

¿Es una forma de *discovery trial* la nueva prueba de los artículos 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

Francisco A. Peña González

Socio director de la oficina de Lisboa de GA_P

1. Introducción

Todos conocemos una particularidad del proceso norteamericano que no ha tenido equivalente en los procesos de nuestra jurisdicción. Sabemos que ayuda y, en cierta medida, facilita la litigación compleja. Genera muchas horas de trabajo y da un mayor fondo de certeza al resultado de la litigación.

Es la institución de la *discovery trial practice*, entendida como «the pre-trial devices that can be used by one party to obtain facts, documents, information about the case from the other party in order to assist the party's preparation for trial» (*Blacks Law Dictionary*). Es cierto que este procedimiento presenta modalidades, matices muy importantes según las jurisdicciones y los casos, pero esencialmente consiste en lo antes dicho.

En nuestra jurisdicción civil tenemos las *diligencias preliminares* (arts. 256 y ss. LEC) y la *exhibición de documentos en poder de la parte contraria o de terceros* (arts. 328 y ss. LEC). Su alcance, en origen muy limitado, se ha ampliado de forma notable —mediante la interpretación extensiva de las diligencias legalmente previstas— en temas relacionados, principalmente, con la propiedad industrial e intelectual, la competencia desleal y la protección de consumidores y usuarios. Pero carecíamos de una modalidad de obtención de pruebas semejantes al llamado

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.

discovery. ¿Es la reforma de los artículos 283 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) una forma básica de *discovery*?

2. Antecedentes de la llamada acción de daños por infracción del derecho de la competencia

El Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen varias directivas de la Unión Europea, contiene una nueva regulación «de la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia», que traspone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre del 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Esta acción existía ya en nuestro derecho desde la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Su problema radicaba en la brevedad del plazo para su ejercicio: un año desde la firmeza de la resolución declarativa de una conducta infractora de la competencia que, además, planteaba problemas probatorios muy difíciles de superar con nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La situación no mejoró con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (art. 13.2). Por una parte, continuaba la exigencia del presupuesto de la declaración previa de la práctica anticompetitiva por las autoridades competentes y, por otra, su régimen sustantivo y procesal (de la acción de daños) era el previsto para la responsabilidad extracontractual (exigencia de la declaración del ilícito como requisito de procedibilidad y cómputo del plazo anual desde dicha declaración). El requisito de procedibilidad desapareció con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3. Pilares de esta acción de daños después de la Directiva 2014/104/UE y el RDL 9/2017¹

Podemos resumirlos como sigue:

1. Acceso a las fuentes de prueba: siempre que haya indicios de perjuicio, los jueces podrán ordenar motivadamente que el demandado o terceros exhiban los medios de prueba que estimen pertinentes (es una especie de *discovery* aunque con salvaguardas). Se trata de una exhibición probatoria limitada antes del juicio. El principio de proporcionalidad deberá aplicarse para acotar el alcance de la exhibición en lo necesario, atendidas las circunstancias.
2. El plazo de prescripción de la acción de daños pasa a ser de cinco (5) años.

El plazo de prescripción empezará a contarse, primero, desde que haya cesado la infracción y, segundo, desde que el actor haya podido razonablemente tener conocimiento de

¹ Resumen de los artículos divulgativos publicados por la revista *El Notario del Siglo XXI* de julio-agosto del 2017.

la infracción, del perjuicio y de la identidad del infractor. El plazo podrá interrumpirse si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia inicia un procedimiento relacionado con la infracción, o se inicia algún tipo de procedimiento de solución extrajudicial (véase art. 74 de la LDC).

3. Se impone la responsabilidad solidaria a los causantes del daño. Esta regla no alcanza a la pequeña y mediana empresa (pyme).

Según el artículo 71 de la Ley de Defensa de la Competencia, serán responsables de los daños causados la empresa infractora y su matriz (la empresa de control), que sólo se podrá eximir de la responsabilidad por infracciones de su filial si consigue demostrar que no determina «su comportamiento económico». Será una demostración muy compleja.

La responsabilidad *ad extra* es solidaria, pero internamente, *ad intra*, será mancomunada: la infractora condenada a indemnizar la totalidad podrá repetir contra el resto de las codemandadas en función de la «responsabilidad relativa» por el perjuicio causado.

