

LA DIRECTIVA 2014/104/UE Y ALGUNAS DE SUS POSIBLES CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL*

CHARLOTTE LESKINEN

Profesora de IE University

Revista Española de Derecho Europeo
Octubre - Diciembre 2015
Págs. 89 - 118

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIRECTIVA 2014/104/UE Y LOS CAMBIOS NECESARIOS EN ESPAÑA. 1. *Exhibición de las pruebas*. 2. *Efectos de las resoluciones nacionales*. 3. *Plazos de prescripción*. 4. *Responsabilidad conjunta y solidaria*. 5. *Repercusión de costes resultantes de una infracción del Derecho de la competencia*. 6. *La cuantificación del perjuicio*. 7. *La solución extrajudicial de controversias*. III. LA TRANSPOSICIÓN Y LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA. 1. *Algunas reflexiones sobre los méritos y las carencias de la Directiva*. 2. *Las posibles dificultades y opciones para la transposición de la Directiva*. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar las medidas de la Directiva 2014/104/UE a introducir por los Estados miembros de la Unión Europea y su posible incidencia en el Derecho español. Después de una breve introducción sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia en España (apartado I), se analizarán las disposiciones más importantes de la Directiva y los cambios necesarios a transponer en España (apartado II). Se evaluará cómo ha de transponerse la Directiva, incluyendo una valoración de

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the measures of Directive 2014/104/EU to be implemented by the Member States of the European Union and its possible impact on Spanish law. After a brief introduction on private enforcement in Spain (Section I), the article will analyze the most important provisions of the Directive and the changes necessary to implement in Spain (Section II). It will examine how the Directive should be implemented, including an assessment of the possible im-

* Me gustaría agradecer a Santiago Menéndez Menéndez por sus valiosos comentarios

la posible incidencia de la Directiva para la aplicación privada del Derecho de la competencia y el sistema jurídico en general (apartado III). Se concluirá que, aunque la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir algunas normas comunes que regirán sobre todo determinados aspectos procesales de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, su verdadera incidencia dependerá de la voluntad del legislador español de ir más allá (o no) de lo que son en su mayoría obligaciones mínimas establecidas por la Directiva (apartado IV).

PALABRAS CLAVE: Aplicación privada del Derecho de la competencia, indemnización de daños, demandas por daños y perjuicios, Directiva 2014/104/UE, transposición, normas procesales, España, Unión Europea.

Fecha de recepción del original: 12 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2015.

pact of the Directive on private enforcement of competition law and the legal system in general (Section III). It will conclude that although the Directive obliges the Member States to introduce some common rules which will in particular govern certain procedural aspects of antitrust damages actions, its actual impact will depend on the will of the legislator to go beyond (or not) the measures adopted by the Directive, which are mostly minimum harmonization measures (Section IV).

KEYWORDS: Private enforcement of competition law, compensation for damages, damages actions, Directive 2014/104/EU, implementation, procedural rules, Spain, European Union.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de noviembre de 2014 la Unión Europea adoptó la esperada 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 (en lo sucesivo, la «Directiva»)¹ cuyo fin es fomentar las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia en la Unión Europea. Los Estados miembros se encuentran obligados a transponer la Directiva en sus sistemas jurídicos a más tardar el 27 de diciembre de 2016. Una vez transpuesta la Directiva, muchos aspectos de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia se regirán por normas comunes en lugar de normas nacionales, lo que podría significar un posible cambio importante sobre todo en las jurisdicciones en las cuales actualmente no hay una gran aplicación privada del Derecho de la competencia en forma de acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia². Sin embargo, la verdadera incidencia de la Directiva dependerá de la voluntad de los distintos Estados miembros de ir más allá de las exigencias mínimas que impone la Directiva.

España es una de las jurisdicciones en las que, hasta la fecha, no se han ejercitado muchas acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, aunque existe más aplicación privada en forma de acciones por nulidad civil de los

1. Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo de 26-11-2014 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.
2. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, Finlandia, Luxemburgo y Malta.

acuerdos restrictivos de la competencia de la que se solía estimar³. Entre las principales razones de la escasez de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia se encuentran: la onerosidad del *onus probandi* y la dificultad en la valoración de la prueba, a lo que ha de añadirse que el acceso a los medios de prueba está limitado. Adicionalmente, la exigua cantidad de litigios en esta materia obedece a la falta de demandas colectivas eficaces para que, sobre todo los consumidores, puedan reclamar daños y perjuicios por las infracciones del Derecho de la competencia, la dificultad de cuantificar los daños sufridos y el efecto disuasorio del principio «el perdedor paga».

Además, antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establecía que sólo se podía reclamar una indemnización por daños y perjuicios una vez que existiera una declaración firme en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. Por lo tanto, era necesario primero presentar una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia y sólo una vez agotada esta vía, incluyendo los posibles recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se podía acudir a la jurisdicción civil para obtener una compensación por daños y perjuicios. Es más, en el asunto CAMPSA (RJ 1993, 9902)⁴, el Tribunal Supremo exigió los mismos requisitos procedimentales que establecía el artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia para las reclamaciones por infracción de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia también para las reclamaciones por infracciones de las normas europeas de defensa de la competencia. De hecho, el Tribunal Supremo negó así el efecto directo de los antiguos artículos 81 y 82 TCE [actualmente los artículos 101 y 102 TFUE] al exigir la existencia de una decisión firme de la Comisión Europea como requisito para la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por infracciones del Derecho europeo de la competencia. Por consiguiente, debido a su interpretación errónea de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *BRT c. SABAM*⁵ sobre el efecto directo de los artículos 81 y 82 TCE, el Tribunal Supremo impidió a los particulares invocar directamente los artículos 81 y 82 TCE en España y obstaculizó las reclamaciones por daños y perjuicios llamadas acciones «*stand-alone*», es decir, reclamaciones indemnizatorias independientes, que no requieren una decisión administrativa que establezca la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia.

En el régimen actual de aplicación del Derecho de la competencia –que prevé que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan aplicar directamente tanto los artículos 101 y 102 del TFUE como los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo «Ley de Defensa de la Competencia») para conceder indemnizaciones para el resarcimiento de daños y perjuicios– la transposición de la Directiva podría tener el efecto positivo de fomentar la aplicación privada del

3. Véase MARCOS, F., «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)», *G.C.L.R.*, n° 4, 2013, pp. 167-208, pp. 170-171.

4. STS, Sala de lo Civil, de 30-12-1993 (RJ 1993, 9902).

5. STJ, de 21-3-1973, as. *BRT c. SABAM* (C-127/73).

Derecho de la competencia. Por ello, el objetivo de este artículo es analizar las medidas de la Directiva a introducir por los Estados miembros y su posible incidencia en el Derecho español. El siguiente apartado II analizará las disposiciones más importantes de la Directiva y los cambios necesarios a transponer en España. El apartado III evaluará cómo ha de transponerse la Directiva, incluyendo una valoración de la posible incidencia de la Directiva para la aplicación privada del Derecho de la competencia y el sistema jurídico en general. En el apartado IV se concluirá que, aunque la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir algunas normas comunes que regirán sobre todo determinados aspectos procesales de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, su verdadera incidencia dependerá de la voluntad del legislador español de ir más allá (o no) de lo que son en su mayoría obligaciones mínimas establecidas por la Directiva.

II. LA DIRECTIVA 2014/104/UE Y LOS CAMBIOS NECESARIOS EN ESPAÑA

Hasta la adopción de la Directiva, la aplicación privada en la Unión Europea se ha visto potenciada fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El tribunal ha creado un derecho europeo a la indemnización de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia⁶ y ha clarificado el alcance de la legitimación para la interposición de acciones de daños⁷. Igualmente, ha establecido ciertos principios para reconciliar la aplicación pública y privada, en lo relativo al acceso a las declaraciones realizadas en el marco de una solicitud de clemencia⁸.

Con las recientes medidas legislativas adoptadas, la Unión Europea trata de potenciar el ejercicio de acciones de indemnización por daños en materia de competencia de dos formas distintas: la Directiva, que prevé la armonización o aproximación de determinadas normas procesales por las que se rige el ejercicio de las acciones de indemnización por daños, y una Recomendación sobre los Mecanismos de Recurso Colectivo⁹, que pretende establecer algunos principios comunes a los recursos colectivos de cesación e indemnización¹⁰. Además, la Comisión Europea ha adoptado

6. STJ, de 20-9-2001 (TJCE 2001, 237), as. *Courage* (C-453/99).

7. STJ, de 13-7-2006 (TJCE 2006, 204), as. *Manfredi* (C-295/04 a C-298/04).

8. STJ, de 14-6-2011 (TJCE 2011, 177), as. *Pfleiderer* (C-360/09) y STJ, de 6-6-2013 (TJCE 2013, 126), as. *Donau Chemie* (C-536/11).

9. Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

10. Estos principios comunes se refieren a la legitimación para el ejercicio de acciones «de representación», la admisibilidad de este tipo de acciones, la información acerca de las acciones colectivas, el reembolso de las costas de la parte cuyas pretensiones se estimen, la financiación y los casos transfronterizos. Por lo que respecta específicamente al recurso colectivo de indemnización, la Comisión ha emitido recomendaciones en relación con la constitución del grupo, basadas en el principio de «participación voluntaria», las modalidades alternativas de solución de litigios de carácter colectivo y transacciones, los

también directrices sobre la cuantificación del daño en las demandas de indemnización por daños en materia de defensa de la competencia¹¹.

La Directiva pretende eliminar los obstáculos prácticos al pleno resarcimiento de todas las víctimas de infracciones del Derecho de la competencia¹² y se aplica a todas las acciones por daños, tanto a las demandas individuales como colectivas, disponibles en los Estados miembros. El pleno resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de intereses¹³. También regula la interacción entre las acciones privadas por daños y la aplicación pública de las normas en materia de defensa de la competencia por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia¹⁴.

