

La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico

The Directive 2014/104/UE on Antitrust Damages Actions: A critical review

Vanessa Jiménez Serranía

Abogada

Doctoranda de la Universidad de Salamanca, España

vserrania@usal.es

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

Resumen

El 26 de noviembre de 2014 fue aprobada la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Directiva 2014/104/UE). Es indudable que, pese a no estar exenta de crítica, esta Directiva constituye un avance fundamental y

Abstract

In November 2014, the Directive on antitrust damages actions became law in the EU. This Directive constitutes, undoubtedly, a major step forward in strengthening private enforcement. Indeed, it attempts to facilitate antitrust damages claims and to ensure a full compensation for the victims. On the other hand, the implementation of this Directive will require significant adjustments in the legal systems of most of the member

Vanessa Jiménez Serranía
La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al
derecho de la competencia: un comentario crítico

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 3, diciembre 2015, 151-174
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca

necesario para el desarrollo y la protección de la aplicación privada del derecho de la competencia (*private enforcement*). El propósito de este artículo es ofrecer una visión global de las disposiciones de la Directiva 2014/104/UE, analizando los aspectos más problemáticos de la misma, los cambios que acarrea para los principales sistemas jurídicos europeos y su coherencia con el objetivo comunitario de equilibrio entre la acción pública (*public enforcement*) y la *private enforcement*.

Palabras clave: Derecho de la competencia; Acciones por daños; Acceso a las pruebas; Efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia; Responsabilidad conjunta y solidaria; Repercusión de sobrecostes; Cuantificación del perjuicio.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las disposiciones introducidas por la Directiva 2014/104/UE: 2.1. Ámbito subjetivo y material; 2.2. Derecho a la reparación integral y cuantificación del perjuicio; 2.3. Acceso a las pruebas; 2.4. Efecto de las resoluciones nacionales; 2.5. Plazos de prescripción; 2.6. Responsabilidad conjunta y solidaria; 2.7. Repercusión de sobrecostes; 2.8. Solución extrajudicial de controversias. 3. Análisis de los aspectos más problemáticos de la Directiva 2014/104/UE: 3.1. El acceso a las pruebas: considerando el balance entre acciones por daños y la protección de la clemencia y de la información confidencial; 3.2. El efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia: el efecto vinculante frente a la independencia del poder judicial; 3.3. La responsabilidad conjunta y solidaria: ¿statu quo o cambio real?; 3.4. La repercusión de sobrecostes: ¿éxito o fracaso?; 3.5. La cuantificación del perjuicio: los problemas en el cálculo de la compensación. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 2. New provisions introduced by Directive 2014/14/UE: 2.1. Subject-matter and scope; 2.2. Right to full compensation and quantification of harm; 2.3. Disclosure of evidence; 2.4. Effect of the national competition authorities decisions; 2.5. Limitation periods; 2.6. Joint and several liability; 2.7. Passing-on of overcharges; 2.8. Consensual dispute resolution. 3. Study of the most challenging aspects of the Directive 2014/104/UE: 3.1. Disclosure of evidence: striking the balance between damage actions and protection of leniency and confidential information; 3.2. Effect of the national competition authorities decisions: binding effect versus the independence of the judiciary; 3.3. Joint and several liability: statu quo or real change?; 3.4. Passing-on defense: windfall or pitfall?; 3.5. Damages calculation: difficulties in the quantity of compensation. 4. Conclusion. Bibliography.

states, including Spain. The purpose of this paper is to examine the main provisions of the Directive from a critical point of view. To that end, their compatibility with Spanish law will be assessed and their consistency with the necessary balance between public and private enforcements will be investigated.

Key words: *Competition Law; Damages claims; Private Enforcement; Compensation; Disclosure of evidence; Effect of the national competition authorities decisions; Joint and several liability; Passing-on defense; Damages calculation.*

1. INTRODUCCIÓN

La implementación del derecho de la competencia se sustenta en dos pilares interrelacionados pero claramente diferenciados: la acción pública (i. e. *public enforcement*) y la acción privada (i. e. *private enforcement*).

El *public enforcement* se fundamenta en la aplicación de las reglas de competencia por las autoridades estatales, teniendo como objetivos directos la detección, el examen y la sanción de las infracciones al derecho de la competencia realizadas por las empresas, buscando, al mismo tiempo, un efecto general de disuasión en la comisión de estas actividades ilícitas.

Por su parte, el *private enforcement* busca la reparación de los daños y perjuicios causados a las víctimas de estas infracciones. Se trata por tanto de la habilitación, para los particulares afectados (tanto empresas como consumidores), de la posibilidad de entablar acciones de daños y perjuicios orientadas al resarcimiento integral del perjuicio patrimonial sufrido derivado de una conducta anticompetitiva. Aunque esta acción tiene como objetivo fundamental la compensación por el daño sufrido, es indudable que posee un importante efecto colateral disuasorio.

Desde hace más de una década, y a la par que se desarrollaban numerosas acciones en el ámbito del *public enforcement*, tanto los tribunales europeos como la Comisión se han esforzado en desarrollar y potenciar lo que podríamos denominar una «cultura» del *private enforcement* del derecho europeo de la competencia¹.

Pese este reconocimiento temprano del derecho de las víctimas de las infracciones de las normas de competencia a una compensación por los daños y perjuicios sufridos, su virtualidad en la práctica era escasa. Desde la doctrina se afirmaba que el *private enforcement* se enfrentaba a «amplios e insalvables obstáculos y barreras tanto de carácter procesal como sustantivo»². Esta visión negativa fue confirmada en 2004, por el estudio llevado a cabo por la firma Ashurst³, por encargo de la Comisión.

Esta negativa evaluación del statu quo del *private enforcement* llevaba implícitas dos importantes críticas al sistema: en primer lugar, mostraba la existencia de un

1. SSTJUE del 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage and Crehan*; de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 to C-298/04, *Manfredi*; de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*; de 6 de noviembre de 2012, C-199/11, *Otis and Others*; de 6 de junio de 2013, C-536/11, *Donau Chemie*, y de 5 de junio de 2014, C-557/12, *Kone*.

2. «The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment». *Vid.* WELBROECK, D.; SLATER, D. y EVEN-SHOSHAN, G. 2004: «Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules». http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf. [21 de octubre de 2015].

3. ASHURST. 2004: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf. [21 de octubre de 2015].

importante defecto en el funcionamiento del sistema europeo de derecho de la competencia; y, en segundo lugar, suponía una incumplimiento del derecho fundamental de la protección judicial efectiva recogida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En aras de dotar de una solución a este problema la Comisión Europea inició en 2005 un proceso de fortalecimiento del *private enforcement*, con el objeto de dotarlo de una serie de medidas paliativas de sus principales defectos estructurales y prácticos.

