

[Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores](#)
[BOE n.º 126, de 27-V-2017]

**ACCIONES POR DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.
TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 104/2014, DE 26 DE NOVIEMBRE**

El pasado 26 de mayo, se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico, mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (de aquí en adelante, «el Real Decreto-Ley») la atendida 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 (de aquí en adelante, «Directiva de daños»). Recordemos que esta Directiva, tan mediatizada y comentada, supuso el espaldarazo oficial por parte de la Unión Europea al conocido como *private enforcement*, esto es, a la aplicación privada del derecho de la competencia, facilitando ampliamente el ejercicio de las acciones compensatorias de los daños derivados de los ilícitos competenciales.

La incorporación de esta Directiva al ordenamiento español se realizó por vía de urgencia, en el ecléctico Real Decreto-Ley mencionado, que transpone, además de la citada, otras cinco directivas en una amalgama de temáticas diversas. Pese a que la premura era comprensible (recordemos que la Directiva de daños debería haber sido transpuesta antes del 27 de diciembre de 2016), lo es menos el olvido o, al menos, la falta de reflexión sobre ciertas cuestiones relevantes a la hora de la aplicación de estas acciones de daños en España, como veremos más adelante.

Señalemos en primer lugar que la transposición de la Directiva de daños modifica, como no podía ser de otro modo, tanto la Ley de Defensa de la Competencia (de aquí en adelante «LDC»), especialmente con la creación de un Título VI; como la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aquí en adelante «LEC»), donde introduce una nueva Sección 1.^a bis dentro del Capítulo V del Libro II. La obviedad en la modificación de la LEC deriva del avance superlativo en materia de acceso a las pruebas que consagró la Directiva de daños y que afecta de una manera sustancial a las reglas aplicables al procedimiento judicial más allá de su mero reconocimiento en la legislación especial de competencia.

Respecto a las modificaciones aportadas a la LDC, en líneas generales, se puede afirmar que el Real Decreto se limita a hacer una copia *quasi* literal del texto de la Directiva de daños, introduciendo ciertos añadidos innecesarios y obviando, como decíamos anteriormente, ciertas cuestiones esenciales. Así, encontramos, en el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación (nuevo artículo 71 de la LDC) que se habla de las infracciones derivadas de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea (de aquí en adelante «TFUE»), así como del 1 o 2 de la LDC, olvidando, nuestro legislador, las infracciones reconocidas en el artículo 3 LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales). Ciertamente es que la Directiva no reconoce directamente tales acciones, pero dichas conductas pueden quedar subsumidas en el ámbito europeo, tanto en el artículo 101 TFUE como (y sobre todo) en el artículo 102 TFUE. Habría sido conveniente que nuestro legislador no hubiera cometido este olvido ya que puede dar lugar a una diferenciación innecesaria y poco acorde con el espíritu de la Directiva de daños. Por otro lado, en este artículo encontramos una reiteración del enunciado del artículo 61.2 LDC, la cual nos parece, además de redundante, superflua, ya que esta cuestión no se vuelve a mencionar en este Título VI, ni en los preceptos relativos a la responsabilidad ni en los métodos de cálculo del daño.

Por lo que se refiere a la compensación por los daños y perjuicios (artículo 72) encontramos un texto prácticamente idéntico al artículo 3 de la Directiva. Recordemos que el fundamento de estas acciones es compensatorio, rechazándose la teoría de los daños punitivos tan respondida en el ordenamiento estadounidense. No obstante, esta compensación admitida es bastante amplia ya que permite el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante, así como de los intereses devengados desde la comisión de la infracción. Al igual que en el caso anterior, el legislador pierde, en este artículo, una oportunidad de ofrecer un texto exento de dudas interpretativas. En este artículo se menciona la competencia de la jurisdicción civil ordinaria, pareciendo dejar abierta la posibilidad de que el enjuiciamiento de estas acciones pueda corresponder a los Juzgados de Primera Instancia. Habría sido deseable, a efectos de evitar toda vacilación, una mención expresa a los Juzgados de lo Mercantil, quienes, dadas la complejidad y la especialidad de estas cuestiones, parecen los más indicados para conocer de estos asuntos, incluso en el caso hipotético de una acción de grupo de los consumidores. De hecho, es este otro de los grandes temas omitidos, ya que, si bien se menciona la posibilidad del ejercicio de la acción por una persona física, no hay ninguna previsión, ni en el texto de la LDC ni en el de la LEC, relativa a las posibilidades del ejercicio de acciones grupales por daños derivados de ilícitos *antitrust*.

Siguiendo con el articulado del nuevo Título VI de la LDC, el artículo 73 («Responsabilidad conjunta y solidaria») es, al igual que el anterior, una copia prácticamente idéntica de su homólogo en la Directiva de daños (artículo 11), incluyendo el tratamiento especial respecto a las PYMES y a los beneficiarios del procedimiento de clemencia, con la salvedad de que nuestro legislador olvida una afirmación, a nuestro entender sustancial, a nivel del planteamiento de la acción judicial como es que «la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada».

