

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS ANTITRUST. REFLEXIONES A RAÍZ DE LA PUBLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

THE IMPLEMENTATION OF THE ANTITRUST DAMAGES DIRECTIVE. SOME THOUGHTS IN THE WAKE OF THE PUBLICATION OF THE PROPOSAL FOR AN IMPLEMENTATION LAW

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 04.02.2016 / Aceptado: 08.02.2016

Resumen: La Directiva de daños derivados de ilícitos antitrust constituye un paso significativo en el proceso europeo de fomento de la aplicación privada del Derecho de la competencia iniciado hace ya una década. En enero de este año, en cumplimiento del mandato comunitario, el Ministerio de Justicia ha hecho pública una Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva. El objeto del presente trabajo es el análisis crítico de ambos documentos, valorándose tanto los objetivos y alcance de la Directiva, como la forma en que la Propuesta introduce las exigencias europeas, tanto de carácter sustantivo como procesal, en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, Directiva, transposición, propuesta.

Abstract: The Antitrust Damages Directive represents a significant step in the European process aimed to foster the private enforcement of Competition Law. In January 2016, the Spanish Department of Justice has published an Implementation Law Proposal. The object of this paper is the critical analysis of both documents. The purpose and scope of the European Directive, as well as the way chosen by the Proposal to introduce in the Spanish Law the main procedural and substantive requests, will be considered.

Keywords: private enforcement, damages actions, Directive, implementation, proposal

Summary: I. Panorámica: la aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva. 1. Los orígenes. 2. Y... ¿mientras tanto? 3. Y... ¿por qué ahora? 4. La Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva. II. Aspectos procesales. 1. Acceso a pruebas. A) La solución de la Directiva. B) La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba. a) Objetivo y sistemática de la propuesta. b) Contenido y finalidad de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos a efectos probatorios. c) Conveniencia de una regulación como la contenida en la propuesta. 2. Valor del pronunciamiento administrativo en el juicio civil. A) Situación pre-Directiva. B) El artículo 9 de la Directiva: ¿nuevo límite al principio de independencia judicial? 3. Prescripción. 4. Responsabilidad conjunta y solidaria. III. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño. 1. Alcance y naturaleza del daño. A) Daño emergente, lucro cesante e intereses. B) Los daños punitivos. 2. Prueba y cómputo del daño. A) La prueba del daño. a) La cuantificación del daño. b) La presunción del daño en los casos de cártel. B) La repercusión del sobreprecio. 1. La passing-on defence en el debate europeo. 2. La repercusión de costes en la Directiva y en la PLTD. A) Fundamento. B) Algunas cuestiones procesales. C) Efectos económicos del passing-on y su consideración jurídica. IV. Valoraciones

* El apartado, “La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba” (II.1.B) ha sido realizado por MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Profesora Contratada-Doctora de la Universidad de Valladolid.

I. Panorámica. La aplicación privada de la competencia en Europa hasta la aprobación de la Directiva

1. Los orígenes

1. Las prácticas anticoncurrenciales, como los acuerdos colusorios o las conductas abusivas por parte de operadores dominantes son susceptibles de causar perjuicios en dos tipos de niveles. Por una parte, estas conductas lesionan el interés general en el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en los mercados. En segundo lugar, los ilícitos competitivos también pueden causar un daño en los patrimonios individuales, afectando los intereses particulares de los consumidores o de las empresas. Tradicionalmente, en el ámbito europeo, el Derecho *antitrust* se ha construido en torno a la tutela del primero de estos intereses mencionados. En este sentido, las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia han sido principalmente objeto de aplicación pública, por parte de organismos de naturaleza administrativa con arreglo a procedimientos de carácter administrativo sancionador orientados a la imposición de multas. La conocida como aplicación privada o, *private enforcement*, de estas normas, por el contrario, ha venido siendo relegada a un segundo plano, en contraste con la situación existente en otras jurisdicciones, como la estadounidense¹.