Aparte de la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar a cualquier persona el pleno resarcimiento de un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia y de velar por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños cumplan con los principios de efectividad y equivalencia¹⁵, la Directiva introduce normas relativas a la exhibición de las pruebas, los efectos de las resoluciones nacionales de una autoridad nacional de competencia o de un órgano jurisdiccional competente, los plazos de prescripción, la responsabilidad conjunta y solidaria, la repercusión de costes resultantes de una infracción del Derecho de la competencia, la cuantificación del perjuicio y la solución extrajudicial de controversias.

honorarios legales, la prohibición de indemnizaciones o daños «punitivos», la financiación y las acciones colectivas derivadas.

11. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La comunicación está acompañada de una guía práctica «Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».
12. Artículo 1.1 de la Directiva.
13. Artículo 3.2 de la Directiva. Esta disposición codifica el derecho al pleno resarcimiento establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Courage* y *Manfredi*. Véase STJ, de 20-9-2001 (TJCE 2001, 237), as. *Courage* (C-453/99), apartado 26 y STJ, de 13-7-2006 (TJCE 2006, 204), as. *Manfredi* (C-295/04 a C-298/04), apartado 95. En este aspecto el Derecho español está conforme con la Directiva ya que el artículo 1902 del Código Civil establece que el daño comprende el daño emergente y el lucro cesante. Sin embargo, muchas veces en la práctica ha sido difícil obtener compensación por el lucro cesante. Véase por ejemplo la Resolución 73/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25-5-2006 (AC 2006, 1881).
14. Artículo 1.2 de la Directiva.
15. Para cumplir con los principios de eficacia y equivalencia, las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños no podrán hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia y no podrán ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.

Estas normas y los cambios principales que se requieren en el Derecho nacional se analizarán en los siguientes sub-apartados.

1. EXHIBICIÓN DE LAS PRUEBAS

En cuanto al acceso a los medios de prueba, la Directiva introduce un cambio importante al menos para las jurisdicciones de Derecho continental de la Unión Europea¹⁶. Establece un nivel mínimo de exhibición de pruebas una vez que el demandante haya presentado los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance y acrediten el carácter plausible de su demanda de indemnización por daños¹⁷. Esta disposición sirve para facilitar la obligación de la víctima de probar una infracción de las normas de Derecho de la competencia ya que muchas veces las pruebas clave necesarias para acreditar los daños se encuentran en posesión del demandado o de terceros. Particularmente cuando se trata de cárteles, es prácticamente imposible para las víctimas especificar una pieza de prueba con la exactitud a menudo exigida por el Derecho nacional. A modo de ejemplo, en esta materia el Derecho español requiere a la parte solicitante que indique en los términos más exactos posibles el contenido del documento cuya exhibición solicita¹⁸.

La Directiva alivia también la tarea de indicar los documentos relevantes al prever la posibilidad de que el juez pueda ordenar la exhibición de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible¹⁹. De otro modo, podría ser imposible para el demandante beneficiarse de la divulgación de pruebas ya que muchas veces no tiene constancia de qué documentos relevantes existen y, por lo tanto, no puede especificarlos individualmente. Una categoría de pruebas se identificará mediante los rasgos comunes de sus elementos constitutivos, por ejemplo, la naturaleza, objeto o contenido de los documentos o el momento en el que hayan sido redactados²⁰. Pero para no minar la posibilidad de solicitar la exhibición de las pruebas, a nuestro juicio, la obligación de especificar los medios de pruebas o categorías pertinentes de pruebas no debería ser interpretada de manera demasiado estricta.

No obstante, el alcance de la divulgación de las pruebas es mucho más limitado que la política en materia de acceso a pruebas (*discovery*) en los Estados Unidos, donde las partes de un proceso judicial tienen la obligación de divulgar la información que la parte divulgadora pueda utilizar para fundamentar su caso²¹. Por lo tanto, según la Directiva, la exhibición de los medios de prueba que tiene la parte contraria

16. Cabe notar que en las jurisdicciones de *Common Law*, el Reino Unido e Irlanda, las normas de exhibición de las pruebas son más generosas que en las jurisdicciones de Derecho continental.

17. Artículo 5.1 de la Directiva.

18. Artículo 328.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

19. Artículo 5.2 de la Directiva.

20. Considerando 16 de la Directiva.

21. Fed. R. Civ. P. 26 (a)(1).

o un tercero sólo puede ser ordenada por un juez y está sometida a una tutela judicial estricta en cuanto a su necesidad, alcance y proporcionalidad. Al considerar la proporcionalidad de la solicitud de exhibición de pruebas, el juez tiene que tener en cuenta en qué medida la solicitud está justificada por estar respaldada por hechos y pruebas disponibles; el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, sobre todo para terceros; y si las pruebas solicitadas incluyen información confidencial. Este último requisito incluye la obligación de garantizar que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan a su disposición medidas eficaces para proteger la información confidencial²². Igualmente, la Directiva impone una obligación de asegurar que los órganos jurisdiccionales nacionales den pleno efecto a los principios profesionales legales aplicables de acuerdo con el Derecho de la Unión o el nacional cuando ordenen la exhibición de las pruebas²³. Esto supone un desafío para la legislación procesal española en los casos en los que la Comisión Europea o la CNMC o los órganos de las Comunidades Autónomas hayan transmitido información solicitada por el órgano judicial en una acción por daños por infracciones por el Derecho de la competencia, puesto que el órgano judicial tiene la obligación de trasladar a las partes también la información confidencial y los secretos comerciales y únicamente puede garantizar su protección respecto a terceros²⁴. Actualmente la Comisión o la CNMC tendrán que asegurarse antes de trasladar la información confidencial de que el órgano judicial pueda garantizar la confidencialidad y en caso negativo, no deberá trasladar la información en cuestión para no incumplir con su secreto profesional²⁵.

Por otro lado, es también importante evitar los efectos negativos de obligaciones de exhibición que sean excesivamente amplias y gravosas. Por lo tanto, la Directiva establece que la determinación de la proporcionalidad de la exhibición de las pruebas tendrá en cuenta el alcance de la exhibición para evitar las búsquedas indiscriminadas de información²⁶. Se han de prevenir las llamadas «expediciones de pesca» de búsqueda no específica de información que probablemente sea de poco interés en las acciones por daños, como la divulgación genérica de documentos presentados por una de las partes en el asunto²⁷. Esta práctica puede ser intentada por ejemplo para averiguar qué documentos forman parte del expediente de las autoridades de competencia, lo que permitiría conocer su posible estrategia en el asunto en cuestión. En estos casos la solicitud de exhibición debería considerarse siempre desproporcionada por no especificar al menos categorías pertinentes de pruebas.

22. Artículo 5.3 de la Directiva.

23. Artículo 5.6 de la Directiva.

24. MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA, J., y GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 1345.

25. Artículo 339 TFUE y GUILLÉN, CARAMES, J., «Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho de la competencia» en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Dir.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 669-709, en pp. 700-701.

26. Artículo 5.3 de la Directiva.

27. Considerando 23 de la Directiva.

La Directiva regula también el uso de la información administrativa recopilada por las autoridades de competencia de cara a su empleo como elemento probatorio en los juicios de daños. Esto es necesario para garantizar la eficacia de los programas de clemencias, que son imprescindibles para luchar contra los cárteles ya que permiten a las autoridades de competencia obtener pruebas de una o varias empresas involucradas en el cártel que establecen la existencia de acuerdos secretos, de otro modo difícil de probar. Además, intenta asegurar un equilibrio entre la aplicación pública y la aplicación privada de las normas de Derecho de la competencia. Por lo tanto, en determinadas circunstancias la exhibición de las pruebas en un expediente de una autoridad de la competencia quedará excluida²⁸.

Para asegurar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia, la Directiva divide las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia en diferentes categorías para su posible exhibición. Primero, la exhibición de algunas categorías de prueba únicamente es posible después de que una autoridad de la competencia haya concluido su procedimiento. Esta categoría incluye: a) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado²⁹.

Segundo, las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y las solicitudes de transacción están íntegramente excluidas de la exhibición de medios de prueba³⁰. El objetivo de esta disposición es garantizar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia, puesto que la presentación voluntaria de declaraciones por empresas en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción es fundamental para su buen funcionamiento³¹. Sin embargo, en este respecto la Directiva modifica la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia con arreglo al cual el objetivo debería ser el encontrar un equilibrio entre las necesidades de la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia³² y la negación del acceso a los documentos en cuestión tendría que respetar los límites impuestos por los principios de equivalencia y eficacia³³. Tampoco tiene en cuenta que las distintas categorías de documentos contenidas en una solicitud de clemencia puedan merecer un nivel diferente de protección. Igualmente, habría que recordar que el papel que juegan las solicitudes de transacción en la aplicación pública es mucho menos significativo que la contribución de los programas de clemencia ya que su

28. Artículo 6 de la Directiva.

29. Artículo 6.5 de la Directiva.

30. Artículo 6.6 de la Directiva.

31. Considerando 26 de la Directiva.

32. Véase STJ, de 14-6-2011 (TJCE 2011, 177), as. *Pfleiderer* (C-360/09) y STJ, de 6-6-2013 (TJCE 2013, 126), as. *Donau Chemie* (C-536/11).

33. STJ, de 14-6-2011 (TJCE 2011, 177), as. *Pfleiderer* (C-360/09), apartado 30.

mayor ventaja es agilizar el procedimiento de penalizar los infractores y, por lo tanto, no puede justificarse completamente la exclusión absoluta de estas solicitudes de la exhibición de medios de prueba.