Centrándonos en la regulación que se hace del planteamiento de las acciones, en primer lugar, es reseñable que nuestro legislador haya establecido el mínimo del plazo considerado por la Directiva de daños, esto es, cinco (5) años. Además, si bien

el artículo 74 recoge las previsiones respecto a la suspensión por incoación de una investigación o procedimiento sancionador, así como por el intento de alcanzar una solución extrajudicial, en este último caso no establece un máximo para dicho período de suspensión (recordemos que, en la Directiva de daños, se habla de un máximo de dos –2– años, *cf.* artículo 18.2), cuestión que va en detrimento de la seguridad jurídica.

Por otro lado, la nueva regulación de la LDC contempla las presunciones *iuris et de iure* respecto a las resoluciones firmes de órganos nacionales y de *iuris tantum* respecto a los de otros Estados miembros. En este caso es imperdonable que el legislador no haya hecho mención expresa a una situación específica de nuestro ordenamiento jurídico como es la de las resoluciones firmes emanadas de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Ciertamente es que se habla de una resolución firme que emane de una «autoridad de la competencia española» que podría considerarse como una fórmula apocopada y omnicomprensiva tanto de la CNMC como de las autoridades de competencia de las comunidades autónomas españolas, no obstante, dicha interpretación es cuestionable y la formulación, más aún, teniendo en cuenta el contexto actual, puede considerarse como políticamente incorrecta. Por consiguiente, podemos considerar esta como otra cuestión más abierta a la interpretación y cuya realidad habría sido conveniente prever.

Concerniendo la cuestión de la cuantificación de daños y perjuicios, se admite en el nuevo artículo 76, la posibilidad de que sean «los tribunales quienes estimen el importe de la reclamación» cuando para el demandante que haya sufrido daños sea «prácticamente imposible o excesivamente difícil». Se prevé también, como compelió la Directiva de daños, la posibilidad de recurrir a las «autoridades de la competencia españolas» (sic) como *amicus curiae*. La redacción de este artículo, cómo sucedía con los anteriores, podía haber sido más cuidada y específica. En primer lugar, respecto a la estimación del importe de la reclamación se podría haber determinado alguna previsión más concreta respecto a esta capacidad de los tribunales sobre estas acciones particulares. Ni en la LDC ni en la LEC encontramos ninguna mención complementaria a esta previsión. Por otro lado, las funciones atribuidas a las «autoridades de la competencia españolas» (sic) distan de las reconocidas por la directiva. Dejando al margen esta cuestión referente a las «autoridades de la competencia españolas» cuya formulación ha sido comentada anteriormente, en el texto de la LDC se habla de que pueden «informar de los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones», mientras que en la Directiva de daños se habla de que pueden «ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional, asesoramiento en este tema». Cómo vemos el rol otorgado es sustancialmente diferente y, a nuestro entender, claramente limitativo del papel de las «autoridades de la competencia».

El nuevo Título VI de la LDC integra de manera prácticamente literal la conocida como *passing on defense*, esto es, la defensa basada en el argumento de la repercusión del sobre coste (debiendo entenderse por tal «la diferencia entre el precio realmente

pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del derecho de la competencia», *cfr.* nuevo apartado 3 de la disposición adicional cuarta de la LDC), tanto en sus previsiones generales como respecto a la especificidad de los compradores indirectos. Recordemos que en el primer caso corresponde al demandado probar la repercusión de los sobrecostes y en el segundo se atribuye la carga de la prueba al demandante. No obstante, siguiendo con la tónica que ya ha sido puesta de manifiesto, el legislador parece olvidar una previsión a nuestro entender importante, contenida en el artículo 12 de la Directiva de daños: «Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional nacional esté facultado para calcular, con arreglo a los procedimientos nacionales, qué cuota del sobrecoste se repercutió». Ni en la LDC ni en la LEC existe una mención expresa relativa a esta cuestión, aspecto que será, sin duda, problemático a la hora de la aplicación práctica. En todo caso, esta indicación de la Directiva de daños parece dar a entender que la competencia sobre las acciones de daños debería atribuirse a órganos especializados y capacitados para poder valorar estas cuestiones.

Por último, para completar el tema de la repercusión del sobrecoste, se integra de manera literal en el artículo 80 de la LDC el artículo 15 de la Directiva respecto a las acciones ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro.

Por lo que se refiera a las modificaciones realizadas en la LEC, se basan sustancialmente en dos cuestiones: el acceso a las pruebas y la protección de la confidencialidad. Respecto a la primera de las cuestiones, si bien el acceso otorgado es bastante amplio, en ningún momento se puede considerar que se ha producido una integración del conocido como *discovery* americano en la legislación española. El acceso a las pruebas ha de ser siempre «proporcionado» (artículo 283 bis a) 3) y acotado bien a «piezas específicas» bien a «categorías de pruebas» (artículo 283 bis a) 2). Además, teniendo en cuenta que los gastos que ocasione esta práctica son a cargo del solicitante (artículo 283 bis c)) no hay duda de que tales peticiones van a ser, al menos en las acciones individuales (como parece ser por el momento la tónica) claramente moderadas. Por último, respecto a la confidencialidad, cabe destacar la obligación que pesa en el juez de ordenar las medidas necesarias para proteger de manera eficaz la misma en este tipo de procesos y especialmente durante el acceso a las pruebas.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Doctora en Derecho. Abogada
Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
vserrania@usal.es