2. La orientación mayoritariamente administrativa sancionadora del Derecho de la competencia (europeo y nacional) no significa, naturalmente, la negación del derecho de los particulares lesionados como consecuencia de prácticas anticompetitivas a ser resarcidos, pero sí ha determinado que, hasta muy recientemente, la tutela de tal derecho no haya recibido atención específica desde este sector del ordenamiento jurídico y se haya articulado al margen de éste y bajo las categorías generales –y nacionales- de la responsabilidad civil. En este sentido, si bien a nivel europeo se ha producido un reconocimiento del derecho a la indemnización² –configurado además de forma muy amplia, tanto en lo referente a su alcance como a su legitimación-, su ejercicio en la práctica es remitido a los tribunales nacionales, con soluciones muy dispares en cuanto al alcance de la protección otorgada y a las vías procesales para hacerlo efectivo en los distintos Estados miembros.

3. El reenvío a los ordenamientos nacionales ha favorecido el surgimiento de un mosaico de soluciones muy dispares sobre la aplicación privada, tanto desde una perspectiva sustantiva como, principalmente, procesal. La ausencia de una regulación uniforme ha sido contemplada con desconfianza por el ejecutivo europeo, en cuanto incentiva la búsqueda de la legislación más favorable para el ejercicio de las acciones. En este sentido, a día de hoy, Reino Unido, Alemania y Los Países Bajos constituyen los foros en los que se sustancian la mayor parte de los casos³. Pero, no sólo estas prácticas de *forum shopping* han despertado la atención de la Comisión. La falta de uniformidad ha desatado el temor de incurrir en alguno de los excesos, normalmente atribuidos al sistema americano, en especial en relación al recurso colectivo (las famosas *class actions* norteamericanas) o al acceso a la información. No obstante, como tendremos ocasión de valorar con más detenimiento, la principal preocupación de las autoridades de competencia y, fundamentalmente, de la Comisión, ha sido que el ejercicio digamos, no homogéneo ni monitorizado, de acciones daños pudiera acabar afectando negativamente al correcto desarrollo de los programas de clemencia.

¹ Esta preeminencia se debe a las particulares características del sistema antitrust estadounidense, que favorecen el ejercicio de este tipo de acciones, como, *ad.ex.*, un amplio y generoso sistema de acceso a las pruebas (*discovery*), el mecanismo de *treble damages*, que permite al actor exigir el triple de los daños sufridos más el reembolso de unos honorarios legales razonables y el sistema de recurso colectivo o *class actions*. Vid. H.HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West, St.Paul, Minnesota, 2011, p. 652. Para estadísticas actualizadas sobre el número de acciones *antitrust* ejercitadas anualmente vid. www.uscourts.gov/library.

² Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*, C-436/1999. Sobre esta importante sentencia y su trascendencia en la conformación de la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo, vid. A. KOMMINOS: *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts.*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008 pp. 162 y ss.

³ Vid. OCDE: *Relationship between public and private antitrust enforcement. Note by the Secretariat*. 11.06.2015, disponible en <http://www.oecd.org/officialdocuments/>

4. En noviembre de 2014 se aprueba la *Directiva 2014/104/UE sobre resarcimiento del daño por violaciones de la normativa antitrust*, que reabre el debate –nunca verdaderamente cerrado–, sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. A fin de poder valorar en su contexto las propuestas de la Directiva y las posibilidades de su transposición al ordenamiento jurídico español, conviene recordar el largo proceso recorrido y las distintas fases que ha atravesado la aplicación privada en Europa hasta llegar a la aprobación de la norma.

5. En el ámbito europeo se han venido dando desde comienzos de siglo una serie de pasos orientados a impulsar el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas europeas en materia de competencia, así como el papel de los jueces civiles en su aplicación. El punto de partida del *private enforcement* europeo viene determinado por el reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de competencia en las relaciones entre particulares, reconocida en un primer momento por el Tribunal de Justicia⁴ y consagrada posteriormente por el Reglamento 1/2003⁵. Éste, al reconocer la eficacia directa de los artículos 81 y 82 (actuales artículos 101 y 102 TFUE) en toda su extensión, sustituyendo el sistema de autorización previa por uno de excepción legal, vino a reforzar el papel –hasta el momento casi nulo– de los jueces civiles en la aplicación de las normas de competencia. Ha sido precisamente, a través del reconocimiento de la eficacia directa de las normas de competencia, que el Tribunal de Justicia ha podido introducir en el ordenamiento comunitario la acción de resarcimiento promovida por un operador económico –empresa o consumidor– como consecuencia de una restricción ilícita de la competencia en el mercado común. Este derecho ha sido defendido expresamente en el caso *Courage* y consolidado, posteriormente en la célebre sentencia *Manfredi*⁶.