En un primer momento, la Comisión identificó los principales obstáculos que impedían un correcto desarrollo del *private enforcement*⁴ en el Libro Verde de 2005 sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (*Libro Verde*). Posteriormente, en 2008, presentó una serie de sugerencias sobre la manera de eliminar estos obstáculos y asegurar la eficacia en la aplicación del *private enforcement* por los diferentes países miembros en su Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia⁵ (*Libro Blanco*).

Junto a estos textos elaborados por la Comisión, merece una reseña especial la consulta pública sobre el Libro Blanco, donde quedaron plasmadas las diversas preocupaciones de los principales grupos interesados (i. e. demandantes potenciales, consumidores, PYMES y asociaciones de empresarios). Las opiniones emitidas confirmaron las líneas de actuación marcadas por la Comisión: la necesidad de una simplificación del acceso a las pruebas de la infracción; la urgencia de una mayor claridad y uniformidad en la aplicación por los diferentes Estados miembros de repercusión de sobrecostos (*passing on*); la uniformidad y la claridad en la determinación de los periodos de limitación y en los métodos de cálculo de los daños; así como la pertinencia de la creación de acciones de grupo. Esto, sin olvidar, como fue apuntado desde el sector empresarial, la exigencia del respeto a ciertos límites, especialmente, el de no injerencia con ciertas medidas de *public enforcement* (fundamentalmente la clemencia) y el de control de la pertinencia de las acciones, ya que una litigiosidad excesiva iría en detrimento de la eficacia en la tramitación de las acciones privadas⁶.

4. Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

5. Libro Blanco de Comisión de las Comunidades Europeas sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

6. Como aparece reflejado en el Estudio de Impacto sobre la Proposición de Directiva, las principales críticas procedían de los demandantes potenciales y/o las PYMES. Para estos demandantes potenciales el principal obstáculo era el acceso a las pruebas necesarias para poder ejercer la acción. De hecho es una cuestión recurrente en todo este tipo de procesos, tanto en acciones independientes de una decisión de una autoridad nacional o comunitaria de la competencia (*stand alone*) como aquellas subsecuentes a una decisión (*follow on*), puesto que un número importante de evidencias factuales y económicas son necesarias y estas se

Si bien es cierto que se barajaron varias políticas de acción, finalmente se optó por una medida vinculante a nivel comunitario (i. e. una directiva)⁷, sobre todo debido a la importante diversidad existente entre las diferentes jurisdicciones de los países miembros⁸.

Es por esto que el 26 de noviembre de 2015 vio la luz, después de haber sufrido importantes modificaciones y un largo iter legislativo⁹, el texto definitivo de la Directiva

encuentran, frecuentemente, en manos de las empresas demandadas. Esta carga de la prueba puede hacerse aún más pesada si es necesario que las víctimas demuestren las infracciones que ya han sido condenadas por una autoridad de competencia. Además de la cuestión de la prueba, quedó plasmada como crítica fundamental la ausencia de claridad y de uniformidad en tres aspectos fundamentales: la aplicación de la defensa en base a la repercusión de sobrecostos (*passing on defense*), la determinación de los periodos de limitación y el método de cálculo de los daños. Junto a estos defectos del sistema de las acciones privadas individuales otras dos cuestiones fueron apuntadas en orden a conseguir un desarrollo integral y armónico del *private enforcement*. Por un lado, parecía evidente la necesidad de dar cabida al ejercicio de las acciones de grupo en todos los sistemas jurídicos de la EU, ya que de esta manera se permitiría que tanto los consumidores como PYMES víctimas de las violaciones del derecho de la competencia tuvieran acceso a las acciones sin verse perjudicados por los costes del proceso. (*Vid.* Impact Assessment Report *Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, de 11 de junio de 2013, SWD [2013] 203 final).

7. *Vid.* Executive Summary of the Impact Assessment Report *Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, de 11 de junio de 2013, SWD (2013) 204 final, 5-7.

8. Esta diversidad en la aprehensión y regulación del *private enforcement* impulsaba una especie de *forum shopping* a nivel europeo. Así países como Reino Unido, Alemania, los Países Bajos eran considerados como especialmente atractivos debido a la amplia protección otorgada a las víctimas.

9. El 2 de diciembre de 2013, el Consejo adoptó su opinión general sobre la proposición de Directiva de la Comisión, dando al presidente del Consejo el mandato de iniciar las negociaciones con el Parlamento Europeo y la Comisión. El 27 de enero de 2014, el Comité ECON del Parlamento Europeo hizo público su Informe sobre la proposición de Directiva y dio mandato al Rapporteur para iniciar las negociaciones tripartitas con el Consejo y la Comisión. Durante febrero y marzo de 2014 tuvieron lugar tres encuentros tripartitos y varios encuentros para discutir los puntos técnicos. El acuerdo definitivo sobre la versión final del texto fue alcanzado el 20 de marzo de 2014. El 26 de marzo de 2014, COREPER refrendó este acuerdo. El 17 de abril de 2014, el Parlamento aprobó el texto de la Directiva. La Directiva 2014/104/UE fue formalmente ratificada el 26 de noviembre de 2014 y publicada en el Diario Oficial de la UE el 5 de diciembre de 2014. (*Vid.* http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html).

2014/104/UE¹⁰. Esta Directiva 2014/104/UE pretende incentivar la retirada de, si no todas, al menos la mayoría de las dificultades prácticas que hemos enunciado.

En primer lugar, la Directiva 2014/104/UE va a admitir un acceso bastante amplio a las pruebas cuando sea considerado necesario para que las víctimas puedan fundamentar su derecho a compensación. Por otro lado, va a otorgar a las decisiones de las autoridades nacionales un efecto vinculante respecto a los tribunales nacionales y un efecto de evidencia *prima facie* respecto a los tribunales de otros países miembros. Además, va a reconocer la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores, la defensa en base a la repercusión de sobrecostes (*passing on*) así como la simplificación de los cálculos del perjuicio sufrido por las víctimas.

Este texto definitivo de la Directiva 2014/104/UE ha suscitado un número importante de reacciones ya que afecta de manera substancial a todos los sistemas jurídicos incluso aquellos que tenían una tradición jurídica más sólida de acciones privadas por infracciones al derecho de la competencia.

El objetivo de este trabajo es, en primer lugar, dar una visión de conjunto de la Directiva 2014/104/UE para, posteriormente, abordar de una manera crítica las novedades más controvertidas que plantea, señalando el impacto concreto de la misma en los diferentes sistemas jurídicos europeos.

2. LAS DISPOSICIONES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2014/104/UE

2.1. *Ámbito subjetivo y material*

La Directiva 2014/104/UE cubre las demandas en reparación de cualquier víctima de una infracción del derecho de la competencia, sin importar que sea una persona física o jurídica, o un profesional, un consumidor o una administración pública, y con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora. Estas acciones pueden ejercerse de manera subsecuente (*follow on*) o independiente (*stand alone*) a una decisión que emane de una autoridad nacional de competencia condenando una infracción.