Hay dos excepciones al principio de responsabilidad: las pymes y los beneficiarios de la exención del programa de clemencia. Ellos sólo responden: a) en el caso de la pyme, si es reincidente o ha sido instigador de la infracción, además de otros requisitos (no haber superado el 5 % de la cuota de mercado y que su exclusión afecte seriamente la viabilidad económica de la reclamación), y b) en el caso de los beneficiarios del programa de clemencia, cuando los actores no puedan obtener compensación del resto de los infractores (responsabilidad subsidiaria).

4. La directiva emplea una expresión muy inglesa al permitir el traslado del daño «aguas abajo» (*passing-on*) para evitar compensaciones de daños que excedan los perjuicios finalmente sufridos. Se establece la posibilidad de que el demandado invoque como defensa que el demandante de daños los haya repercutido en todo o en parte a terceros. Corresponde al demandado probar dicho traslado del sobreprecio a los clientes del actor.
5. El principio del pleno resarcimiento significa que la cuantificación del perjuicio comprenderá el daño emergente y el lucro cesante más el pago de los intereses. No habrá lugar para indemnizaciones punitivas. Para cuantificarlas se facilitará la prueba, estableciendo una presunción *iuris tantum* del daño cuando concorra un cártel. Esto supone en la práctica invertir la carga de la prueba. Se podrá así reclamar todo el daño soportado con el límite de la sobrecompensación (arts. 73 y 78 a 80 LDC).

El daño emergente será el sobreprecio en el caso del cártel y el lucro cesante será el negocio perdido por el sobreprecio soportado. El pleno resarcimiento debe limitarse al «sobrecoste» efectivamente soportado. Es el infractor, el demandado, quien debe demostrar que efectivamente se repercutió el sobreprecio a los compradores indirectos (es decir, a los compradores del actor). Para ello podrá acudir a las nuevas reglas probatorias de exhibición documental de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

6. Se fomenta la solución extrajudicial. Así se prevé la suspensión del plazo de prescripción de la acción o del proceso mismo para facilitar la negociación de un acuerdo resarcitorio.

4. La transposición

La transposición de la directiva por el Real Decreto Ley 9/2017 ha sido fiel en todos los aspectos, siendo pilares de la acción los antedichos. Comentamos seguidamente algunas decisiones tomadas en la transposición:

- 1) El ámbito del ejercicio de las acciones de daños alcanza a la reclamación de los daños causados por infracciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que no afectan al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea y que, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Se amplía la protección de los intereses privados afectados por prácticas colusorias y abusos de posición dominante circunscritos al mercado nacional.

No están incluidos los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público (art. 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

Seguramente habrá dificultades para cohesionar ambos regímenes; tendremos que estar a lo que nos vayan diciendo la jurisprudencia y la doctrina.

- 2) En el caso de acciones de daños formuladas después de un pronunciamiento administrativo o judicial firme (acciones *follow-on*), la constatación del ilícito anticompetitivo por una entidad o juez español se estima irrefutable (*iuris et de iure*); y sólo como principio de prueba (*iuris tantum*) si son resoluciones de otros Estados miembros.
- 3) Los aspectos procesales de la exhibición de pruebas son novedosos. Se establecen medidas de protección de la confidencialidad de las pruebas exhibidas; se regula el procedimiento para la solicitud de exhibición, la competencia para tramitarlo y las consecuencias ligadas a la obstrucción al acceso a las fuentes de prueba.

5. Breve resumen de las nuevas reglas de la prueba en esta acción de daños

El Real Decreto Ley 9/2017 ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo unos nuevos artículos 283 bis.a a 283k en el capítulo V «de la prueba: disposiciones generales». Aquí está la novedosa regulación del acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

- 1) *Exhibición de las pruebas.* El solicitante deberá presentar escrito razonado con hechos y pruebas disponibles que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de la acción de daños. Podrá hacerlo antes o durante el procedimiento. El juzgado podrá ordenar a la parte demandada o a un tercero que exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder; también podrá ordenarlo a la parte demandante, a petición del demandado. Este escrito deberá contener los datos específicos, que se detallan, en los apartados a a f del artículo 283 bis.a: identidad y dirección de los infractores, conductas y prácticas infractoras, volúmenes afectados, identidad y direcciones de los compradores directos o indirectos de los productos afectados, precios aplicados e identidad de los grupos afectados.