6. En segundo lugar, se abre un debate específico sobre la conveniencia de fomentar la aplicación privada y desde las instituciones comunitarias diversos documentos se irán sucediendo orientados a fortalecer en Europa este segundo brazo de *enforcement*, que desde una perspectiva eminentemente compensatoria (sin descuidar el eventual efecto disuasorio derivado) y junto a la aplicación pública contribuya al objetivo comunitario de garantizar un régimen de competencia no falseado en el mercado interior. En 2005 se publica el Libro Verde sobre acciones indemnizatorias⁷, en el que se identifican los obstáculos y barreras al ejercicio de acciones de daños y se proponen distintas soluciones o alternativas. Precedido por un nuevo documento de consulta (*Discussion Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*) en 2008 se aprueba un Libro Blanco⁸, donde se ofrecen ya medidas concretas orientadas a la creación y desarrollo de un sistema efectivo de aplicación privada de las normas de competencia en Europa. Este documento desató un intenso debate y levantó enormes –y, en apariencia, sólidas– expectativas sobre la pronta adopción de legislación comunitaria en este terreno. No obstante, tras la redacción de un primer borrador no oficial de Directiva de acciones resarcitorias y de la publicación de un informe no vinculante sobre criterios de cuantificación del daño⁹, el impulso normativo perdió fuelle y las prioridades del ejecutivo comunitario parecieron decantarse por intentar una armonización del recurso colectivo desde una perspectiva más general, que incluía también a la Dirección General de consumidores¹⁰. El proyecto de crear un marco normativo general sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* permaneció en un cajón... hasta hace muy poco.

⁴ Sentencia TJUE de 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, Asunto C-127/73; Sentencia del TJUE del 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd. contra HBIce Cream, Ltd.*, Asunto C-344/98.

⁵ Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁶ Sentencia TJUE de 13 julio de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Asuntos C-295/04 a C-298/04.

⁷ *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19.12.2005, COM (2005) 672 final.

⁸ *Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2.4.2008, COM (2008) 165 final.

⁹ “*Quantifying antitrust damages. Towards non-biding guidance for courts*”, diciembre 2009, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages>.

¹⁰ Vid. J. ALMUNIA: “Notas comunes sobre el recurso colectivo en la UE”, en L.A. VELASCO y otros (Dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 43 y ss.

7. En junio de 2013, la Comisión publicó sus nuevas propuestas para el impulso y armonización de las acciones privadas. Propuestas de muy distinto nivel, ya que junto a un ambicioso Proyecto de Directiva, se publica una Comunicación sobre cuantificación de daños¹¹, relegándose la preocupación anterior –y, aparentemente, prioritaria– sobre acciones colectivas como instrumento de fomento de la aplicación privada a una mera Recomendación¹². La Directiva, de larguísimo título, *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea* fue finalmente aprobada en noviembre de 2006, fijándose como plazo máximo para su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el 27 de diciembre de 2016. En España, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, en cumplimiento del mandato comunitario, nombró una comisión especializada encargada de presentar un propuesta para la regulación en el ordenamiento jurídico español de las premisas de la norma comunitaria¹³. El 15 de enero de 2016, el Ministerio ha hecho pública la propuesta de ley de transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, en adelante PLTD¹⁴.

8. El objetivo del presente trabajo es, en primer lugar, el examen del contenido de la Directiva y de las principales cuestiones que puede plantear este texto, valorando no sólo su oportunidad, sino la medida en que las soluciones armonizadoras –y ahora sí, exigidas imperativamente– estaban ya contempladas en nuestro ordenamiento o, por el contrario, requerían de una respuesta normativa específica. En consonancia se examinará la recentísima Propuesta de Ley de transposición de la Directiva y las soluciones diseñadas por la Comisión especializada, para hacer efectivo el mandato comunitario. No obstante, antes de entrar a examinar el contenido de estos documentos, es conveniente partir de dos preguntas iniciales. En primer lugar, y en atención al largo periodo transcurrido hasta la aprobación definitiva de la Directiva, es oportuno valorar que ha ocurrido, entre tanto, en los Estados miembros –en nuestro caso, en España, en relación a la aplicación privada del Derecho de la competencia. ¿Cómo ha evolucionado ésta desde la apertura del debate hasta la publicación de la Directiva? A continuación, para poder valorar con cierta solidez y fundamento las propuestas y soluciones acogidas en el documento europeo, es preciso indagar sobre los objetivos perseguidos con el mismo y sobre los verdaderos motivos que han informado su aprobación.