En *Pfleiderer* (TJCE 2011, 177) el Tribunal declaró que los tribunales nacionales deberían poder valorar la utilidad de los programas de clemencia para la detección de cárteles contra la contribución de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia para el mantenimiento de competencia efectiva³⁴. Esto significa que, contrariamente a lo que dispone la nueva Directiva, excepcionalmente se podría conceder acceso a las declaraciones y solicitudes de clemencia o a parte de la información contenida en ellas a aquellos demandantes que de otro modo no podrían ejercer acciones fundadas de indemnización por daños en materia de defensa de la competencia. En esta misma línea, en la sentencia *Donau Chemie* (TJCE 2013, 126), el Tribunal de Justicia confirmó la necesidad de decidir caso por caso si una divulgación de los documentos relacionados con un procedimiento de clemencia sería justificada³⁵. En la práctica, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha resultado en distintas aplicaciones en algunos Estados miembros. En el Reino Unido, el juez siguió el test establecido en *Pfleiderer* (TJCE 2011, 177) en el asunto *National Grid* al analizar si los documentos en cuestión deberían ser divulgados para cumplir con el principio de proporcionalidad y justicia procesal y concedió al demandante acceso a una parte de la información contenida en los documentos solicitados³⁶. En cambio, en Alemania, al declarar que los intereses de la empresa que había solicitado clemencia prevaleían sobre los intereses del demandante en una acción por daños por infracción del Derecho de la competencia, el tribunal denegó el acceso a la información de la solicitud de clemencia basándose en las excepciones amplias en el Derecho alemán que lo permitían en el caso de que pudieran peligrar la investigación en un procedimiento criminal, incluyendo un procedimiento que podría resultar en multas administrativas, como las investigaciones de las autoridades de competencia³⁷. Los distintos sistemas jurídicos y normas procesales nacionales influyen por lo tanto mucho en cómo los tribunales nacionales deciden las solicitudes de exhibición de las pruebas³⁸.

Por último, todas las demás pruebas que figuran en el expediente de la autoridad de la competencia –que no están incluidas en las categorías ya mencionadas– pueden divulgarse en todo momento³⁹, aunque los órganos jurisdiccionales nacionales examinarán la proporcionalidad de una orden de exhibición de infor-

34. STJ, de 14-6-2011 (TJCE 2011, 177), as. *Pfleiderer* (C-360/09), apartado 30.

35. STJ, de 6-6-2013 (TJCE 2013, 126), as. *Donau Chemie* (C-536/11), apartados 47-48.

36. *National Grid* [2012] EWHC 869. Sin embargo, los documentos en cuestión únicamente citaron las declaraciones dadas en el marco del programa de clemencia y no constituyeron en sí tales declaraciones.

37. Asunto 51/Gs 53/09 AG c. *Bundeskartellamt*, sentencia de 18-1-2012.

38. GUTTUSO, L., «The enduring question of access to leniency materials in private proceedings: one draft Directive and several court rulings», G.C.L.R. 2014, n° 7 (1), pp. 10-22, p. 19.

39. Artículo 6.9 de la Directiva.

mación. Tendrán en cuenta si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad; si la solicitud está hecha en relación con una acción por daños; y la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia⁴⁰. De nuevo, el enfoque consiste en evitar las «expediciones de pesca» que soliciten la exhibición genérica de documentos y que puedan, por ejemplo, comprometer la estrategia de investigación de una autoridad de la competencia al revelar qué documentos forman parte del expediente⁴¹.

No obstante, la Directiva no regula la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia (como un pliego de cargos) o documentos preparados por una de sus partes (por ejemplo las respuestas a los requerimientos de información de la autoridad de competencia) y la correspondencia entre las autoridades de la competencia, que seguirán rigiéndose por las normas y prácticas del Derecho de la Unión o nacional⁴². Tampoco afectará a las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE) n° 1049/2001⁴³ que en principio hace posible solicitar el acceso al expediente de la Comisión Europea sin justificar la solicitud. Sin embargo, hay algunas excepciones al principio de transparencia⁴⁴, por lo que la Comisión podría negarse a conceder acceso a las solicitudes de clemencia y hasta la fecha la Comisión ha interpretado las solicitudes con arreglo del Reglamento 1049/2001 de manera restrictiva⁴⁵. El Tribunal de Justicia también ha confirmado que la divulgación *generalizada* de los documentos del expediente relativo a un cártel «*perjudicaría, en principio, tanto la protección de los intereses comerciales de las empresas parte en dicho procedimiento como la de los objetivos de las actividades de investigación relacionadas con él*»⁴⁶, mientras que, en cambio, el Tribunal General ha interpretado las excepciones al principio de transparencia de manera más restrictiva⁴⁷.

40. Artículo 6.4 de la Directiva.

41. Considerandos 20-21 de la Directiva.

42. Artículo 6.2 y Considerando 25 de la Directiva.

43. Artículo 6.3 de la Directiva y Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

44. Véase el Artículo 4 del Reglamento.

45. Véase KELLERBAUER, M., «The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringements to private damages claimants», *E.C.L.R.* n° 35 (2), 2014, pp. 56-62, p. 57.

46. STJ, de 27-2-2014, as. *Comisión Europea c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (C-365/12 P), apartado 93.

47. Véase por ejemplo STJ, de *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims c. Comisión* (T-437/08 [JUR 2011, 425475]), apartado 71 y STJ, de 27-2-2014, as. *Comisión Europea c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (C-365/12 P).

Además, el uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia está limitado para garantizar el pleno efecto de los límites relativos a la exhibición de pruebas establecidos en la Directiva. Las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y las solicitudes de transacción que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, no serán admisibles en las acciones por daños o bien quedarán protegidas de otro modo con arreglo a la normativa nacional aplicable, para garantizar el pleno efecto de los límites relativos a la exhibición las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y las solicitudes de transacción⁴⁸. Lo mismo se aplica a las pruebas incluidas en una de las categorías enumeradas en el artículo 6.5 de la Directiva que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia hasta que dicha autoridad haya concluido su procedimiento⁴⁹. Otras categorías de pruebas obtenidas por una persona únicamente a través del acceso al expediente sólo pueden ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona (o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos)⁵⁰. Esto significa que un tercero que ha adquirido dichos derechos de las personas afectadas podrá utilizar estas pruebas, lo que respalda la financiación por terceros de acciones por daños de infracciones del Derecho de la competencia⁵¹.

La Directiva exige también que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan imponer efectivamente sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales si han incumplido o negado a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas emitido por cualquier órgano jurisdiccional nacional, destruido pruebas pertinentes; incumplido o negado a cumplir las obligaciones impuestas por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional destinada a proteger información confidencial, o han incumplido los límites sobre el uso de pruebas previstos en la Directiva⁵². Efectivamente, en la actualidad es problemático que la destrucción de pruebas pertinentes no esté penalizada en todos los Estados miembros o las sanciones no tengan necesariamente un efecto suficientemente disuasorio⁵³. En el nuevo régimen de la aplicación privada, el mero hecho de que una persona haya incumplido los límites al uso de pruebas será suficiente para justificar la imposición de sanciones. Las sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Incluyen la posibilidad de extraer conclusiones adversas, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente,

48. Artículo 7.1 de la Directiva.

49. Artículo 7.2 de la Directiva.

50. Artículo 7.3 de la Directiva.

51. Véase LIANOS, I.; DAVIES, P., y NEBBIA, P., *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 258.

52. Artículo 8.1 de la Directiva.

53. Este es el caso por ejemplo en Francia y Suecia.

y la posibilidad de condenar en costas⁵⁴. En España, el artículo 329 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo «LEC») ya prevé la posibilidad de extraer conclusiones adversas en estos casos, pero no la condena en costas.

A pesar de la introducción de una obligación de exhibición de medios de prueba, ha de señalarse que se trata de una mera obligación mínima de exhibición de medios de prueba. Esto significa que los Estados miembros pueden mantener o introducir un sistema de exhibición más amplio de las pruebas, siempre que protejan la información confidencial y garanticen el derecho a ser oídas de las personas a las que se obligue a divulgar medios de prueba⁵⁵. La obligación limitada de exhibición de medios de prueba tiene la ventaja de no resultar en costes excesivos que podrían impedir el buen funcionamiento de la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea, puesto que las divulgaciones excesivas podrían conllevar costes considerables para las partes afectadas y, a veces, también para los terceros. Además, podrían retrasar indebidamente los procesos judiciales disminuyendo así los incentivos para interponer acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia.

En el sistema jurídico español, las normas relativas a la exhibición de las pruebas requieren algunos cambios o al menos precisiones en la legislación vigente. Si bien es cierto que la LEC prevé que los órganos jurisdiccionales puedan ordenar la exhibición de pruebas por una de las partes de un procedimiento o un tercero (los artículos 328-331 LEC), la necesidad de que puedan garantizar la protección de la información confidencial exigirá algunas modificaciones en la Ley. Actualmente, el artículo 332 LEC prevé la posibilidad para entidades públicas (y las entidades y empresas que realicen servicios públicos) de negarse a exhibir los documentos solicitados por los tribunales cuando se trata de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En cuanto a las autoridades de competencia, el artículo 15 bis de la LEC establece que los datos y documentos obtenidos en el ámbito de la aplicación de la extensión o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia (es decir, en el marco del programa de clemencia) no podrán ser aportados cuando dichas autoridades intervengan como *amicus curiae* ante un órgano jurisdiccional en un asunto relativo a la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁶. Esta disposición sirve para proteger

54. Artículo 8.2 de la Directiva.

55. Artículo 5.8 de la Directiva.

56. La Comisión Europea tampoco proporcionará a los órganos jurisdiccionales nacionales información facilitada por un solicitante de clemencia, a no ser que éste haya dado su consentimiento. Por lo tanto, en cuanto a las declaraciones y los documentos obtenidos en el marco del programa de clemencia, la cooperación entre las autoridades de competencia y los órganos judiciales no pone en peligro la aplicación pública del Derecho de la competencia. En cambio, es posible que la prohibición de divulgar tal información pueda impedir una aplicación privada eficaz en aquellos casos en los que la información obtenida en el

las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia con arreglo al artículo 6.6 de la Directiva.