Por otro lado, el espectro de potenciales demandados es, correlativamente, extenso. Según el apartado 2 del artículo 2 se consideran infractores «tanto a la empresa como a la asociación de empresas que hayan cometido una infracción [...]». Desde la

10. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 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 (DO L 349, de 5 de diciembre de 2014).

doctrina ha sido apuntado que parece deducirse de esta definición que el legislador europeo pretende integrar o transponer la noción de empresa existente en el *public enforcement* europeo (i. e. la empresa como unidad económica, en la que las sociedades matrices son responsables de los actos de sus filiales) al *private enforcement*.

Respecto al ámbito material de la Directiva 2014/104/UE, el apartado 1 del artículo 2 recoge como posibles infracciones «todas aquellas recogidas en los artículos 101 y 102 del TFUE o del derecho nacional en materia de competencia». Como vemos la *ratione materiae* es muy amplia, aunque, de la propia configuración de la Directiva 2014/104/UE y de la realidad de la práctica jurídica, se puede deducir que estas acciones están fundamentalmente orientadas para el caso de las infracciones que caen en el ámbito del artículo 101 TFUE, especialmente, en el caso de los considerados *hard core cartels*¹¹. Ciertas razones han sido aducidas respecto a este extremo, destacando el hecho de que existe un incremento de las resoluciones por terminación convencional en los casos de abuso de posición dominante, que impedirían el ejercicio de las acciones en *follow on*. No obstante, ya existe el caso en la jurisprudencia de ciertos Estados miembros de la condena en una acción privada por daños y perjuicios a empresas que habían obtenido una terminación convencional, habiendo sido considerado por el juez el expediente llevado a cabo por la autoridad nacional de la competencia¹².

2.2. Derecho a la reparación integral y cuantificación del perjuicio

La Directiva 2014/104/UE recoge en su artículo 3 el criterio que se reconoció por la jurisprudencia del TJCE en 2001 en el caso *Courage*¹³, es decir, toda persona física o jurídica que haya sufrido un daño deberá encontrarse en la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción. Esta indemnización comprende, por tanto, el daño emergente, el lucro cesante y el pago de los intereses. El legislador europeo, quizá en un intento de evitar posibles derivaciones a un *private enforcement* al estilo americano, excluye firmemente todo daño o interés extracompensatorio.

El problema fundamental va a ser, por tanto, la determinación adecuada de la cuantía correspondiente a estos daños y perjuicios en ese escenario hipotético de

11. Vid. DUHNE, N. 2014: «The Role of Private Enforcement within EU Competition Law». *University of Cambridge Faculty of Law*, Research Paper 2014, n.º 36: 6.

12. Como ejemplos encontramos las sentencias del Tribunal de Comercio de París de 27 de diciembre de 2012, *Google/Navx* y de 30 de marzo de 2015, *Eco Emballage y Valorplast*. (A mayor abundamiento, ver <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/francia-reparacion-de-los-danos-por-infracciones-al-derecho-de-la-competencia-basandose-en-una-resolucion-de-terminacion-convencional/>).

13. STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage and Crehan*.

contraste, también denominado escenario contrafactual¹⁴. Los daños son tradicionalmente concedidos para compensar a una víctima por la pérdida económica sufrida a causa de un incremento en el precio resultante de una violación del derecho de la competencia.

Sin embargo, la extensión del daño como resultado de una infracción del derecho de la competencia necesita ser probada en orden a obtener daños. La cuantificación del daño en derecho de la competencia requiere la aplicación de complejos modelos económicos. Es frecuentemente muy costoso, y los demandantes tienen dificultades al intentar obtener los datos necesarios para fundamentar sus demandas. La cuantificación del daño en los casos de derecho de la competencia puede, por lo tanto, constituir una barrera substancial en la prevención de demandas por compensación.

El texto de la Directiva 2014/104/UE se hace eco de estas preocupaciones y establece en su artículo 17 la obligación para los Estados miembros de velar por que «ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios».

Por otro lado, en previsión de casos donde la cuantificación de los daños y perjuicios resultara de una dificultad extrema para la víctima, la Directiva 2014/104/UE conmina a los Estados miembros a asegurar tanto que los tribunales nacionales tendrán atribuida la potestad de estimar el montante como que serán capaces por sí mismos de estimar el importe de dichos daños y perjuicios¹⁵.

Para facilitar esta cuantificación del daño por parte de los tribunales, la Directiva 2014/104/UE establece, en primer lugar, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para las víctimas en los casos de la existencia de un cártel¹⁶. La razón para el reconocimiento de esta presunción revocable es el carácter secreto de los cárteles, que provoca una asimetría en la información, con la consecuente dificultad en la obtención de pruebas del perjuicio que sufren las víctimas.

Por otro lado, la Directiva 2014/104/UE reconoce el papel de las Autoridades de la Competencia Nacionales como *amicus curiae* a la hora de ofrecer una orientación sobre la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios¹⁷.

14. Vid. DE CONNICK, R. 2010: «Estimating private antitrust damages». *Concurrences*, 2010, 1: 39-43.

15. Vid. artículo 17.3 de la Directiva 2014/104/UE.

16. Artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE. Como recuerda la Directiva 2014/104/UE, en su Considerando 47, «dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel».

17. Vid. Considerando 46 de la Directiva 2014/104/UE.

Por último, desde la Comisión se han intentado ofrecer ciertas pautas o métodos no vinculantes para facilitar la cuantificación de los daños¹⁸.

2.3. Acceso a las pruebas

Como hemos visto en introducción, la obtención de pruebas es uno de los principales problemas que se plantean a la hora de emprender una acción privada contra una infracción de derecho de la competencia.

Esta ausencia de medios legales permitiendo el acceso a las pruebas era considerada uno de los mayores desincentivos de las acciones por daños. Por otro lado, esta asimetría de la información entre las empresas infractoras y los demandantes no encontraba ningún tipo de compensación o de mitigación en la mayoría de las leyes nacionales de la Unión Europea.

Con objeto de solucionar este problema, la Directiva 2014/104/UE otorga a los tribunales nacionales el poder de permitir el acceso no solamente a una o varias pruebas específicas, sino a categorías de pruebas a petición de la parte interesada¹⁹. Obviamente, esta divulgación debe ser realizada bajo un estricto control jurisdiccional, especialmente respecto a la necesidad y la proporcionalidad de la misma²⁰.

18. Así en la Guía práctica que acompaña la 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 (2013/C 167/07), se expone una serie de métodos y técnicas que se han desarrollado en la economía y la práctica jurídica para establecer un escenario de referencia adecuado y estimar el valor de la variable económica de estudio. Una vez estimado el valor de la variable económica pertinente (tales como el precio, los márgenes de beneficios o el volumen de ventas) en el escenario sin infracción hipotético, es necesario compararla con las circunstancias reales, así como calcular los intereses.