2. Y... ¿mientras tanto?

9. En España se han producido modificaciones importantes en los últimos diez años que han favorecido un incremento significativo del hasta el momento, prácticamente inexistente, *private enforcement*. La aprobación de la Ley de Defensa de competencia de 2007 permitió solventar algunas de las disfunciones y obstáculos que al ejercicio de acciones de daños planteaba la regulación anterior. Así, se solventan las disfunciones, que se producían con la anterior ley, entre la aplicación de las normas de defensa de la competencia europeas y las nacionales y que suponían que si bien los Juzgados de lo mercantil eran competentes para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, no lo eran –o, al menos, nada se decía de forma expresa– respecto de la aplicación de los artículos nacionales paralelos (artículos 1 y 6 de la LDC 1989), por lo que ésta, en principio, permanecía

¹¹ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07).

¹² 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.

¹³ Orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación, una sección especial para la transposición de la Directiva 2014/101/UE, integrada por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho Mercantil); R. ALONSO SOTO (Catedrático de Derecho Mercantil); A. CALVO CARAVACA (Catedrático de Derecho Internacional Privado); I. DIÉZ PICAZO (Catedrático de Derecho Procesal), F. GASCÓN INCHAUSTI (Profesor Titular de Derecho Procesal); J. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Subdirector General de Política Legislativa) y un funcionario del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹⁴ La PLTD está disponible en la página Web del Ministerio de Justicia.

dentro de la competencia de los tribunales civiles ordinarios. Esta situación se resuelve en la ley, en la que se unifica la competencia de los Juzgados de Mercantil¹⁵.

10. En segundo lugar, con la ley de 2007 se elimina uno de los obstáculos más importantes al ejercicio de acciones indemnizatorias por infracción de las normas nacionales de competencia y que suponía, además, un tratamiento diferenciado entre normas europeas y nacionales carente de justificación. Si bien en el caso de los artículos 101 y 102 TFUE, al ser éstos directamente aplicables por los tribunales nacionales, era posible ejercitar acciones indemnizatorias, tanto de seguimiento, derivadas o *follow-on* (la acción es interpuesta después de que una autoridad de competencia haya constatado una infracción) como independientes o *stand-alone* (no existe un pronunciamiento administrativo previo), la anterior ley española de competencia posibilitaba únicamente el ejercicio de acciones de seguimiento, ya que exigía (artículo 13 LDC 1989) como requisito previo al ejercicio de una acción por daños y perjuicios la existencia de decisión firme en el ámbito administrativo y, en su caso, judicial. Este tratamiento diferenciado se elimina en la nueva ley, que suprime la necesidad de previo pronunciamiento administrativo para poder ejercer acciones de privadas de naturaleza indemnizatoria.

11. La LDC no contempla a día de hoy normas o reglas específicas sobre acciones de resarcimiento de daños derivados de ilícitos *antitrust*. A éstas les son de aplicación las reglas civiles generales en materia de responsabilidad contractual y, fundamentalmente, extracontractual, previstas en el CC¹⁶. La PLTD, como tendremos ocasión de analizar, revierte esta situación y lleva a la LDC la regulación de las acciones de daños, mediante la inclusión de un título específico, de forma análoga a la solución adoptada en áreas cercanas, como la competencia desleal, sobre compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, en el que se intenta recoger todo lo relativo a estas acciones desde una perspectiva sustantiva –o mayormente, sustantiva-, remitiendo la regulación de los aspectos más puramente procesales, como la prueba, a la LEC.

