

Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de GA_P

Análisis del título II del Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil, sanitario y sobre desplazamiento de trabajadores, en la parte relativa a las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia.

1. La Directiva 2014/104/UE

La publicación de la Directiva 2014/104/UE, que regula las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, supone la culminación de un proceso normativo en torno al derecho al pleno resarcimiento que tiene cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia. Tal proceso dio comienzo con la doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se consagró legislativamente en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 (arts. 5 y 6) y se completó con la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio del 2013 sobre los principios comunes aplicables en los Estados miembros a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en caso de violaciones de los derechos reconocidos por la normativa de la Unión Europea y con la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de junio

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

del 2013 sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por incumplimiento de los mencionados artículos 101 y 102.

Esta directiva tiene por objeto el establecimiento de normas para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio y para coordinar las normas sobre acciones de indemnización por daños y perjuicios ejercidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, así como la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades comunitarias y nacionales de la competencia.

2. El Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo

La transposición de la directiva al ordenamiento español se ha llevado a cabo por medio del Real Decreto Ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre desplazamiento de trabajadores (la utilización de esta fórmula legal se justifica por el retraso acumulado en el proceso de transposición y la necesidad de lograr el cierre de los procedimientos de infracción abiertos por dicha causa y de evitar la imposición de sanciones económicas).

Por lo que respecta al Derecho de la competencia, el procedimiento seguido en la transposición ha consistido en dividir el contenido de la directiva en dos bloques normativos distintos, agrupando en uno de ellos las normas de carácter sustantivo y en el otro las normas de carácter procesal, e incorporar las normas sustantivas a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y las normas procesales a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en los términos que se exponen a continuación.

Siguiendo esta pauta, el título II del Real Decreto Ley 9/2017 comprende una regulación específica del ejercicio de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia que se compone de dos artículos: el primero de ellos (artículo tercero) modifica la Ley de Defensa de la Competencia por lo que se refiere a las normas sustantivas relacionadas con el ejercicio de la acción de daños; el segundo (artículo cuarto) modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las normas procesales sobre la práctica de la prueba, especialmente en cuanto al acceso de las pruebas en poder de la Administración, el demandado o los terceros.

3. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

El artículo 3 del real decreto ley prevé tres modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia:

- Primera. Se añade un nuevo título VI, «De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia», que regula las siguientes cuestiones:

a) *Infracciones del Derecho de la competencia*

Se consideran infracciones de las normas de competencia a los efectos del ejercicio de las acciones de daños la realización por parte de las empresas de prácticas prohibidas por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (art. 71.2a LDC).

Se han excluido del ámbito de las infracciones las prácticas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, reguladas en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, quizá por el hecho de la existencia de una normativa específica sobre el ejercicio de acciones de daños en la Ley de Competencia Desleal.

b) *Derecho al pleno resarcimiento*

Se reconoce a las víctimas el derecho al pleno resarcimiento, que consiste en reinstaurar a la víctima en la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción.

El resarcimiento abarcará el derecho a una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo (art. 72 LDC).

Este derecho al resarcimiento se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado que no haya sido repercutido y le haya ocasionado un daño. En ningún caso el resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel (art. 78 LDC).

c) *Legitimación para reclamar*

El pleno resarcimiento de los daños y perjuicios podrá ser reclamado a los infractores por cualquier persona que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo (adquirió del infractor los bienes o servicios) o indirecto (adquirió los bienes o servicios de un operador económico que, a su vez, los adquirió del infractor) [art. 72 LDC].

Ahora bien, cuando el reclamante sea un comprador directo, el autor de la práctica anticompetitiva contra el que se dirija la acción de daños podrá invocar en su defensa que dicho reclamante (comprador directo) ha repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste obtenido con la práctica ilegal sobre otras personas (compradores indirectos). La carga de la prueba de la repercusión recaerá en el infractor.

Se consagra de este modo la figura de la *passing on defence*, que operará de la siguiente forma: Si el que reclama es el comprador directo, la carga de la prueba de la repercusión corresponderá al infractor que la invoque en su defensa. Si el que reclama es el comprador indirecto, la carga de la prueba de la repercusión corresponderá al demandante, pero se presumirá su existencia si se demuestra: 1) que el demandado ha efectuado una práctica anticompetitiva; 2) que la citada práctica tuvo un sobre coste para el comprador directo, y 3) que adquirió del comprador directo los bienes o servicios. El infractor podrá desvirtuar esta presunción probando que los costes no se repercutieron (arts. 78, 79 y 80 LDC).

d) *Cuantificación de los daños*

La carga de la prueba de los daños sufridos corresponderá al demandante. Se presumirá, sin embargo, que los cárteles causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.

Si resulta imposible o excesivamente difícil cuantificarlos, los tribunales están facultados para estimar su importe (art. 76 LDC).

e) *Responsabilidad solidaria de los infractores*

Las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia serán conjunta y solidariamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, con dos excepciones: la primera referida a las pequeñas o medianas empresas (pymes) y la segunda aplicable a los beneficiarios de los programas de clemencia. En ambos casos, su responsabilidad se limitará a los daños causados a sus propios compradores directos e indirectos (art. 73 LDC).