19. Artículo 5.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado».

20. Artículo 5.3 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados».

Como parece evidente, este acceso a las pruebas no debe ir en contra de la efectividad de ciertas medidas concernientes al *public enforcement*. Es por esto que, en su artículo 6, la Directiva 2014/104/UE establece una especie de «lista negra» de documentos sobre los que los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar su exhibición a una parte o a un tercero. Estos documentos son esencialmente las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, así como las solicitudes de transacción.

Sin embargo, una vez que una autoridad de la competencia ha cerrado una investigación o ha tomado una decisión final, los tribunales nacionales están capacitados para permitir el acceso a todos los documentos generados por las partes vinculados a necesidades específicas al procedimiento o por la propia autoridad en el curso del mismo. Entre estos documentos se encontrarían los pliegos de cargos y las respuestas a las demandas de información²¹.

Además de la cuestión de la clemencia, hay otro aspecto importante: la divulgación de información confidencial. La Directiva 2014/104/UE viene a reconocer que cuando un material de prueba relevante contiene secretos empresariales u otro tipo de información confidencial debiera estar a disposición de las acciones por daños y perjuicios, tal información confidencial necesita ser protegida de una manera apropiada²².

Debido a este mandato y con objeto de conseguir dicha protección, los tribunales nacionales deberían tener a su disposición una categoría de medidas para prevenir que la información estrictamente confidencial fuera hecha pública durante los procedimientos.

2.4. Efecto de las resoluciones nacionales

La Directiva 2014/104/UE extiende el efecto vinculante de las decisiones finales de condena, garantizado a la Comisión por el artículo 16(1) del Reglamento 1/2003²³, a las

21. Artículo 6.9 de la Directiva 2014/104/UE: «En las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en el presente artículo, sin perjuicio del presente artículo».

22. *Vid.* Considerando 18 de la Directiva 2014/104/UE.

23. Artículo 16.1 del Reglamento (EC) n.º 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L1/1, de 4 de enero de 2003): «Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que haya incoado. [...]».

decisiones tomadas por las autoridades nacionales de la competencia y los órganos jurisdiccionales competentes.

Según el texto, esta constatación de la infracción se considerará irrefutablemente establecida en las acciones por daños emprendidas en el mismo Estado donde la decisión fuera originada²⁴.

No obstante, la Directiva 2014/104/UE establece un efecto restrictivo del efecto vinculante de las decisiones. Una decisión final tomada en otro Estado miembro por una autoridad de competencia o de un órgano jurisdiccional puede ser presentada como prueba *prima facie* de una infracción al derecho de la competencia²⁵.

2.5. Plazos de prescripción

La Directiva 2014/104/UE viene a poner fin a las dudas existentes sobre el inicio y la duración de los plazos de prescripción de las acciones privadas.

En primer lugar, respecto al momento inicial en el que los plazos empezarán a correr, la Directiva 2014/104/UE establece que éstos no comenzarán antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento de una serie de elementos fundamentales para ejercitar la acción, como son: (i) que la conducta en cuestión sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; (ii) que la infracción del derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y, por último, (iii) la identidad del infractor²⁶.

Respecto al plazo para el ejercicio, se establece un mínimo de 5 años²⁷, pudiendo ser suspendido o interrumpido en el caso de que una autoridad de la competencia

24. Artículo 9.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia».

25. El texto final se aleja de la propuesta inicial de la Comisión (ver Debate del Consejo de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2013, 02013/0185[COD]). La proposición inicial, inspirada en el ejemplo del derecho alemán (Sección 33(4) del Código de derecho de la competencia), planteaba un efecto vinculante de cualquier decisión final de una autoridad nacional de competencia de cualquier Estado miembro en cualquier acción de daños y perjuicios de cualquier Estado miembro. (Vid. Sección 2.3 del Libro Blanco). Vid. WILS, W. P. J. 2009: «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages». *World Competition*, 2009, 32, 1: 19-21, y KOMNINOS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3: 9.

26. Vid. artículo 10.1 de la Directiva 2014/104/UE.

27. Vid. artículo 10.3 de la Directiva 2014/104/UE.

actúe a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. Esta suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma²⁸.

2.6. Responsabilidad conjunta y solidaria

La Directiva 2014/104/UE introduce el concepto de responsabilidad solidaria en las acciones de daños a nivel europeo. En efecto, la Directiva 2014/104/UE prevé, como regla general, que una persona que ha sufrido un daño como resultado de una infracción de derecho de la competencia debería ser capaz de reclamar una compensación por la integridad del daño de cualquiera de los co-infractores²⁹.

No obstante, hay una excepción a la regla general para las PYMES. En el caso de que una completa compensación del daño pudiera perjudicar su viabilidad económica, las PYMES serán solamente responsables por sus propios compradores directos o indirectos.

La Directiva 2014/104/UE también se esfuerza por inclinar la balanza en favor de los beneficiarios de la inmunidad limitando su responsabilidad al daño causado en sus propias cadenas de suministro, por ejemplo, la cuantía de daño causado a sus clientes directos o indirectos o, en el caso de un cártel de compra, en el caso de sus proveedores directos o indirectos.

Esta provisión significa que un beneficiario de la inmunidad no deberá ser condenado a contribuir en ninguna cantidad excediendo al daño causado a sus propios clientes o proveedores, a menos que los demandantes sean incapaces de obtener una compensación completa de los otros infractores.

Introduciendo esta reserva, la Comisión espera mantener la atracción de los programas de clemencia, mientras que mantiene el derecho de las víctimas a la compensación completa.

2.7. Repercusión de sobrecostes

La determinación de los daños y perjuicios implica dos importantes cuestiones: quién está legitimado a plantear una acción por daños y perjuicios y cuál es la medida adecuada de los daños.

28. Vid. artículo 10.4. de la Directiva 2014/104/UE.

29. Vid. artículo 11 de la Directiva 2014/104/UE.

Según la Directiva 2014/104/UE, todo el que ha sufrido una pérdida tiene derecho a reclamar daños compensatorios, tanto en el caso de un cliente directo como indirecto³⁰. No obstante, para asegurar que sólo los compradores que han sufrido efectivamente un daño emprendan una acción, la Directiva 2014/104/UE recoge una regla: la defensa en base a la repercusión de sobrecostes, más comúnmente conocida con el nombre de defensa *passing-on*³¹.

Según la defensa *passing-on* cualquier beneficio que una empresa intermediaria ha obtenido elevando sus propios precios puede ser deducido de los daños y perjuicios que esta empresa exige como víctima³².

De todas maneras, es el infractor, al menos en lo que se refiere a la defensa *passing-on*, quien soporta la carga de la prueba. Sin embargo, «esta carga de la prueba no debería afectar a la posibilidad del infractor de utilizar las pruebas diferentes de aquellas que se encuentran en su posesión, tales como las pruebas que han sido adquiridas durante el procedimiento ante la autoridad de la competencia o las pruebas que se encuentran en manos de las otras partes del proceso o de terceras personas»³³.