12. El examen de la práctica judicial de los últimos años, tras las reformas legislativas planteadas, arroja resultados significativos. Por una parte, es cierto que se observa un incremento significativo en la interposición de acciones civiles *antitrust*¹⁷. Ahora bien, el resultado de estos procedimientos no puede, ciertamente, considerarse satisfactorio. La tasa de éxito es muy diversa según se trate de acciones independientes o *stand alone* (23,6%) o de seguimiento o *follow on* (en éstas el resultado se eleva notablemente hasta el 66,7% de los casos¹⁸). Pese a ello, en los escasos asuntos en los que los demandantes han obtenido una resolución favorable por parte de los jueces, la mayor parte han concluido con una declaración de ilicitud de la conducta y de nulidad de las cláusulas anticompetitivas de los contratos. Sólo en un reducido número de casos, siendo los más significativos los procedimientos entablados a partir de la sanción administrativa del cártel del azúcar, se ha reconocido el derecho al resarcimiento por los daños causados.

¹⁵ Disposición adicional primera: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente ley.*

¹⁶ La aplicabilidad a estas acciones de las normas en materia de responsabilidad contractual o extracontractual no ha sido una cuestión pacífica. El recurso a unas normas u otras tiene enorme incidencia en la práctica, fundamentalmente en relación a los plazos de prescripción de las acciones. El Tribunal Supremo ha tratado de zanjar las dudas existentes, afirmando expresamente la aplicabilidad a las acciones de daños *antitrust* de las normas de *tort law*; terminología anglosajona equivalente a la responsabilidad extracontractual continental (Sentencia del TS de 8 de junio 2012, *Acor*, rec.núm. 2163/09).

¹⁷ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ: “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española*, ICE, núm.876, 2014, pp. 133 y ss.; IDEM: “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.; F. DIÉZ ESTELLA/C. ESTRADA MERAY: “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 15, 2014, pp. 189 y ss.; P. YANES YANES: “Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de siglo?”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, núm. 9, 2011, pp. 133 y ss.

¹⁸ Vid. F. MARCOS FERNÁNDEZ: “Competition Law Private Litigation...”, *cit.*, pp. 171 y ss.

3. Y... ¿por qué ahora?

13. Una primera duda que nos surge es en relación a la propia finalidad de la Directiva y al momento en que se realiza la propuesta, ¿por qué ahora? ¿Por qué de repente, se retoma una iniciativa legislativa adormecida? La Directiva proclama como sus objetivos principales, en primer lugar, optimizar la interacción entre la aplicación pública y privada de las normas de competencia de la UE y, en segundo lugar, garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento. Este objetivo de lograr un adecuado equilibrio entre aplicación pública y privada, de tal modo que no se produzcan interferencias entre ambas que dificulten su efectivo desarrollo, tiene uno de sus puntos de fricción más importante en los programas de clemencia¹⁹.

14. Ya desde el Libro Verde, las autoridades comunitarias han venido expresando sus temores de que la proliferación de acciones indemnizatorias pudiera acabar repercutiendo negativamente en la eficacia de los programas de clemencia. La mayor exposición del solicitante de clemencia frente a otros cartelistas puede conducir a que frente a él se dirijan preferentemente estas acciones de daños, disminuyendo así sus incentivos para presentar solicitudes de clemencia y cooperar en la detección del cártel²⁰. Esta preocupación, siempre latente, se acrecentó, tras dos importantes resoluciones, respondiendo a cuestiones prejudiciales, del TJCE. En el caso *Pfleiderer*²¹, el Tribunal descarta, en el primero, desde el Derecho europeo, la necesidad general de una protección absoluta de las informaciones obtenidas en el marco de un programa de clemencia y remite a los tribunales de los Estados miembros para que determinen, en función de las circunstancias concretas del caso, sobre la conveniencia o no de permitir el acceso a los documentos de clemencia. El caso *Donau*²² va todavía más allá, al considerar que una norma –en este supuesto, austriaca– que haga prácticamente imposible el acceso a documentos de clemencia es incompatible con el Derecho europeo. Estos casos activaron todas las alertas de la Comisión –y de las autoridades de la competencia nacionales– y la necesidad de proteger los exitosos programas de clemencia –pieza clave en la detección y sanción de conductas cartelísticas– parece ser el motor –no reconocido expresamente– que volvió a poner en marcha el proceso normativo en materia de acciones de daños.