Sin embargo, para cumplir plenamente con las obligaciones impuestas por la Directiva sería necesario asegurar esta protección también para las solicitudes de transacción ya que ella excluye dichas solicitudes de la exhibición de las pruebas de carácter absoluto y en la actualidad las posibilidades de los órganos jurisdiccionales de garantizar la protección de la información y los secretos comerciales confidenciales son limitadas. Cuando se ha solicitado información de las autoridades de competencia, éstas tienen generalmente una obligación de trasladársela a las partes y únicamente pueden mantener reservada la información respecto a terceros⁵⁷. Si no se puede garantizar la confidencialidad de las solicitudes de transacción, las autoridades de competencia, con arreglo a su deber de secreto profesional, no tienen que trasladar los documentos solicitados, lo que puede complicar la resolución del litigio pendiente ante del órgano judicial. Además, la capacidad de los órganos jurisdiccionales de velar por la protección de información confidencial con arreglo a la Directiva requiere también que los mencionados órganos puedan abstenerse de ordenar la exhibición de las pruebas en la posesión de personas físicas y jurídicas en casos debidamente justificados.

Además de las normas que protegerán la información confidencial, sería conveniente aclarar que la capacidad de los órganos jurisdiccionales de ordenar la exhibición de pruebas incluye también la exhibición de categorías pertinentes de prueba y no únicamente determinados documentos específicos ya que, de otro modo, puede minar la eficacia de la posibilidad de ordenar la exhibición de las pruebas cuyo objetivo es facilitar las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. También habría que asegurar que las sanciones previstas en el artículo 329 LEC cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Directiva, según el cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder imponer efectivamente sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales si han incumplido o se han negado a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas o han ocultado o destruido pruebas pertinentes. Actualmente el artículo 329 LEC prevé que, en caso de negativa injustificada a la exhibición de pruebas, el órgano jurisdiccional puede atribuir valor probatorio a la versión que del contenido del documento hubiese dado la parte solicitante de la exhibición. En la misma línea los artículos 304 y 307 LEC permiten las conclusiones adversas de las negativas a declarar. Según la Directiva, precisamente el riesgo de que se infieran conclusiones adversas de los procesos por

marco del programa de clemencia sea imprescindible para fundamentar una demanda por daños por una infracción de las normas de defensa de la competencia.

57. Véase ARRIBAS ALBERTO, A., «La aplicación privada del Derecho de la competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidos en procedimientos administrativos, confidencialidad» en VELASCO SAN PEDRO, L. A.; ALONSO LEDESMA, C.; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.; HERRERO SUÁREZ, C., y GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (Dir.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 169-181, p. 179.

daños y perjuicios puede ser una sanción especialmente eficaz⁵⁸. El tribunal podrá también formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas⁵⁹. Sin embargo, cabría también sancionar el incumplimiento de la obligación de proteger información confidencial, el uso abusivo de la información obtenida a través de la exhibición y el uso de forma abusiva de la información obtenida a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia. Del mismo modo, para mayor efecto disuasorio, deberían imponerse sanciones si en los procesos por daños y perjuicios se destruyen pruebas relevantes.

2. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES NACIONALES

Otra novedad, desde el punto de vista del Derecho español, que introduce la Directiva consiste en establecer que las decisiones o resoluciones firmes de una autoridad nacional de competencia (en lo sucesivo «ANC») declarando la existencia de una infracción tendrán efectos probatorios en lo que se refiere a la constatación de la infracción, en acciones de indemnización por daños, pero únicamente si éstas se ejercen en el mismo Estado miembro⁶⁰. Actualmente, únicamente las Decisiones de la Comisión Europea relativas a los procedimientos con arreglo a los artículos 101 y 102 TFUE tienen tal efecto ya que los órganos jurisdiccionales no pueden adoptar resoluciones contrarias⁶¹. Los órganos jurisdiccionales nacionales tampoco podrán adoptar decisiones sobre acuerdos o prácticas anticompetitivos que subsiguientemente podrán ser objeto de una decisión de la Comisión, sino que deberían suspender el procedimiento si existe un riesgo de que su decisión sea incompatible con la decisión que adoptará la Comisión⁶².

No obstante, en caso de que la demanda de daños se interponga ante los tribunales de otro Estado miembro, la resolución firme dictada en otro Estado miembro puede ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y dicha resolución puede valorarse junto

58. Considerando 33 de la Directiva.

59. Artículo 328 LEC.

60. Artículo 9.1 de la Directiva.

61. Artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 6-12-2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado y STJ de 14-12-2000 (TJCE 2000, 333), as. *Masterfoods* (C-344/98), apartado 52. Si un tribunal nacional cuestiona la legalidad de la decisión de la Comisión, no puede evitar los efectos obligatorios de esa decisión sin un fallo en sentido contrario del Tribunal de Justicia. Por lo tanto, para adoptar una decisión que vaya contra la de la Comisión, el tribunal nacional debe presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE y el Tribunal de Justicia se pronunciará sobre la compatibilidad de la decisión de la Comisión con el Derecho de la Unión Europea.

62. STJ, de 28-2-1991 (TJCE 1991, 147), as. *Stergios Delimitis v. Henniger Bräu AG* (C-234/89).

con otras pruebas presentadas por las partes⁶³. Por lo tanto, es posible que haya que volver a enjuiciar la existencia de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, lo que supondría una pérdida de tiempo y recursos e incrementaría el coste de la acción. Sin embargo, ello dependerá de las normas del Estado miembro en cuestión, en la medida en que éste puede conceder dicho efecto vinculante con arreglo a su legislación nacional⁶⁴. De todos modos, sería deseable mejorar la coordinación en particular de las acciones públicas y privadas en situaciones transfronterizas para evitar resultados contrarios sobre la existencia de una infracción de las normas de Derecho de la competencia⁶⁵.

La obligación de otorgar efectos probatorios a las resoluciones de la ANC requiere una reforma importante en el Derecho español, puesto que hoy en día las resoluciones firmes de la CNMC no son vinculantes en los procesos por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia⁶⁶. Pero España no tiene ninguna obligación de extender los efectos probatorios a las resoluciones de las ANC de los otros Estados miembros, siempre que las permitan como principio de prueba de la existencia de una infracción al Derecho de la competencia.

Por otro lado, para facilitar la interposición por los consumidores o las asociaciones de consumidores de demandas derivadas, consideramos que debería otorgarse igualmente a las decisiones firmes de las ANC y de los tribunales de competencia una presunción de efectos vinculantes en procedimientos civiles ante los tribunales de otros Estados miembros. A cambio, podría permitirse al demandado refutar esa presunción si la misma vulnera los requisitos de un proceso equitativo o si el alcance geográfico de la infracción hace que no resulte pertinente o relevante respecto de la demanda indemnizatoria, en relación con el mercado en el Estado miembro en el que se interpone. Adicionalmente, la presunción de efectos vinculantes podría rebatirse si existieron errores de hecho manifiestos en la investigación⁶⁷. Estos motivos

63. Artículo 9.2 de la Directiva.

64. Éste es el caso en Alemania, donde los efectos probatorios se extienden también a las resoluciones adoptadas por las ANC de otros Estados miembros. Véase el artículo 33.4 de la ley alemana de restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

65. Cabe notar que en España los artículos 434.3 y 465.5 LEC permiten suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre las normas europeas o nacionales de defensa de la competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la CNMC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y el pronunciamiento del órgano administrativo es necesario para dictar sentencia, pero no prevé la misma posibilidad respecto a los expedientes administrativos ante las autoridades de competencia de los otros Estados miembros.

66. El Tribunal Supremo ha clarificado que el órgano judicial no está vinculado a las resoluciones administrativas y particularmente no existe una vinculación cuando las resoluciones administrativas pueden impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativo, sino puede valorar los hechos relevantes de manera independiente si lo puede justificar. Véase STS, Sala Primera de 7-11-2013 (RJ 2014, 487).

67. Véase BASEDOW, J., «Recognition of Foreign Decisions within the European Competition Network» en BASEDOW, J.; FRANCO, S., and IDOT, L. (Dirs.), *International Antitrust Litigation*.

apoyarían que la decisión firme declarativa de la existencia de una infracción que adopte una ANC de otro Estado constituya al menos una presunción *iusuris tantum* de la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia en el procedimiento civil que se tramite ante los tribunales españoles. Pero es importante recordar que el efecto probatorio no se extiende al daño, a la relación causalidad y la culpa, por lo que el demandante ha de probarlos en su acción por daños⁶⁸.

3. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

La Directiva también establece unos plazos mínimos de prescripción para el ejercicio de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia, tanto de forma independiente como derivada. Las víctimas tendrán cinco años para interponer una demanda después de conocer la infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio causado por ella y la identidad del infractor⁶⁹. Puede suspenderse el plazo si una autoridad de defensa de la competencia inicia una investigación o un procedimiento en relación con la infracción del Derecho de la competencia. Una vez que la resolución de infracción sea firme, las víctimas tienen al menos un año para ejercitar la acción⁷⁰. Los plazos mínimos deberían favorecer la interposición de demandas de indemnización por daños y perjuicios, especialmente en aquellos Estados miembros en los que los plazos de prescripción son en la actualidad muy breves⁷¹.