Además, cuando una acción por daños es intentada por un comprador indirecto, la Directiva 2014/104/UE introduce una presunción revocable de que la sobrecarga había sido transferida, con objeto de evitar a los compradores indirectos una importante carga de la prueba³⁴.

30. Artículo 12.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Para garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno establecido en el artículo 3, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a las disposiciones previstas en el presente capítulo, el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, y se eviten indemnizaciones muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante por la infracción del Derecho de la competencia, así como la falta de responsabilidad del infractor».

31. Artículo 13 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros».

32. Vid. HELLWING, M. 2007: «Private damage claims and the passing on defence in horizontal price-fixing cases: an economist's perspective». En *Private Enforcement of EC Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 122 y OXERA. 2014: «Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions». <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Passing-game-the-ongoing-debate-about-pass-on-in-d.aspx> (21 de octubre 2015).

33. Vid. Considerando 39 de la Directiva 2014/104/UE.

34. Artículo 14.2 de la Directiva 2014/104/UE: «[...] 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

2.8. Solución extrajudicial de controversias

La Directiva 2014/104/UE refleja de una manera clara la intención de la Comisión de intentar encontrar vías alternativas a la judicial para la resolución de las acciones de daños. Pretende animar tanto a los infractores como a las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación³⁵.

En aras de incentivar este tipo de soluciones la Directiva 2014/104/UE reconoce la suspensión de los plazos de prescripción, así como la suspensión de todo procedimiento ante un órgano jurisdiccional mientras se celebre la solución extrajudicial de controversias³⁶.

Pese al optimismo con el que se tratan este tipo de soluciones, la Directiva establece una reserva, por otro lado lógica: el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus co-infractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial.

3. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE

3.1. *El acceso a las pruebas: considerando el balance entre acciones por daños y la protección de la clemencia y de la información confidencial*

La necesidad vital de la existencia de pruebas para acompañar una acción por daños es clara. En la búsqueda de información, las decisiones de las autoridades de competencia son un elemento fundamental respecto a los demandantes. Más aún, el ímpetu de la Directiva 2014/104/UE hacia un acceso más libre a las evidencias puede colisionar con tres objetivos igualmente importantes: el éxito de los programas de

directo del demandado, y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran».

35. *Vid.* Considerando 48 de la Directiva 2014/104/UE.

36. *Vid.* Considerando 48 de la Directiva 2014/104/UE.

clemencia, la protección de los secretos de comercio y del resto de información confidencial, así como la protección de los datos personales³⁷.

Dejando de lado la protección de datos personales, la clemencia y la protección del secreto de comercio son dos de los más importantes obstáculos para obtener pruebas tanto de las otras partes como de las autoridades nacionales.

En primer lugar, la clemencia ha estado en el ojo del huracán desde la sentencia *Pfleiderer*³⁸. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció que el acceso a los documentos relacionados con la clemencia no estaba prohibido por el derecho europeo. Sin embargo, el TJUE dejaba al arbitrio de los tribunales nacionales sopesar el equilibrio entre las leyes nacionales y los intereses protegidos por la política de la UE. Las aplicaciones nacionales de esta sentencia fueron diversas³⁹.

La Directiva 2014/104/UE intenta solucionar este problema garantizando una absoluta protección a las declaraciones corporativas de las empresas a las que la clemencia es concedida así como en los casos de terminación convencional.

Sin embargo, esta solución parece estar en desacuerdo con las conclusiones de la sentencia del TJUE, *Donau Chemie*⁴⁰, la cual evocaba una evaluación caso por caso. Ha sido indicado que esta provisión de la Directiva 2014/104/UE podría deberse a una falta de confianza en una aplicación balanceada de los casos *Pfleiderer* et *Donau Chemie* por parte de los jueces de los países miembros⁴¹.

Otra de las razones aducidas, más plausible, consiste en considerar que se ha intentado proteger la clemencia frente al efecto negativo que podría tener sobre la misma un acceso extensivo a las evidencias.

37. Vid. ITALIANER, A. 2014: «Striking the balance: Private damages and access to confidential information». *Concurrences*, 2014, 4: 24.

38. STJUE de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*. Para un análisis del caso, ver ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 76-80 y EZRACHI, A. 2014: *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing, 532.

39. Sobre la diferente aprehensión del tema en las distintas jurisdicciones europeas ver: JÜRIMÄE, K. 2012: «The Interaction between EU Transparency Policy and the Enforcement of EU Competition Law: Who Should Strike the Balance and How Should it be Struck?». En *European Competition Law Annual 2012*. Oxford: Hart Publishing, 383; LIPMAN, M. 2012: «German Court Preserves Cover For Cartel Cos. Seeking Leniency». *Law360*, 2012; AMARO, R. 2014: *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*. Paris: Bruylant, 365; y KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: «Private enforcement: which reforms?». *@LERT LIDC Newsletter*, 2014, 1: 4.

40. STJUE de 6 de junio de 2013, C-536/11, *Donau Chemie*. A mayor abundamiento ver ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *op. cit.*, 78-80.

41. Vid. KARPETAS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3: 10.

En todo caso, las previsiones del artículo 5 suponen una revolución en la mayoría de los ordenamientos europeos, entre ellos España. Como ha sido señalado por Assimakis Komninis: «Supone una regla general de acceso a las pruebas [...] es una revolución en el sentido de que, en primer lugar, permite la divulgación respecto a las categorías de pruebas, y esto es algo que no existía anteriormente [...] se trata de un elemento importante de aquí en adelante»⁴².

De hecho, estas reglas alterarían de una manera profunda el sistema español de divulgación de pruebas en las acciones por daños y perjuicios. Los demandantes españoles tendrían el derecho a reclamar la puesta a su disposición de toda una categoría de documentos y no de un documento en concreto como en el momento actual⁴³. No obstante, esta revolución puede ser mitigada por un control judicial. La divulgación de pruebas demandada por una de las partes en conflicto o por una tercera parte solo podrá ser ordenada por un juez y se encontrará sujeta a un control judicial activo y estricto sobre su necesidad, ámbito y proporcionalidad⁴⁴.

Otro punto a tener en cuenta es la interacción entre las acciones por daños y las resoluciones de terminación convencional acordadas por las autoridades de la competencia nacionales. Dos son los puntos de colisión principales⁴⁵. Por un lado, las resoluciones de este tipo no condicionan la calificación de las prácticas y la posibilidad de intentar una acción en daños por infracción al derecho de la competencia. De hecho, ya se ha dado, en alguna jurisdicción europea, el caso de una acción *follow on* a una resolución por terminación convencional⁴⁶. Si bien en este tipo de situaciones es obvio que la autoridad nacional correspondiente no podrá ser solicitada por el juez como *amicus curiae*, ya que implicaría ir en contra del principio de la terminación convencional, es decir, una no calificación de las prácticas, no lo es tanto el hecho del acceso al dossier de la autoridad. Siguiendo las pautas establecidas por la Directiva 2014/104/UE si los documentos no entran en la lista negra del artículo 6.6, podrían ser solicitados, al menos potencialmente, por el juez, con el consiguiente efecto negativo respecto a la atracción de estas acciones.