15. La Directiva se encarga de fijar de forma imperativa, es decir, de crear esa norma que los tribunales no encontraron en el Derecho europeo: la protección absoluta de la confidencialidad de los documentos del programa de clemencia. En este sentido, dentro de las detalladísimas reglas referidas a la exhibición de medios de prueba, establece que los Estados miembros tienen que velar porque los órga-

¹⁹ Los programas de clemencia, conocidos como *leniency programmes*, nacen en la experiencia estadounidense y constituyen un eficaz medio de desestabilización de acuerdos secretos colusorios entre competidores. La finalidad de estos programas es inducir a las empresas participantes en un cártel a colaborar de forma activa y determinante en su detección y sanción, a cambio de la exención –o de una reducción sustancial– de las multas aplicables a estas violaciones. En la Directiva (artículo 2.15) se definen como “todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 TFUE o de una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que el mismo conozca del cártel y su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la dispensa del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma”.

²⁰ Sobre la posible incidencia negativa entre acciones de resarcimiento antitrust y programas de clemencia, vid. F. CACHAFEIRO: “La confidencialidad de los documentos del programa de clemencia”, en A. FONT I RIBASA/S. GÓMEZ TRINIDAD (coord.): *Competencia y acciones de indemnización*, Marcial Pons, Madrid, 2014; J. SUDERÓW: “El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia” en L.A. VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 535 y ss.; P.RUBIANO: “Programas de clemencia y reparación del daño antitrust” en L. A. VELASCO et alt. (dirs): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, cit. pp. 789 et ss.; F. DIÉZ ESTELLA/P. PÉREZ FERNÁNDEZ: “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el Derecho de defensa de la competencia?”, RAUE, núm. 7, 2014, pp. 41 y ss.; P.PÉREZ FERNÁNDEZ: “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *Indret*, 1, 2013, pp. 1 y ss.; A. KOMMINOS; *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by National Courts.*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, pp. 20 y ss.

²¹ Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Asunto C-360/09.

²² Sentencia del TJUE de 6 de junio 2013, *Donau Chemie AG*, Asunto C-536/11.

nos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar la exhibición a una parte o a un tercero de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción. Es más, la protección del solicitante de clemencia no se agota en materia de acceso a la información, sino que la Directiva recoge además, en relación a éste, diversas técnicas de modulación de la nueva regla general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras del Derecho de la competencia. La sensación general que se desprende del texto finalmente adoptado es, por tanto, que más que en incentivar realmente la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia²³.

16. Al margen de que la tutela de la clemencia sea claramente reconocible como pilar básico de la Directiva, en ella se abordan también diversas cuestiones problemáticas, tanto de naturaleza procesal como sustantiva, que habían venido siendo resueltas, con alcance y resultados muy diversos por los tribunales y legisladores de los distintos Estados miembros.

4. La Propuesta de Ley de Transposición de la Directiva

17. El Ministerio de Justicia ha hecho pública el 15 de enero la *Propuesta de Ley de la Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, 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* (PLTD). La propuesta da cumplimiento al encargo del Ministerio de Justicia a la comisión especializada (*supra*) de buscar el mecanismo más adecuado para dar cumplimiento al mandato comunitario y encajar en el ordenamiento jurídico español las exigencias de naturaleza procesal y sustantiva contempladas en la Directiva. En la PLTD se ha descartado la regulación de todos los aspectos en un único texto y se ha optado por incorporar las normas sustantivas en la Ley de defensa de la competencia (LDC) y las cuestiones de naturaleza procesal en la LEC.