La actuación de una empresa será también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas (art. 71.2b LDC).

f) *Efecto de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia o de las sentencias de los tribunales*

La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad española de la competencia o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños derivados de una práctica anticompetitiva ejercida ante un órgano jurisdiccional español. En cambio, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado

miembro de la Unión Europea, todo ello sin perjuicio de que se puedan alegar y probar hechos nuevos de los que no se hubiera tenido conocimiento en el procedimiento originario (art. 75 LDC).

g) *Plazo de prescripción*

La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones de las normas de competencia prescribirá a los cinco años. El computo del plazo comenzará en el momento el que hubiera cesado la infracción y el demandante tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de las siguientes circunstancias: 1) la conducta y el hecho de que constituya una infracción del Derecho de la competencia; 2) el perjuicio ocasionado, y 3) la identidad del infractor (art. 74.1 LDC).

El plazo se interrumpirá si una autoridad de competencia inicia una investigación o incoa un procedimiento sancionador o cuando se inicie un procedimiento de solución extrajudicial de controversias.

- Segunda. Se modifica la letra c del número 3 del artículo 64 para incluir entre los criterios para la determinación del importe de las sanciones, como circunstancia atenuante cualificada, el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución.
- Tercera. Se modifica el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, eliminando del concepto de cártel el carácter secreto del acuerdo para ponerlo en consonancia con la nueva definición realizada por la directiva, y se establece un nuevo apartado 3 en el que, siguiendo el modelo legislativo anglosajón, se recogen las definiciones de *acción de daños*, *programa de clemencia*, *declaración en el marco de un programa de clemencia*, *información preexistente*, *solicitud de transacción*, *sobrecoste*, *comprador directo* y *comprador indirecto*.

4. **Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**

Se introduce una nueva sección 1.^ª bis dentro del capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del libro II («De los procesos declarativos») en la que, para garantizar la efectividad del derecho a la compensación, se establecen unas normas sobre la exhibición de pruebas en poder de los demandados o terceros y sobre el acceso a las pruebas que obran en un expediente administrativo sancionador incoado por una autoridad de competencia.

a) *Exhibición de las pruebas*

Se reconoce la institución procesal del *discovery* al establecer que los órganos jurisdiccionales nacionales, a solicitud de un demandante que haya presentado una motivación razonada para justificar la viabilidad del ejercicio de una acción de daños, podrán ordenar que la parte demandada o un tercero exhiban las pruebas pertinentes que tengan en su poder (art. 283 bis. a LEC).

Esta solicitud podrá hacer referencia a los siguientes datos: la identidad y direcciones de los presuntos infractores, las prácticas anticompetitivas desarrolladas, la identificación y el volumen de los productos o servicios afectados, la identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de dichos productos o servicios, los precios aplicados en las diversas transmisiones de los productos o servicios y la identidad del grupo de los afectados.

El tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado, tomando en consideración los intereses legítimos de todas las partes y todos los terceros interesados.

b) *Reglas sobre confidencialidad*

El tribunal podrá ordenar la exhibición de pruebas que contengan información confidencial cuando lo considere pertinente (art. 283 bis.b LEC).

Cuando lo considere necesario, el tribunal podrá adoptar las siguientes medidas para preservar la confidencialidad: 1) disociar pasajes sensibles en otros documentos o soportes; 2) celebrar audiencias a puerta cerrada o con acceso restringido; 3) limitar las personas a las que se permite el examen de las pruebas; 4) encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en forma no confidencial; 5) redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en que se supriman datos o pasajes de carácter confidencial, y 6) limitar el acceso a las pruebas a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a la obligación de confidencialidad.

c) *Gastos y caución*

Los gastos que ocasione la práctica de las medidas del acceso a las fuentes de prueba serán a cargo del solicitante. La persona de quien se interese una prueba podrá pedir al tribunal que el solicitante preste caución suficiente para responder de los gastos y los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar. En ningún caso podrá exigirse una caución que impida el ejercicio del derecho a la exhibición de pruebas (art. 283 bis.c LEC).

d) *Procedimiento*

Las medidas de acceso a las fuentes de prueba podrán solicitarse antes de la incoación del proceso, en la demanda o durante la pendencia del proceso. Cuando las medidas se hubieren acordado antes de la incoación del proceso, el solicitante deberá presentar la demanda en los veinte días siguientes a la terminación de la práctica. De no hacerlo, el tribunal condenará en costas al solicitante y le hará responsable de los daños y perjuicios causados y, a petición de la parte perjudicada, podrá ordenar la devolución de las pruebas obtenidas y declarar que no puedan ser utilizadas en otro proceso (art. 283 bis.e LEC)