42. «It is the general provision on access to evidence. [...], it is still a revolution in the sense that, first of all, it opens disclosure also with regard to categories of evidence, and this is something that we did not have before. [...], this represents a very important element going forward». *Vid.* KOMNINOS, A. 2014: *op. cit.*, 11.

43. *Vid.* BROKELMANN, H. 2014: «Spain». *The Private Competition Enforcement Review*, 2014: 335.

44. *Vid.* SUDEROW, J. y RUBIANO, P. 2014: «Current framework for Private Enforcement of Competition Law in Spain: Do we need the proposed directive?». *@LERT LIDC Newsletter*, 2014, 1: 35

45. *Vid.* LASSERRE, B. 2015: «Commitment decisions: Tool of choice or poison for antitrust enforcement?». *Concurrences*, 2015, 3: 10.

46. Ver nota 12.

3.2. El efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia: el efecto vinculante frente a la independencia del poder judicial

La Directiva 2014/104/UE introduce un efecto vinculante inspirado en el sistema del Reino Unido, más restringido que el sistema propuesto por el Libro Blanco, pero substancialmente diferente del marco legal prevaleciente en la mayoría de los países europeos, especialmente en España⁴⁷.

Cierto es que en 2013 el Tribunal Supremo ha iniciado la senda hacia este reconocimiento otorgando un cierto valor a las decisiones administrativas en su sentencia de 7 de noviembre, en el caso del cártel del azúcar⁴⁸.

No obstante y pese a que en esta sentencia el Tribunal Supremo reconocía ciertos aspectos de la decisión de la CNC de 15 de abril de 1999⁴⁹, el criterio jurisprudencial español está aún lejos de otros, como el británico, donde se reconoce un efecto vinculante a las decisiones emanadas de una autoridad nacional de competencia⁵⁰.

Es indudable que esta previsión de la Directiva 2014/104/UE va a acarrear importantes cambios legislativos en el panorama español y, muy probablemente, es, junto con la integración de la nueva configuración del acceso a las pruebas, uno de los puntos que van ocasionar más conflictos a la hora de la aplicación.

3.3. La responsabilidad conjunta y solidaria: ¿statu quo o cambio real?

El artículo 11 no debería tener un significativo impacto en el conjunto de cantidad de acciones intentadas en el conjunto de la Unión Europea, ya que el principio de responsabilidad solidaria existe en varias de las jurisdicciones de la UE.

Sin embargo, esta medida tiene dos importantes consecuencias. En primer lugar, incrementará las opciones de un demandante para dirigirse a un determinado defensor (económicamente fuerte) sea cual sea su país de domiciliación, siempre y cuando sea un país de la UE. En segundo lugar, esto aumentará las posibilidades del demandante de recobrar los daños por el daño completo sufrido por parte del demandante.

47. Artículo 117.1 de la Constitución española.

48. STS n.º 5819/2013, de 7 de noviembre de 2013, *Nestlé et al. v. Ebro Foods*.

49. Para un análisis completo sobre este caso, ver MARCOS, F. 2014: «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel». *Working Paper IE Law School*, 2014.

50. Vid. JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: «Follow-On Actions: Is Spain a New El Dorado?». *International Antitrust Bulletin*, 2014, 2: 28-29.

En España, el Tribunal Supremo ha considerado que las demandas de daños basadas en las violaciones de derechos de la competencia son consideradas acciones de daños sobre las cuales se aplican las limitaciones que existen sobre estas acciones⁵¹.

Si bien el Código Civil no incluye ninguna provisión sobre cuándo o si la responsabilidad extracontractual debe ser considerada como solidaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la responsabilidad conjunta es el resultado de la conducta de una pluralidad de ofensores y cuando no es posible para el demandante *ab initio* el grado de responsabilidad de un infractor particular.

Tomando en consideración esta ausencia de las reglas concernidas y del hecho de que los beneficiarios de las provisiones del artículo 11 de la Directiva 2014/104/UE suponen un profundo cambio en las reglas de derecho civil españolas así como del derecho de la competencia.

3.4. La repercusión de sobrecostes: ¿éxito o fracaso?

La defensa *passing-on* es invocada con frecuencia en las acciones contra los cárteles en Europa, de una manera coherente con la tradición legal europea donde los daños son compensatorios en naturaleza y la limitación de la pérdida actual y la pérdida de los beneficios. A pesar de que la Directiva 2014/104/UE reconoce la importancia de esta «herramienta» utilizada como defensa, este punto de vista es universalmente adoptado, por ejemplo, el sistema legal estadounidense general no admite la defensa *passing-on* en las acciones de daños⁵². Por lo tanto, sigue existiendo un gran debate a nivel doctrinal y práctico sobre cómo se aplica la defensa *passing-on* y cómo se cuantifica la misma.

En la Unión Europea, la defensa *passing-on* fue introducida en el derecho de la competencia europea por primera vez en el Libro Verde. Este último subrayaba que la base principal de la existencia de la defensa *passing-on* es la prevención de un enriquecimiento injusto del demandante.

Sin embargo, el Libro verde señala que la transmisión de una sobrecarga no implica necesariamente un enriquecimiento injusto del demandante (el comprador indirecto) siempre que pueda resultar de un aumento de precios por el demandante para una venta concreta. Además, una presunción de que el *passing-on* implica un

51. Como afirma el Fundamento de Derecho 12 de la STS n.º 344/2012, de 8 junio de 2012: «a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual– a las que los anglosajones se refieren como “the law of contract” y “the law of torts”– hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda». Sobre esta cuestión ver, también, MARCOS, F. 2013: «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)». *GCLR*, 2013, 4: 167-208.

52. *Vid.* HELLWING, M. 2007: *op. cit.*, 121-159.

enriquecimiento injusto podría ir en contra del principio europeo de efectividad. La Comisión concluyó, en ese momento, que la existencia de una defensa *passing-on* haría más complicadas las demandas por daños y perjuicios, llegando a poder constituir un obstáculo a las acciones privadas.

No obstante, la solución implementada por la Directiva 2014/104/UE es bastante diferente de este primer enfoque de la Comisión. A la luz de la sentencia del TJUE *Manfredi* donde el principio de compensación y la facilitación de las acciones por daños a todas las personas que han sufrido un perjuicio fueron enfatizadas, el Libro Blanco sugiere que la defensa *passing-on* debería ser reconocida por el derecho europeo⁵³.

Dos de los principales argumentos avanzados en favor de la defensa *passing-on*: los demandantes no deberían ser injustamente enriquecidos y los defensores no deberían ser responsables por múltiples daños⁵⁴.

En resumen, si el Libro Verde se basaba en eficiencia y la disuasión, la principal preocupación de la Directiva 2014/104/UE recae en la compensación⁵⁵.