El tribunal podrá ordenar la exhibición de pruebas específicas acotándolas en cuanto sea posible, atendiendo a los hechos alegados. Podrá limitar proporcionalmente la exhibición de las pruebas tomando en consideración intereses legítimos de todas las partes y terceros interesados. Para ello tendrá en cuenta los hechos y pruebas que justifican la solicitud, el alcance y coste de la exhibición y si incluyen o no información confidencial, ordenando las medidas de protección correspondientes.

- 2) *Confidencialidad.* El tribunal podrá ordenar la exhibición de información confidencial pero adoptará las medidas necesarias para protegerlas en los términos del artículo 283 bis.b. Las medidas pueden consistir en celebrar audiencias a puerta cerrada, limitar el acceso de personas, entregar a peritos la elaboración de resúmenes, limitar el acceso de determinadas fuentes, disociar pasajes sensibles, etc. No es una enumeración exhaustiva.
- 3) *Gastos y caución.* El solicitante correrá con los gastos que ocasione la práctica de la prueba y también responderá de los daños que puedan resultar de una utilización indebida de dichas pruebas. La demandada podrá solicitar que el demandante preste caución suficiente para responder de los gastos y de los daños y el tribunal podrá rechazar o aceptar tal petición determinando su importe con el único límite de que no podrá exigir caución que impida el ejercicio de este derecho.
- 4) *Competencia.* Será competente el juzgado que esté conociendo o que sea competente para conocer de la demanda principal. No se admitirá declinatoria, pero el juzgado tendrá que abstenerse de conocer de oficio si carece de competencia.

- 5) *Momento de la solicitud.* Puede solicitarse antes o durante la pendencia del proceso. Si se solicitase antes, la demanda tendrá que presentarse en los veinte (20) días siguientes a la terminación de su práctica; caso de no hacerlo, el juzgado impondrá la condena en costas al solicitante y lo declarará responsable de los daños y perjuicios causados. Además, a instancia de parte, podrá acordar las medidas necesarias para la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados. El procedimiento es el del apartado siguiente.
- 6) *Procedimiento.* Se dará traslado de la solicitud a la entidad frente a la que se solicite la medida y frente a la que se pretenda ejercitar la demanda o la defensa y se citará a todas las partes a una vista oral. Con la solicitud de medidas se podrá pedir el aseguramiento de la prueba si procediere (arts. 297 y 298 LEC). Terminada la vista, el juez decidirá mediante un auto, que podrá ser recurrido en reposición con efectos suspensivos. Si se desestima, cabrá recurso de apelación si la exhibición hubiera sido solicitada con carácter previo al procedimiento principal. El apelante puede solicitar la suspensión, que resolverá mediante providencia sucintamente motivada por la Audiencia. Las costas siguen la regla general.
- 7) *Ejecución de la medida de acceso.* Si fuere acordada, la prestación de caución será previa a cualquier acto de cumplimiento. Si la medida consiste en el examen de documentos, el solicitante podrá acudir asesorado a su costa por un experto en la materia. Si fuera necesario, mediante auto, podrá acordar la entrada y el registro de domicilios y la ocupación de documentos.

Si el destinatario de una medida destruye u oculta las fuentes de prueba o imposibilita el acceso efectivo a las fuentes de prueba, el solicitante podrá pedir al tribunal que imponga alguna de estas medidas (todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad penal por desobediencia): que se declaren admitidos los hechos a que supuestamente se referían; que se tenga al demandado por tácitamente allanado; que se desestimen total o parcialmente excepciones o reconvenciones del sujeto afectado, o que se impongan multas por día de retraso, además de las costas.

Si las pruebas solicitadas forman parte de un expediente de la competencia, se estará a lo dispuesto por el artículo 283 bis.i.

- 8) *Límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente por este procedimiento.* En principio, tales pruebas sólo podrán ser utilizadas por el solicitante o su sucesor, incluida la persona que haya adquirido su reclamación. Es distinto el caso del uso de las declaraciones en programas de clemencia, solicitudes de transacción o expedientes de competencia (véanse arts. 283 bis.i y 283 bis.j).

- 9) *Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba.* Sin perjuicio de la posible responsabilidad penal por desobediencia, la parte perjudicada podrá solicitar que imponga alguna de las siguientes medidas: desestimación total o parcial de la acción o excepciones, la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados y la condena a su pago, y la condena a las costas. Si se aprecia incumplimiento no grave, podrá el juez imponer una multa en sustitución de las anteriores medidas. Antes de decidir, el juzgado oír a las partes.