eventualmente las sentencias del Tribunal de Justicia en casación, contribuirán, sin duda, a clarificar el estándar jurídico aplicable en esta difícil materia y con ello a completar el abanico de derechos de los operadores económicos en el marco del control de concentraciones, ya que, como reza la expresión latina *ubi ius ibi remedium*, no se puede hablar de derechos de los justiciables frente a la actuación de los poderes públicos más que si aquéllos disponen de un derecho de reparación patrimonial en los supuestos de actuación ilegal de la administración que así lo justifiquen.