Por otro lado, la cuantificación de la transferencia es también difícil. A pesar de que la teoría económica provee importantes referencias sobre el grado de transferencia o repercusión de los sobrecostes, hay instancias donde las indicaciones de los economistas no van a ser suficientes. Un ejemplo es el caso donde las elecciones de precio individuales por las empresas pueden estar condicionadas por otras condiciones del mercado, ajenas a los costes.

Además, la estimación empírica de los actuales baremos del *passing-on* requeriría el acceso a datos sobre los precios y los costes de las capas relevantes de la cadena de suministro, e implicarían técnicas econométricas⁵⁶. Obtener resultados fiables no será siempre posible debido a los datos insuficientes. El número de casos donde un análisis empírico completo ha sido realizado por economistas y posteriormente revisado en los tribunales es, todavía, limitado. Sin embargo, nuevos enfoques han sido desarrollados y en algún momento la jurisprudencia evolucionará también en ese sentido⁵⁷.

Como había señalado el profesor MARCOS, respecto al cártel del azúcar:

53. Vid. Libro Blanco, 7-8.

54. Vid. Commission Staff Working Document, *op. cit.*, 56-57, 87.

55. Vid. GERADIN, D. y GRELLIER, L. A. 2014: «Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?». *Concurrences*, 4: 7.

56. Vid. VAN DIJK, T. y VERBOVEN, F. 2009: «Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense». *Journal of Industrial Economics*, 2009, 7 (3): 457-491. Sobre los métodos económicos para el cálculo de los daños y del *passing-on*, ver HELLWING, M. 2007: *op. cit.*, 121-159.

57. Vid. SIRAGUSA, M. 2014: «Private Damage Claims-Recent Developments in the Passing-on Defence». En *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*. Berlin Heidelberg: Springer, 229-246.

Al final, se podría pensar si de lege ferenda no habría tenido más sentido limitar la legitimación para las acciones en compensación de daños a aquellos que están mejor situados y que tienen mejores incentivos para demandar daños (o al menos hacerlo, si no hay compradores indirectos). Al final, parece obvio que los pasteleros tienen más información que el resto de los demandantes potenciales y que a través de ellos es posible concentrar una importante proporción del daño (en comparación con la diseminación de los consumidores finales)⁵⁸.

En España, el Tribunal Supremo confirmó que la admisión de la defensa *passing-on* se considera compatible con el principio de enriquecimiento sin causa⁵⁹.

Además, en esta sentencia de noviembre de 2013 en el caso del cártel del azúcar, el Tribunal Supremo identificó dos criterios cumulativos para que un tribunal español admita la defensa *passing-on*. La carga de la prueba es del defensor, quien debe probar que el demandante ha pasado la carga en la cadena de suministros. Además, el defensor debe probar que el demandante no ha sufrido una reducción de su volumen de ventas⁶⁰.

Esta carga de la prueba es mucho mayor que la establecida en los artículos 12 a 16 de la Directiva 2014/104/UE. Por lo tanto, parece necesario un paso más para que la legislación española se alinee con la europea.

3.5. La cuantificación del perjuicio: los problemas en el cálculo de la compensación

El cálculo de daños causados por las acciones de daños es una de las cuestiones más complejas que deben abordarse en la elaboración de las demandas de derecho de la competencia. Los jueces civiles y los tribunales son criticados por su falta de conocimiento y experiencia en estas cuestiones, por lo tanto, las partes normalmente aportan opiniones de expertos para justificar los daños que aducen⁶¹.

58. «In the end, one may wonder if de lege ferenda it would not have made more sense to limit standing for claim compensation to those which are better placed and with best incentives to claim damages (or at least do so, if no indirect purchasers do claim). At the end, it is obvious that the confectioners have an information advantage in comparison to other potential claimants and that through them it was possible to concentrate a meaningful proportion of the harm (in comparison with the dissemination among final consumers)». *Vid.* MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 22.

59. *Vid.* TUDOR, C. 2012: «La admisión de la defensa *passing-on* en el cartel del azúcar». *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11: 277- 291.

60. *Vid.* JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: *op. cit.*, 29; BROKELMANN, H. 2014: *op. cit.*, 338 y MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 19-22.

61. *Vid.* MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 13.

En vista de estas dificultades, como ya comentamos en un apartado anterior, la Comisión ha adoptado una Guía en la que se recogen diferentes métodos de cuantificación del daño. La intención de esta Guía práctica es servir de ayuda tanto a los tribunales nacionales como a las partes implicadas en las acciones por daños, haciendo la información relevante para cuantificar el daño ampliamente accesible. La Guía práctica estudia en detalle una evaluación de los puntos de referencia (incluyendo ambos métodos basados en un análisis comparativo del daño, así como los métodos de análisis basados en las finanzas públicas). Este documento no es vinculante y su intención es la de ayudar a los tribunales, demandantes y defensores con la intención de implementar mejores prácticas.

La jurisprudencia española se encuentra, esta vez, alineada con las provisiones de la Directiva 2014/104/UE.

De hecho, en su sentencia de 7 de noviembre de 2013 en el cártel del azúcar, el Tribunal Supremo estableció que el derecho a una indemnización debe ser garantizado a cualquier víctima de una conducta anticompetitiva⁶².

La sentencia también recoge que dada la dificultad para establecer un escenario contrafactual una mayor libertad para los jueces a la hora de estimar los daños está justificada.

Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Comercio de Madrid de 25 de febrero de 2014, donde se aceptó la hipótesis de un escenario contrafactual para la estimación del daño⁶³.

4. CONCLUSIÓN

Toda valoración del desarrollo del *private enforcement* del derecho de la competencia en cualquier sistema jurídico puede ser determinada en función de una serie de factores, como son: el reconocimiento de la posibilidad de obtención de daños y perjuicios para las víctimas, el grado de dificultad a la hora de la creación de una acción de grupo, la accesibilidad en la obtención de pruebas y la claridad en la definición de las personas legitimadas para ejercer una acción.

No cabe duda de que la Directiva 2014/104/UE constituye un gran avance en el ámbito del desarrollo de la protección del conjunto del derecho de la competencia en el conjunto de la Unión Europea, ya que, además de buscar lograr la compensación de las víctimas por el daño que han sufrido, puede tener importantes efectos colaterales en el *public enforcement*. De hecho, se ha llegado a sostener por parte de ciertos autores que la promoción de las reglas del *private enforcement* supone una

62. Vid. MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 15-17.

63. Vid. BROKELMANN, H. 2014: *op. cit.*, 337.

externalización por parte de la Comisión de sus tareas de fortalecimiento del derecho de la competencia⁶⁴.

No obstante, para poder mantener el balance entre *public* y *private enforcement*, este efecto disuasorio que tendrían las acciones privadas respecto a las posibles infracciones debe mantenerse y ser comprendido como una mera función secundaria.