El procedimiento se iniciará con la solicitud por parte del interesado; seguidamente se dará traslado de aquélla a la persona a la que se le solicite la medida y se citará a todas las partes a una vista oral, que se celebrará dentro de los diez días siguientes. Terminada la vista, el tribunal decidirá, mediante auto, en el plazo de cinco días. Contra dicho auto podrá interponerse recurso de reposición con efectos suspensivos y, si se desestimare, cabrá recurso de apelación (art. 283 bis.f LEC).

e) *Exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia*

Con respecto al acceso a las pruebas que obran en un expediente administrativo, se establece que los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia (incluidas las informaciones preparadas por una persona para un procedimiento llevado a cabo ante una autoridad de competencia y las elaboradas por la autoridad de competencia que hayan sido remitidas a las partes en el curso de un procedimiento), con las siguientes limitaciones: a) que la autoridad de competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de cualquier otra forma; b) que no se trate de declaraciones hechas en el marco de un programa de clemencia, y c) que no se trate de una solicitud de transacción (art. 283 bis.i LEC).

Las pruebas obtenidas por una persona en este contexto sólo podrán ser utilizadas en el ejercicio de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia por dicha persona o por aquélla a la que haya cedido su derecho (art. 283 bis.j LEC)

f) *Sanciones por incumplimiento*

Los órganos jurisdiccionales nacionales, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera aplicarse por incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, en caso de incumplimiento de la orden de exhibición, infracción de la obligación de confidencialidad o destrucción de pruebas, podrán imponer a las partes, terceros y sus representantes

legales, a solicitud del perjudicado, alguna de las siguientes medidas: desestimar total o parcialmente la acción o las excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal; declarar al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y condenarle a su pago; condenar al infractor al pago de las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y del proceso principal cualquiera que fuese su resultado, o imponer una multa de seis mil a un millón de euros (art. 283 bis.k LEC).

5. Otras disposiciones

Finalmente, el real decreto ley incorpora las siguientes disposiciones sobre esta materia:

- Disposición adicional primera. *Ámbito de aplicación territorial de las modificaciones introducidas por los artículos tercero y cuarto del real decreto ley.*

Las disposiciones contenidas en los citados artículos serán de aplicación a los casos en que el ejercicio de las acciones de daños corresponda realizarlo en territorio español, con independencia de que la infracción del Derecho de la competencia hubiera sido declarada por la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional españoles o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

- Disposición adicional segunda. *Principios de efectividad y equivalencia.*

En materia de compensación de daños serán de aplicación los principios de efectividad y equivalencia. El principio de efectividad exige que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia. El principio de equivalencia exige la equiparación de las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños derivadas de las infracciones del Derecho europeo y del Derecho nacional de la competencia, de modo que las normas nacionales aplicables a las reclamaciones por infracciones de las normas europeas no sean menos favorables para los perjudicados que las que regulan las reclamaciones por infracciones de las normas nacionales.

- Disposición transitoria primera. *Régimen transitorio.*

Las previsiones recogidas en el artículo tercero del real decreto ley no se aplicarán con efecto retroactivo y las recogidas en su artículo cuarto serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.

6. Epílogo

Tanto la Ley 110/1963, de prácticas restrictivas de la competencia (art. 6) como la Ley 16/1989 (art. 13.2) establecían el derecho de los perjudicados a reclamar ante la jurisdicción civil una indemnización por los daños causados por una infracción de las normas de competencia, aunque condicionaban el ejercicio de la acción de responsabilidad a la existencia de una resolución condenatoria firme de la autoridad nacional de competencia. El Reglamento (CE) núm. 1/2003 y, posteriormente, la Ley 15/2007, de defensa de la Competencia, abrieron la vía del ejercicio directo de las acciones de daños por prácticas anticompetitivas ante los tribunales del orden jurisdiccional civil sin necesidad de esperar a un pronunciamiento previo de la autoridad de competencia.

Sin embargo, el ejercicio de estas acciones de daños resultaba complejo por la existencia de diversas cuestiones tales como la legitimación activa del comprador indirecto, la determinación de los daños que se debían resarcir, el acceso a los medios de prueba en poder del demandado o de terceros, el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción y la indeterminación de los efectos de las resoluciones de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, que obstaculizaban su efectividad. La nueva normativa resuelve las cuestiones relativas al pleno resarcimiento, la legitimación del comprador indirecto, la responsabilidad solidaria de los infractores, la determinación de los sobrecostes y su repercusión, el acceso a las fuentes de prueba, la posibilidad de la evaluación del daño por los tribunales, la ampliación del plazo para el ejercicio de la acción de daños y los efectos de las sentencias de los tribunales o las resoluciones autoridades nacionales de la competencia. No resuelve, en cambio, los problemas relacionados con el ejercicio de las acciones colectivas y los costes del procedimiento de reclamación, que se incrementan en caso de desestimación judicial de la pretensión.

En consecuencia, la nueva normativa facilitará el ejercicio de las acciones de daños a las empresas víctimas de una infracción de las normas de competencia, pero, en nuestro país, continuarán las dificultades para obtener el resarcimiento cuando los perjudicados sean los consumidores.