El requisito de que la víctima ha de tener conocimiento de la infracción y del daño que ésta le ha irrogado antes de iniciarse el cómputo del plazo de prescripción es crucial ya que, en otro caso, el plazo de prescripción podría haber expirado incluso antes de que la víctima haya tenido conocimiento de la infracción. Sin embargo, deberían proporcionarse directrices comunes sobre los criterios que habrían de valorarse al objeto de determinar si el demandante tenía tal conocimiento. De lo contrario, se generará incertidumbre acerca del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción.

Por otra parte, al establecer únicamente plazos de prescripción mínimos, la Directiva respeta el principio de autonomía procesal. Para las situaciones no específicamente reguladas por la Directiva, los plazos de prescripción habrán de respetar los límites establecidos por los principios de equivalencia y eficacia⁷².

Conflict of Laws and Coordination, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2012, pp. 393-402, pp. 397 y 401-402.

68. Considerando 34 de la Directiva.

69. Artículo 10.2 y 10.3 de la Directiva.

70. Artículo 10.4 de la Directiva.

71. Véase CRAIG, L.; JAZRAWI, W.; GARTAGANI, S.; SIAKKA T., y FITZGERALD-FRAZER, K., «A summary of recent developments in antitrust damages claims, collective redress and funding in the EU and UK», *G.C.L.R.*, n° 6 (3), 2013, R41-R47, R43.

72. Artículo 4 de la Directiva.

En España, el plazo de prescripción para acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia es el mismo que para otras acciones por daños. El plazo comenzará una vez que la víctima tenga conocimiento del daño⁷³ o desde el día en que pudiera ejercitarse la acción⁷⁴ y su duración es de meramente un año. Por lo tanto, para cumplir con la Directiva, el plazo de prescripción debería ser ampliado hasta cinco años desde el momento en el que el demandante conozca la infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio causado por ella y la identidad del infractor.

El Código Civil tampoco prevé la posibilidad de suspender el plazo de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia cuando exista un procedimiento administrativo relativo a la misma infracción. En estos casos el plazo tendría que ser suspendido hasta que la resolución de la infracción sea firme y desde este momento el demandante debería poder interponer su demanda en un año como mínimo. La posibilidad de suspender las acciones por daños de seguimiento es especialmente importante en el caso de cárteles ya que no es viable que la víctima pruebe la existencia del cártel, sino que tiene que respaldar su demanda en la resolución de infracción.

4. RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA

La Directiva establece que las empresas respondan «conjunta y solidariamente» del daño causado por su comportamiento común⁷⁵. Sin embargo, una empresa a la que se ha concedido inmunidad en virtud de un programa de clemencia, sólo responderá frente a perjudicados distintos de sus compradores directos o indirectos, o de sus proveedores si aquéllos no han podido obtener la reparación íntegra de otros infractores⁷⁶. Las disposiciones en materia de responsabilidad tratan de restringir la responsabilidad de una empresa a la que se ha concedido inmunidad, pero únicamente pueden hacerlo con un alcance limitado, en la medida en que debe respetarse siempre el derecho de las víctimas a obtener un resarcimiento pleno y, por otra parte, dado que las indemnizaciones por daños se conceden únicamente con carácter individual, la posibilidad de restringir la responsabilidad por daños es limitada. También se limita la responsabilidad de las Pymes en determinadas circunstancias⁷⁷.

Estas disposiciones también permiten que los perjudicados interpongan acciones contra el demandado que esté en mejores condiciones de poder satisfacer la indemnización. Desde la perspectiva de los demandantes, lo anterior simplifica el proceso de reclamación, en la medida en que les permite obtener de un único demandado la indemnización correspondiente a la totalidad del daño sufrido. Los demandantes no necesariamente habrán de ser clientes directos del demandado, sino que en coherencia con lo declarado en la sentencia *Kone* (TJCE 2014, 213), en la medida en que puedan demostrar que el demandado debió haber tomado en

73. Artículo 1968.2 del Código Civil.

74. Artículo 1969 del Código Civil.

75. Artículo 11.1 de la Directiva.

76. Artículo 11.4 de la Directiva.

77. Artículo 11.2 de la Directiva.

consideración que la conducta anticompetitiva podía dar lugar a la pérdida sufrida por los perjudicados, éste podrá ser declarado responsable civil del daño⁷⁸. Para el demandado, lo anterior puede generar incertidumbre acerca de si podrá obtener la contribución de los demás coinfractores, ya que algunos de ellos podrían haber dejado de existir y los costes de individualizar la responsabilidad correspondiente a cada coinfractor por el daño causado a los perjudicados podrían ser sustanciales⁷⁹. Por otro lado, el demandante seguirá sujeto a la obligación de probar el nexo causal entre la pérdida que ha sufrido y el cártel, lo que se complica en aquellos casos en los que no es ni siquiera un comprador indirecto de un miembro del cártel en cuestión, sino una parte independiente.

El Código Civil no prevé una disposición específica en relación a la responsabilidad extracontractual⁸⁰. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales aceptan en general la responsabilidad conjunta y solidaria, aunque en la práctica los tribunales han creado la teoría de responsabilidad *in solidum* que permite que los tribunales declaren que varias partes son conjunta y solidariamente responsables y asignen las partes de responsabilidad entre ellas. Este procedimiento podría aplicarse también las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia⁸¹.

No obstante, la Directiva exige que se pueda limitar esa responsabilidad conjunta y solidaria en determinadas circunstancias en el caso de una empresa a la que se ha concedido inmunidad en virtud de un programa de clemencia (y también en el caso de las Pymes)⁸². Por lo tanto, sería necesario introducir una disposición que limite la responsabilidad en los supuestos previstos en la Directiva. Podría considerarse introducir las pertinentes disposiciones en la Ley de Defensa de la Competencia puesto que las acciones por daños se refieren a las infracciones del Derecho de la competencia y no sería necesario modificar las disposiciones para la responsabilidad extracontractual en general.

78. STJ, de 5-6-2014 (TJCE 2014, 213), as. *Kone* (C-557/12), apartado 34.

79. Véase HOWARD, A., «The draft Directive on competition law damages – What does it mean for infringers and victims?», *E.C.L.R.* n.º 35 (2), 2014, pp. 51-55, p. 54.

80. Véase FOLGUERA CRESPO, J., y MARTÍNEZ CORRAL, B., «Spain» en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y ORTÍZ BLANCO, L. (Dir.) *The judicial application of European competition law. Proceedings of the FIDE XXIV Congress Madrid 2010 Vol. 2*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, p. 413.

81. Véase Artículo 14 del Código Civil y FOLGUERA CRESPO, J., y MARTÍNEZ CORRAL, B., «Spain» en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y ORTÍZ BLANCO, L. (Dir.) *The judicial application of European competition law. Proceedings of the FIDE XXIV Congress Madrid 2010 Vol. 2*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, p. 414.

82. Artículo 11.2 y 11.4 de la Directiva, que limita la responsabilidad de las Pymes a sus propios compradores (directos e indirectos) si su cuota del mercado relevante era inferior al 5% durante la infracción al Derecho de la competencia y la responsabilidad plena mermaría irremediamente su viabilidad económica y perdería todo el valor de sus activos.

5. REPERCUSIÓN DE COSTES RESULTANTES DE UNA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Directiva permite la defensa basada en la repercusión de sobrecostes (*passing-on defense*), pero pesa sobre el infractor la carga de probar que se ha trasladado el sobrecoste. La carga de la prueba en relación con la traslación (*passing-on*) es distinta en los casos en que existen compradores indirectos que reclaman una indemnización por los daños resultantes de un sobrecoste que se ha trasladado en todo o en parte al demandante. Los compradores indirectos han de demostrar la existencia de dicha traslación, aunque se permitirán requerimientos razonables de comunicación o exhibición al demandado y a terceros⁸³. El objeto es evitar la sobrecompensación de las víctimas⁸⁴. La Directiva clarifica que las víctimas tienen derecho al pleno resarcimiento del perjuicio sufrido, lo que incluye el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses⁸⁵.

Sin embargo, permitir la defensa basada en la repercusión de sobrecostes podría constituir un obstáculo al ejercicio de acciones de daños, ya que los compradores indirectos y especialmente los consumidores que se encuentran al final de la cadena de suministro tendrán grandes dificultades para probar el importe exacto que se les ha trasladado, especialmente en situaciones en las que hayan existido varios intermediarios. Para mitigar los efectos de la defensa basada en la repercusión de sobrecostes, los consumidores deberían tener la posibilidad de unir fuerzas mediante el ejercicio de una acción colectiva o «de representación», a fin de poder repartir los costes del procedimiento judicial.

En el Derecho español no existe una disposición expresa sobre la defensa basada en la repercusión de sobrecostes. Sin embargo, dado que el derecho al resarcimiento del daño sufrido consiste en el daño realmente sufrido por el demandante, los órganos jurisdiccionales deben poder tener en cuenta el hecho de que el demandante haya repercutido el sobrecoste o una parte de él para asegurar que no haya sobrecompensación. Efectivamente el Tribunal Supremo ha confirmado que el Derecho español reconoce la

83. Artículo 14.1 de la Directiva. Con arreglo al artículo 14.2 de la Directiva se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste si dicho comprador indirecto demuestra que: a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado, y c) el comprador indirecto adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. No obstante, el demandante puede evitar esta conclusión si demuestra que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

84. El riesgo de que esto suceda es particularmente grande si las acciones por daños son ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro. Por ello, el artículo 15 de la Directiva establece unos elementos que los órganos jurisdiccionales pueden tomar en consideración para evitar una responsabilidad múltiple. Del mismo modo, sirven también para evitar la ausencia de responsabilidad del infractor.