Es necesario recordar un elemento del que ya hablamos en la introducción: la protección de la competencia en el mercado pasa por un desarrollo armónico de los ejes de actuación: el *public* y *private enforcement*. Por lo tanto, la implementación de las medidas de la Directiva 2014/104/UE habrá de ser realizada con cautela y respetando este equilibrio.

En primer lugar, los incentivos para las demandas de clemencia deben ser efectivamente mantenidos. Esto podría pasar por una garantía de inmunidad respecto a las acciones en *follow-on* a aquellas empresas a las que una autoridad de la competencia les ha otorgado el beneficio de la inmunidad⁶⁵. Este tipo de medidas podrían a su vez tener un efecto colateral de incentivación de las denuncias (*whistleblowing*) de las prácticas ilícitas por parte de los miembros de un cártel. Además un tipo de medidas semejante no iría en detrimento del derecho de compensación de las víctimas, ya que, como hemos visto, la Directiva 2014/104/UE reconoce la responsabilidad conjunta y solidaria. Por lo tanto, una víctima podría obtener compensación plena de cualquier otro de los infractores⁶⁶.

En segundo lugar, es necesaria una reflexión más profunda sobre las consecuencias económicas para el tejido empresarial de la acumulación de las multas administrativas y el montante de las condenas por la reparación integral de los daños y perjuicios de las víctimas, sobre todo en el caso de aquellas empresas que han emprendido acciones para bien detener, bien remediar las consecuencias de su comportamiento ilícito. Una posible solución pasaría por una aplicación conjunta del *public* y del *private enforcement*. Es decir, podría preverse una reducción de las multas de la autoridad de la competencia correspondientes a aquellas empresas que fueran diligentes en la mitigación de las consecuencias de su comportamiento, especialmente aquellas que proveyeran de una adecuada y voluntaria compensación a las víctimas de sus acciones⁶⁷.

64. Vid. MARCOS, F. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A. 2008: «Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law Through the Back Door?». *European Review of Private Law*, 2008, 16 (3): 486-488.

65. Vid. KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: *op. cit.*, 6.

66. Vid. KOMNINOS, A. 2011: «Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari». http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723 [21 de octubre de 2015].

67. Vid. ECA WORKING GROUP ON SANCTIONS. 2008: «Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence». <http://www.cnmcc.eu>.

Por último, el acceso a las acciones privadas a un coste razonable debe ser promovido. No obstante, como ya comentamos en la parte introductoria las acciones de daños son complejas y requieren una intrincada combinación de informes de expertos económicos y legales cuyos honorarios son elevados. Una posible solución podría pasar por el reconocimiento y la incentivación de los denominados modelos por asignación de las acciones privadas conjuntas en derecho de la competencia (*model of bundling antitrust damage claims by assignment*), también conocido como *modelo CDC*. Si bien es cierto que este modelo CDC no ha sido recogido en la Recomendación de la Comisión para el recurso colectivo⁶⁸, el éxito que han tenido las acciones ejercitadas por entidades como el CDC hace pensar en futuros desarrollos en este sentido⁶⁹.

Podemos decir, por tanto, a modo de conclusión que, pese a que la Directiva 2014/104/UE ha tenido una (merecida) excelente acogida, se queda aún lejos de constituir el capítulo final en la protección del derecho de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARO, R. 2014: *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*. Paris: Bruylant.
- ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *Competition Damages Actions in the UE: Law and Practice*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
- BROKELMANN, H. 2014: «Spain». *The Private Competition Enforcement Review*. 2014.
- BÜYÜKSAGIS, E. 2015: «Standing and Passing-on in the New UE Directive on Antitrust Damages Actions». *Swiss Review of Business Law*, 2015, vol. 87, n.º 1.
- DUNNE, N. 2014: «The Role of Private Enforcement within UE Competition Law». *University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper* 2014, n.º 36.
- ECA WORKING GROUP ON SANCTIONS. 2008: «Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence». <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf> [21 de octubre de 2015].
- EZRACHI, A. 2014: *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing.
- GERADIN, D. y GRELLIER, L. A. 2014: «Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?». *Concurrences*, 4.

[es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf) [21 de octubre de 2015].

68. 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 (2013/396/UE). DOUE L 201/60, de 26 de julio de 2013.

69. *Vid.* SCHREIBER, T. y SMITH, M. 2014: «The case for bundling antitrust damage claims by assignment». *Concurrences*, 2014, 3: 13-26.

- HELLWING, M. 2007: «Private damage claims and the passing on defence in horizontal price-fixing cases: an economist's perspective». En *Private Enforcement of EC Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International BV.
- ITALIANER, A. 2014: «Striking the balance: Private damages and access to confidential information». *Concurrences*, 2014, 4.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: «Follow-On Actions: Is Spain a New El Dorado?». *International Antitrust Bulletin*, 2.
- JÜRIMÄE, K. 2012: «The Interaction between EU Transparency Policy and the Enforcement of EU Competition Law: Who Should Strike the Balance and How Should it be Struck?». En *European Competition Law Annual 2012*. Oxford: Hart Publishing.
- KARPETAS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3.
- KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: «Private enforcement: which reforms?». @LERT LIDC Newsletter, 2014, 1.
- KOMNINOS, A. 2011: «Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari». http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723 [21 de octubre de 2015].
- KOMNINOS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe: État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 3.
- LIPMAN, M. 2012: «German Court Preserves Cover For Cartel Cos. Seeking Leniency». *Law360*.
- MAIER-RIGAUD, F. P. 2014: «Toward a European Directive on Damages Actions». *Journal of Competition Law & Economics*, 10 (2).
- MARCOS, F. 2013: «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)». *G.C.L.R.*, 4.
- MARCOS, F. 2014: «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel». *Working Paper IE Law School*, 2014.
- MARCOS, F. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A. 2008: «Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law Through the Back Door?». *European Review of Private Law*, 16 (3).
- OXERA. 2014: «Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions». <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Passing-game-the-ongoing-debate-about-pass-on-in-d.aspx> [21 de octubre de 2015].
- SCHREIBER, T. y SMITH, M. 2014: «The case for bundling antitrust damage claims by assignment». *Concurrences*, 3.
- SIRAGUSA, M. (2014): «Private Damage Claims-Recent Developments in the Passing-on Defence». En *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- SUDEROW, J. y RUBIANO, P. (2014): «Current framework for Private Enforcement of Competition Law in Spain: Do we need the proposed directive?». @LERT LIDC Newsletter, 1.
- TUDOR, C. 2012: «La admisión de la defensa passing-on en el cartel del azúcar». *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11.
- VAN DIJK, T. y VERBOVEN, F. 2009: «Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense». *Journal of Industrial Economics*, 7 (3).
- WAELEBROECK, D.; SLATER, D. y EVEN-SHOSHAN, G. 2004: «Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules». http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf [21 de octubre de 2015].
- WILS, W. P. J. 2009: «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages». *World Competition*, 32, 1.