85. Artículo 3 de la Directiva.

defensa basada en la repercusión de sobrecostes⁸⁶. Pero en la práctica, los tribunales no están necesariamente dispuestos a evaluar los razonamientos económicos complejos⁸⁷ como muestra el *Cártel del Azúcar* en el cual el tribunal concluyó que el demandado no había podido probar que el incremento del precio aplicado por los compradores directos no les hubiera causado ningunas pérdidas en forma de ventas reducidas⁸⁸. Si bien la jurisprudencia reciente respalda la defensa basada en la repercusión de sobrecostes, una transposición de las normas pertinentes de la Directiva podría aclarar el alcance de tal defensa, así como la carga de prueba de los compradores indirectos para mostrar la traslación y para evitar la compensación excesiva o insuficiente de las víctimas de las infracciones del Derecho de la competencia. Por otro lado, dado que la Comisión está elaborando Directrices para los tribunales nacionales relativa a la repercusión de sobrecostes, convendría esperar a dichas directrices para determinar en qué medida son suficientes para aumentar la seguridad jurídica.

6. LA CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO

En cuanto a la cuantificación del daño, ha de recordar el derecho de las víctimas de una infracción a las normas de defensa de la competencia a la plena reparación que incluye el daño emergente y el lucro cesante más el pago de los intereses⁸⁹. El Derecho español incluye en principio la misma definición de la plena reparación, aunque en la práctica la carga para probar el lucro cesante a menudo ha obstaculizado la posibilidad de obtenerlo⁹⁰. Resalta el papel que juegan los informes periciales elaborados por los expertos económicos en los procedimientos judiciales⁹¹. Los órganos judiciales pueden solicitar también que la CNMC dictamine los criterios para la cuantificación de indemnizaciones que facilita la cuantificación de los daños.

A nivel europeo, la Comisión ha adoptado directrices sobre cuantificación del daño en las demandas de indemnización por daños en materia de defensa de la competencia⁹². A pesar de que dichas directrices no son vinculantes, el hecho de que

86. STS, Sala de lo Civil, de 8-6-2012 (RJ 2012, 9317).

87. Véase Díez, F., «El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente» en VELASCO SAN PEDRO, L. A.; ALONSO LEDESMA, C.; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.; HERRERO SUÁREZ, C., y GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (Dir.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 215-228, pp. 227-228.

88. STS, Sala Primera, de 7-11-2013 (RJ 2014, 487).

89. Artículo 3.2 de la Directiva.

90. Véase por ejemplo la Resolución 73/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25-5-2006 (AC 2006, 1881).

91. Véase BROKELMANN, H., «La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia», en FONT I RIBAS, A., y GÓMEZ TRINIDAD, S. (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrentes*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 101-121, pp. 119.

92. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

se haya mejorado la evaluación del daño concediendo un mayor protagonismo a los jueces nacionales y haciendo posible la participación de las autoridades de competencia en la valoración del daño no deja de ser un desarrollo positivo. Esto podría al menos facilitar en alguna medida la indemnización, especialmente a los compradores indirectos, que son los que generalmente tienen mayores dificultades para probar el importe exacto del daño que se les ha trasladado.

No obstante, la carga de la prueba y el estándar probatorio necesario en relación con la cuantificación del daño vendrán en buena medida determinados por la legislación nacional, que deberá respetar los principios de equivalencia y eficacia. Los tribunales nacionales podrán decidir discrecionalmente en qué medida se ajustan a las directrices –no vinculantes– de la Comisión sobre cuantificación del daño, por lo que, una vez más, los métodos empleados pueden variar significativamente entre Estados miembros⁹³. Cabe igualmente esperar que la prueba económica prolongue y encarezca los litigios⁹⁴.

La Directiva contiene una presunción *iuris tantum* de que los cárteles ocasionan daños⁹⁵. Llama la atención que la definición del cártel establecida en la Directiva⁹⁶ es distinta a la definición en la Ley de Defensa de la Competencia⁹⁷. Dado que la definición de la Directiva es más amplia, es necesario asegurar que en todos los supuestos que caben dentro del ámbito de un cártel así definido, las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia pueden beneficiarse de presunción *iuris tantum* de que los cárteles ocasionan daños. Sin embargo, en la práctica, la CNC y la CNMC han interpretado el concepto del «cártel» analógicamente a la definición europea⁹⁸.

93. Véase VANDENBORRE, I.; HOFFMAN LENT, K., and GOETZ, T. C., «Actions for antitrust damages in the European Union: evaluating the Commission's Directive proposal», *G.C.L.R.*, n° 7 (1), 2014, pp. 1-9, p. 5.

94. Véase HOWARD, A., «The draft Directive on competition law damages – What does it mean for infringers and victims?», *E.C.L.R.*, n° 35 (2), 2014, pp. 51-55, p. 53

95. Artículo 17.2 de la Directiva.

96. El artículo 2.14 define un cártel como «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia».

97. La disposición adicional cuarta de la LDC define un cártel como «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

98. Véase ROBLES MARTÍN-LABORDA, «La Función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/UE en nuestro Derecho interno», accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610789, p. 16.

7. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS

La Directiva pretende también fomentar la resolución consensuada de litigios al suspender el plazo de prescripción durante la solución extrajudicial de controversias. Esta suspensión se limita a las partes que estén inmersas o representadas en la solución extrajudicial de controversias⁹⁹. Prevé también la posibilidad de suspender los procedimientos de indemnización por daños durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con las pretensiones de dicha acción por daños¹⁰⁰. Además establece una responsabilidad limitada para los coinfractores que transen y obligación de contribución limitada, a no ser que la parte perjudicada que alcanzó un acuerdo extrajudicial no pueda obtener el resarcimiento de los coinfractores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial¹⁰¹.

Estas medidas podrían eventualmente proporcionar a los consumidores, y quizás también a las pequeñas y medianas empresas, al menos una posibilidad de obtener algún tipo de indemnización, ya que sin mecanismos eficaces de recurso colectivo, el actual ejercicio por éstos de su derecho de indemnización es limitado en la mayoría de los Estados miembros. Sin embargo, dada la ventajosa regulación prevista para los coinfractores que transen, podría existir el riesgo de que, en la práctica, la Directiva tuviese por efecto un incremento del uso de los mecanismos de resolución alternativa de litigios, en perjuicio de las demandas de daños. Esto podría resultar problemático teniendo en cuenta que los perjudicados suelen ser la parte más débil y que no existirá igualdad de armas, ya que los infractores son quienes generalmente tienen acceso a la mayor parte de la prueba relevante necesaria para acreditar la infracción y el alcance del daño¹⁰².

Para facilitar la igualdad de armas es, por lo tanto, necesario que los consumidores tengan acceso a tutela judicial efectiva que incentive a los demandados a transar. Hasta la fecha, las demandas de indemnización por daños apenas son objeto de interposición por parte de consumidores, y las escasas acciones «de representación» que se han ejercido en su nombre han tenido un éxito muy limitado, no habiendo sido objeto de indemnización la mayor parte del daño sufrido por los perjudicados¹⁰³. En otras palabras, no suelen ofrecer una vía factible para obtener la

99. Artículo 18.1 de la Directiva.

100. Artículo 18.2 de la Directiva.

101. Artículo 19 de la Directiva.

102. La experiencia estadounidense demuestra que no existen pruebas de acuerdos transaccionales poco fundados. Bien al contrario, en ocasiones los demandantes transan casos fundados por cuantías pequeñas. Véase American Antitrust Institute, «The Next Antitrust Agenda: The American Antitrust Institute's Transition Report on Competition policy to the 44th President of the United States».

103. Véase, por ejemplo, Competition Appeal Tribunal, asunto n° 1078/7/9/07 y <http://www.cartelmobile.org/>.

reparación plena¹⁰⁴. Además hay que notar la importancia de que el mecanismo de transacción extrajudicial se base en el principio de «exclusión voluntaria», como es el caso en los Países Bajos, que ha servido también como modelo para el nuevo procedimiento británico para transar las demandas de daños¹⁰⁵. De otro modo, el grupo de consumidores que participe en la transacción extrajudicial corre el peligro de ser demasiado pequeño para que incentive una transacción por parte de los infractores.

Actualmente, el artículo 415 LEC prevé ya que las partes de un litigio ante un órgano jurisdiccional puedan desistir del proceso si llegan a un acuerdo o están dispuestas a concluirlo de inmediato, o puedan solicitar al tribunal que homologue lo acordado. También pueden de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso en conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 para someterse a mediación o arbitraje. El artículo 428 LEC a su vez permite que el tribunal exhorte a las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. Asimismo, el Derecho español ya fomenta la solución extrajudicial de controversias. La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles a su vez establece que la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en dicha ley¹⁰⁶. Por lo tanto, en cuanto a la suspensión del plazo de prescripción durante la solución extrajudicial de controversias, la legislación nacional está conforme con los requisitos de la Directiva.

III. LA TRANSPOSICIÓN Y LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA

1. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS MÉRITOS Y LAS CARENCIAS DE LA DIRECTIVA

Las principales contribuciones de la Directiva consisten en que establece un nivel mínimo de exhibición de pruebas una vez que el demandante haya presentado los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance y acrediten el carácter plausible de su demanda de indemnización por daños, y unos plazos mínimos de prescripción para el ejercicio de acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia, tanto de forma independiente como derivada. Adicionalmente, contiene disposiciones en relación con el efecto probatorio de las decisiones o resoluciones de las autoridades nacionales de competencia que declaran la existencia de una infracción, la responsabilidad solidaria de los infractores (incluido el derecho a exigir una contribución),

104. De hecho, esto ha llevado al Reino Unido a introducir una acción colectiva más amplia que permite que también los consumidores y las pequeñas y medianas empresas interpongan tales acciones y, en algunos casos, incluso sobre la base de «exclusión voluntaria» (*opt-out*).

105. Véase Department for Business Innovation & Skills, «Private actions in competition law: a consultation for options on reform – government response», enero de 2013, pp. 40-41.

106. Artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

la defensa basada en la repercusión de sobrecostos y la cuantificación del daño, así como disposiciones dirigidas a fomentar la resolución consensual de litigios.

La introducción de una obligación mínima de exhibición de medios de prueba constituye un desarrollo legislativo sumamente positivo, teniendo en cuenta la asimetría en materia de información que generalmente existe entre los infractores de las normas de defensa de la competencia y los perjudicados. Cabe afirmar que el limitado acceso a los medios de prueba es uno de los principales obstáculos al ejercicio de acciones de indemnización por daños en este ámbito y la posibilidad de requerir la exhibición de dichos medios de prueba debería contribuir a facilitar la interposición de demandas de daños y perjuicios, siempre que también se aborden de forma adecuada otros obstáculos relevantes (es decir, la necesidad de reducir los costos y facilitar las demandas por parte de los consumidores mediante mecanismos de recurso colectivo).

Sin embargo, la Directiva deja otras cuestiones que han de ser objeto de tratamiento. Así, una dificultad relevante reside en el hecho de que determinados tipos de documentos, en concreto las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y las solicitudes de transacción, están íntegramente excluidas de la exhibición de medios de prueba, sin que exista obligación alguna de llevar a cabo previamente un *test* de proporcionalidad acerca de si éstas, o al menos una parte de la información contenida en ellas, deben revelarse al demandante al objeto de posibilitar el ejercicio de una acción de indemnización por daños, especialmente cuando tal ejercicio resulte imposible sin el acceso a parte de esta información. Frente a lo anterior, en línea con lo declarado en la sentencia *Pfleiderer* (TJCE 2011, 177)¹⁰⁷, sugerimos que los tribunales nacionales deberían tener capacidad real para valorar las consecuencias de conceder o denegar la solicitud de exhibición de medios de prueba, tanto para la aplicación pública como privada. La actual Directiva pone énfasis en proteger la aplicación pública, en detrimento de la aplicación privada. Sería preciso un enfoque más equilibrado al objeto de garantizar que la aplicación privada pueda servir de importante complemento a la aplicación pública, en lugar de jugar meramente un papel residual.

Por otra parte, la Directiva no incorpora el tratamiento de determinadas cuestiones. A modo de ejemplo, no contiene reglas relativas al requisito de culpabilidad de la conducta o al coste de las acciones por daños en el ámbito de defensa de la competencia. Dado que el coste de estas acciones es a menudo un obstáculo relevante al planteamiento de una demanda, especialmente para los consumidores cuyas demandas individuales sean de pequeña cuantía en comparación con los elevados costos de las demandas de indemnización por daño, serían necesarias ciertas normas o, al menos, recomendaciones, relativas a las reglas en materia de costos para que no resulte imposible el ejercicio de acciones indemnizatorias. También las pequeñas y medianas empresas pueden enfrentarse a los mismos obstáculos, especialmente cuando sean compradores indirectos y se les exija demostrar el importe exacto del

107. STJ, de 14-6-2011 (TJCE 2011, 177), as. *Pfleiderer* (C-360/09), apartado 30.

sobrecoste que se les ha trasladado. En consecuencia, sería de gran relevancia para los consumidores y las pequeñas y medianas empresas que pudiesen ejercer acciones colectivas de forma conjunta con otras víctimas, al objeto de permitirles reducir los costes y riesgos asociados al ejercicio de la acción y tener un incentivo real para ejercitarla. Igualmente, debería valorarse una potencial modificación del principio de que «el perdedor paga» en línea con lo dispuesto en la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual¹⁰⁸, al objeto de propiciar el ejercicio de demandas de indemnización por daños. Podría también permitirse a los tribunales establecer límites a las costas y ajustar los costes de litigar limitándolos a lo que se estime razonable y proporcionado.

La principal omisión de la Directiva es la total ausencia de algún tipo de mecanismo de recurso colectivo. En lugar de ello, la Comisión se ha limitado a introducir recomendaciones no vinculantes en relación con estos mecanismos (la Recomendación sobre los Mecanismos de Recurso Colectivo)¹⁰⁹. Sin embargo, las recomendaciones no son suficientemente amplias, ya que los principios comunes establecidos en ellas están en general basados en impulsar un tipo modesto de acciones colectivas y medios de financiación conservadores. Uno de los principales problemas de los actuales mecanismos de recurso colectivo a escala nacional reside en que éstos se basan habitualmente en el principio de «participación voluntaria» (*opt-in*), y el coste de las acciones constituye una barrera sustancial a la interposición de demandas de indemnización por daños derivados de infracciones de las normas de competencia. Los casos *Camisetas de Fútbol (Football Shirts)*¹¹⁰ y el *Cártel de los Móviles*¹¹¹, en el Reino Unido y Francia, ilustran la limitada efectividad del modelo de participación voluntaria. En el primero de ellos sólo obtuvieron indemnización una pequeña parte de los perjudicados y el segundo fue desestimado. En España, solo ha sido interpuesta una acción colectiva de seguimiento, por la asociación de consumidores Ausbanc, y los demandados han logrado suspender el procedimiento varias veces¹¹². El único modo eficaz de asegurar la «tutela judicial efectiva» de los consumidores conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sería dejar a los tribunales la decisión acerca de si una acción de resarcimiento colectiva debe interponerse sobre la base del modelo de «participación voluntaria» o «exclusión voluntaria» (*opt-out*), al menos en los casos en que se planteen múltiples acciones de indemnización por daños y perjuicios de pequeña cuantía.

108. Directiva del Parlamento y del Consejo 2004/48/CE, de 29-4-2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

109. Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

110. Véase Competition Appeal Tribunal, asunto n° 1078/7/9/07.

111. Véase <http://www.cartelmobile.org/>.

112. Véase MARCOS, F., «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)», G.CL.R., n° 4, 2013, pp. 167-208, p. 181.

Efectivamente, el Reino Unido ha tenido en cuenta las carencias en sus acciones colectivas ya que en un futuro próximo tanto los consumidores como las pequeñas y medianas empresas podrán interponer acciones colectivas en los casos en los que una acción colectiva será la mejor opción para interponer una demanda. El Tribunal de Apelación en Materia de Competencia (*Competition Appeal Tribunal*) certificará el grupo y determinará si la acción colectiva debe interponerse sobre la base del modelo de «participación voluntaria» o «exclusión voluntaria». La exclusión voluntaria sólo se aplicará a los demandantes domiciliados en el Reino Unido, y los demás tendrán la opción de participar voluntariamente. El objetivo es evitar que los demandados tengan que compensar el mismo daño varias veces¹¹³.

También la experiencia norteamericana en materia de aplicación privada muestra que las acciones colectivas son una herramienta valiosa a efectos de la aplicación privada sobre todo cuando se basen en el principio de «exclusión voluntaria» ya que el grupo será generalmente lo suficientemente amplio como para que merezca la pena ejercer la acción, incluso en el supuesto de que los daños individuales de los miembros del colectivo harían que no resultase económicamente viable su ejercicio individual¹¹⁴. El principal inconveniente del modelo de exclusión voluntaria es que los perjudicados quedarán vinculados por la sentencia o acuerdo transaccional que se dicte o alcance como resultado del ejercicio de la acción si no se han excluido del grupo en tiempo y forma. Otro inconveniente, éste desde la perspectiva del demandado, es que las exclusiones hacen que la transacción tenga menos sentido. No obstante, la ventaja es que el demandante conocerá el número exacto de demandas potenciales que resten por interponer. Hay que resaltar también que prácticamente todas las acciones colectivas se interponen sobre la base de pactos de *cuota litis*¹¹⁵ lo que sugiere la importancia de asegurar la financiación de dichas demandas.

113. Véase Department for Business Innovation & Skills, «Private actions in competition law: a consultation for options on reform – government response», enero de 2013, pp. 31-32.

114. En Estados Unidos la aplicación privada representa al menos el 90% de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia. Véase LANDE, R. H., «Benefits of private enforcement: empirical background» en FOER, A. A. y CUNEO, J. C. (Dirs.), *The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham UK –Northampton, MA, 2010, pp. 3-11, p. 4. Al menos una parte se debe a la existencia de las demandas colectivas, puesto que la aplicación privada aumentó considerablemente unos años después de la introducción de una acción colectiva más eficaz en Estados Unidos. Véase BUXBAUM, H. L., «Private Enforcement of Competition Law in the United States– of Optimal Deterrence and Social Costs in Private Enforcement of EC Competition Law», en BASEDOW, J. (Dir.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 44-60, p. 45. De forma similar, en Canadá, la introducción de las acciones colectivas ha incrementado el ejercicio de las acciones de indemnización por daños en materia de defensa de la competencia.

115. Véase SITTENREICH, M. A. «The rocky path for private Directors General: Procedure, politics, and the uncertain future of EU antitrust damages actions», *Fordham L. Rev.*, n° 78, abril, 2010, pp. 2701-2750, p. 2735.

2. LAS POSIBLES DIFICULTADES Y OPCIONES PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

Dado que la Directiva no prevé ningún mecanismo de recurso colectivo ni pretende regular las costas de las acciones por daños, evita armonizar o aproximar los asuntos más controvertidos. Es más, muchas de las medidas a introducir son meros mínimos de armonización o simples recomendaciones, por lo que los Estados miembros seguirán teniendo un amplio margen de discreción sobre el alcance de las medidas a introducir.

Esto no quiere decir que la transposición de la Directiva será fácil. Dependiendo de la jurisdicción, los cambios exigidos pueden variar mucho. En jurisdicciones en las que la aplicación privada del Derecho de la competencia no ha jugado un gran papel hasta ahora, pueden beneficiarse del nuevo marco legislativo ya que la posibilidad de exhibición de pruebas y los plazos de prescripción razonables eliminan algunos de los obstáculos más importantes a las acciones de indemnización por daños. A nivel nacional la justificación de estas normas especiales más flexibles en el ámbito de Derecho de la competencia puede resultar más difícil.

En España, como en muchas otras jurisdicciones, un problema importante es la duración de las acciones y las costas. Muchas veces en la práctica ha sido también difícil obtener compensación por el lucro cesante aunque está previsto en el régimen aplicable, puesto que el demandante tiene que probar que ha realmente sufrido esta pérdida¹¹⁶. Esto sugiere que un reto importante para la transposición de la Directiva puede no ser tanto el introducir las medidas requeridas en el ordenamiento español –en la medida que todavía no están previstas por el Derecho nacional– como el conseguir su aplicación eficaz en la práctica. Dado que las medidas a introducir por ejemplo en relación con la cuantificación del daño, no son vinculantes, dependerá del legislador hasta qué punto se facilita dicha cuantificación.

En el Derecho nacional vigente una persona que quiere reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia puede basar su demanda en el artículo 1902 del Código Civil que prevé que *«el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*. Alternativamente, puede basar su acción en el artículo 15.2 junto con el artículo 18.5 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. Según el artículo 15.2, la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial es considerada desleal. Por lo tanto, una acción de reparación de daños y perjuicios puede ser interpuesta tanto para infracciones de las normas nacionales de defensa de la competencia como de las normas europeas de defensa de la competencia cuando hay dolo o culpa del agente. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil prevería expresamente este mismo régimen de responsabilidad

116. Véase por ejemplo la Resolución 73/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25-5-2006 (AC 2006, 1881).

civil en forma de reclamaciones por daños y perjuicios tanto para prácticas desleales como prácticas restrictivas de la competencia¹¹⁷.

Curiosamente, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil contempla también la introducción de un nuevo plazo de prescripción para las acciones contra las prácticas restrictivas de la competencia. Prescribirían por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. Para las conductas ilícitas continuadas o sucesivamente reiteradas, los plazos se computarían a partir del momento en que no exista riesgo de repetición¹¹⁸. Sin embargo, estas disposiciones no cumplirían con los requisitos de la Directiva, ya que ésta establece un plazo de prescripción mínimo de cinco años para interponer una demanda que computa desde el momento en el que el demandante haya conocido la infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio causado por ella y la identidad del infractor¹¹⁹.

Para cumplir con la Directiva, el legislador español podría contemplar varias opciones. La primera sería modificar la Ley de Defensa de la Competencia al introducir normas sobre la aplicación privada. Otra opción sería reformar las normas procesales y civiles relevantes para introducir algunas normas generales para las acciones por daños y otras específicas relativas a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. Finalmente, podría contemplarse tanto una modificación de la Ley de Defensa de la Competencia como de algunas de las normas procesales y civiles que rigen las acciones por daños en general.

La primera o tercera opción serían las más adecuadas como punto de partida. La mayoría de los cambios conciernen a la aplicación de las normas de Derecho de la competencia por lo cual sería desproporcionado cambiar el régimen de las acciones por daños en las relaciones extracontractuales. Sin embargo, algunas modificaciones podrían exigir una justificación de por qué las normas relativas a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia merecen un régimen distinto, y más ventajoso, que otras acciones por daños. Por ejemplo, habría que justificar los distintos plazos de prescripción de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sería posible justificarlo con el hecho de que los daños causados por las infracciones de las normas del Derecho de la competencia suelen ser difusos y a menudo es difícil identificar a las víctimas y cuantificar los daños. En general, los asuntos de competencia son de carácter económico muy complejo, pero no son los únicos asuntos de este tipo. También asuntos como el fraude económico pueden ser muy complejos y exigir conocimientos económicos. Además, la creación de normas especiales para un sector específico puede tener efectos indeseables en litigios civiles en otros ámbitos. Por otro lado, España tiene el deber de transponer la Directiva a más tardar el 27 de diciembre de 2016, a no ser que el Derecho español

117. Artículo 341-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

118. Artículo 341-4 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

119. Artículo 10.2 y 10.3 de la Directiva.

ya prevea las medidas en cuestión o logre el mismo resultado y cumpla con los principios de equivalencia y eficacia. La cuestión es por tanto más bien de cómo cumplir con esta obligación de mejor manera.

Respecto a las disposiciones sobre la exhibición de pruebas, algunos cambios en la LEC podrían justificarse, puesto que dicha ley ya contiene algunas disposiciones específicas al Derecho de la competencia. Habría que ampliar la protección otorgada a los datos y documentos obtenidos en el marco del programa de clemencia en el artículo 15 *bis* LEC también a las solicitudes de transacción. En general, sería deseable mejorar las posibilidades de los órganos jurisdiccionales de proteger la información confidencial. También habría que examinar la eficacia de las sanciones establecidas en el artículo 329 LEC por la negativa a la exhibición. Si resultase probable que las conclusiones adversas previstas no tengan un efecto disuasorio suficiente, habría que contemplar la introducción de la posibilidad de condenar a costas. Además, sería conveniente prever en el artículo 328 LEC que los tribunales puedan ordenar también la exhibición de categorías pertinentes de prueba al menos en las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia.

Sin embargo, sería más conveniente incorporar la mayoría de las modificaciones restantes en la Ley de Defensa de la Competencia a través de un capítulo sobre la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Estas nuevas disposiciones deberían incluir la obligación de otorgar efectos probatorios a las resoluciones firmes de la CNMC ya que en la actualidad no tienen esta vinculación.

Convendría también prever que los infractores respondan conjunta y solidariamente por los daños causados por un cártel, con la excepción de la responsabilidad limitada de una empresa a la que se ha concedido la inmunidad en virtud de un programa de clemencia y, en los casos incluidos en el artículo 11 de la Directiva, de las Pymes. Del mismo modo, sería útil aclarar el alcance de la defensa basada en la repercusión de sobrecostes así como la carga de prueba de los compradores indirectos para mostrar la traslación en línea con lo establecido en la Directiva. Sobre todo los derechos de los compradores indirectos requieren una mayor elaboración a causa de la limitada jurisprudencia existente al respecto y para evitar la responsabilidad múltiple o ausencia de responsabilidad en casos que involucren acciones por daños ejercitados por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de valor. Sin embargo, mientras que el régimen aplicable actualmente cumpla con los principios de equivalencia y eficacia, convendría esperar a la publicación de las Directrices de la Comisión Europea para los tribunales nacionales relativa a la repercusión de sobrecostes, ya que puede que sean suficientes para aclarar las posibles lagunas en el Derecho nacional. Para mayor transparencia, sería también aconsejable introducir una presunción *iuris tantum* de que los cárteles ocasionan daños, aunque el Tribunal Supremo ya ha tenido en cuenta esta presunción en el *Cártel del Azúcar*¹²⁰, por lo que su incorporación no sería estrictamente necesaria.

120. Véase STS, Sala de lo Civil, de 8-6-2012 (RJ 2012, 9317) y STS, Sala Primera, de 7-11-2013 (RJ 2014, 487).

Finalmente, habría que ampliar el plazo de prescripción de acciones por daños hasta cinco años desde el momento en el que el demandante conozca la infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio causado por ella y la identidad del infractor. Dado las características de dichas acciones, se somete que este plazo más amplio debería limitarse a este tipo de acciones por daños. Sería también necesario prever la posibilidad de suspender el plazo de prescripción de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia cuando exista un procedimiento administrativo relativo a la misma infracción hasta que la resolución de la infracción sea firme. Desde este momento empezaría a computar un plazo de un año para interponer la demanda. No obstante, si el legislador no considera justificado este trato especial de las acciones por daños en materia del Derecho de la competencia, habría que modificar el Código Civil para ampliar el plazo de prescripción también para otras acciones por daños.

IV. CONCLUSIONES

Aun cuando la Directiva contribuirá a armonizar o aproximar ciertos aspectos que han generado obstáculos a la aplicación privada en el pasado y codificarán algunos principios de Derecho de la UE por los que se rigen las acciones de indemnización por daños en materia de defensa de la competencia, muchas de las medidas a introducir son meros mínimos de armonización. En consecuencia, los Estados miembros seguirán teniendo un amplio margen de discreción sobre el alcance de las medidas a introducir y continuarán existiendo divergencias entre los Estados miembros en diversas áreas (como causalidad, cuantificación de las pérdidas, coste de las acciones y la disponibilidad de demandas colectivas). Por ello, es discutible que la Directiva vaya a mejorar el acceso a la justicia, especialmente para los consumidores que, en general, continuarán haciendo frente a posibilidades limitadas de acreditar el daño sufrido, así como a los elevados costes y riesgos asociados a los litigios. Previsiblemente, las disposiciones comunes establecidas en relación con las acciones de indemnización por daños en materia de competencia mejorarán o potenciarán fundamentalmente las posibilidades de las empresas de interponer demandas de daños en forma de acciones derivadas fundadas en una previa decisión de la Comisión o en una decisión firme de la ANC de su Estado miembro, puesto que se facilita el acceso a las pruebas y éstas tienen normalmente mejores recursos a su disposición que los consumidores.

No obstante, la obligación de transponer la Directiva conllevará algunas modificaciones en el régimen que en la actualidad rige las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia en España. A modo de ejemplo, se puede mencionar la ampliación de los plazos de prescripción para tales acciones, el efecto vinculante de las resoluciones firmes de la CNMC y la obligación de excluir los documentos de transacción de la exhibición de pruebas. Pero, en última instancia, la incidencia de la Directiva en el Derecho español dependerá de la voluntad del legislador español de ir más allá (o no) de lo que son en su mayoría obligaciones mínimas establecidas por la Directiva.