18. La modificación propuesta de la LDC más importante²⁴, consiste en la introducción de un nuevo Título, concretamente, el Título VI, denominado: “*De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*” que en once artículos, recoge la totalidad de las cuestiones planteadas en la Directiva en relación a las acciones de daños, con la única excepción de las disposiciones en materia de acceso a pruebas, cuya regulación se remite a la LEC. Un primer examen de este Título revela un apego estricto al contenido –e, incluso a la redacción– de la norma europea. Si bien es cierto que la Directiva deja poca libertad a los Estados miembros en la incorporación de sus disposiciones²⁵, como regla general, con la excepción más significativa de la fuerza vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas extranjeras, en la Propuesta se ha optado por no separarse de la norma europea ni en los escasos campos en los que se confería mayor flexibilidad a los Estados miembros (*ad.ex.* en relación a los términos de prescripción). Tampoco se ha aprovechado esta ocasión para introducir la regulación de cuestiones que, aunque hayan quedado fuera de la Directiva, son de enorme interés para el ejercicio de las acciones de resarcimiento por ilícitos *antitrust*, como, fundamentalmente, el recurso colectivo, superando algunos de los inconvenientes que plantea la actual regulación procesal general.

19. Las normas contenidas en el Título VI son de aplicación, no sólo a las reclamaciones de daños por vulneración de las normas comunitarias de competencia, sino también a las reclamacio-

²³ Vid., en este mismo sentido: V.SOPENA/G.MARTÍN: “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, RCD, 16, 2016.

²⁴ La propuesta también va a modificar el artículo 64 LDC que regula los criterios para la determinación del importe de las sanciones, introduciendo como causa atenuante cualificada, la existencia de un pago resarcitorio previo.

²⁵ H. BROKELMANN la califica de “Directiva reglamentaria”, vid. H. BROKELMANN: “La Directiva de daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, p.1.

nes de daños causados por infracciones de la LDC española, incluida, pese a contar con una acción específica en la LCD, las de los daños derivados de un falseamiento de la competencia por actos desleales²⁶.

20. El grueso de la propuesta se concentra en la modificación de la LEC y en la regulación del acceso a las fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero. La propuesta introduce modificaciones procesales de gran envergadura y en este campo sí se va mucho más allá de las exigencias europeas. Concretamente, se ha aprovechado la trasposición para incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba, aplicable con carácter general, en cualquier ámbito de la legislación mercantil y civil. Se añade a la LEC una nueva Sección dentro del Capítulo dedicado a la prueba, titulada: “*Del acceso a las fuentes de prueba*”, estructurada, a su vez, en tres subsecciones. En la primera de ellas, la más polémica, se contienen disposiciones generales que comprenden, entre otras cuestiones: los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, una lista ejemplificativa de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción de su práctica. Las otras dos subsecciones contienen, respectivamente, las especialidades en materia de propiedad intelectual e industrial y en materia de acciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la competencia. Se da así cumplimiento, en esta última subsección, al mandato europeo de protección de las informaciones contenidas en un expediente de una autoridad de competencia, especialmente en relación a las solicitudes de clemencia.

21. Finalmente, la disposición adicional tercera recoge, alejándose de las técnicas legislativas tradicionales, el listado de definiciones recogido en la Directiva a efectos de introducirlo en el ordenamiento jurídico español y facilitar la labor interpretativa de jueces y tribunales en los procedimientos por daños *antitrust*. Ahora bien, esta inclusión se realiza en el vacío, pues no se prevé, de aprobarse la propuesta un encaje normativo específico de estas definiciones que, a nuestro juicio, deberían recogerse expresamente en la LDC o si son, de carácter procesal, en la LEC. Ello, sin perjuicio del difícil anclaje que puede tener, en nuestra opinión, la importación automática en el ordenamiento nacional de una lista de definiciones diseñada fundamentalmente para facilitar la trasposición “armonizada” de la Directiva en los distintos Estado miembros (“armonización de lo armonizado”).

II. Aspectos procesales

1. Acceso a pruebas

A) *La solución de la Directiva*

22. Una de las áreas en las que más se evidencia la difícil interacción entre *public* y *private enforcement* es en el acceso a las pruebas por parte de los sujetos perjudicados como consecuencia de una violación de las normas de competencia. Las acciones de daño *antitrust* requieren usualmente, un complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa y extenuante actividad probatoria. El principal problema que se plantea es que, generalmente, los elementos de prueba necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento están en poder, exclusivamente de la otra parte o de un tercero, y no son suficientemente conocidos ni accesibles para el actor. La Directiva trata de mitigar los problemas derivados de esta asimetría informativa, a través de una detalladísima regulación del acceso a las pruebas que, bajo una estricta supervisión judicial, pretende encontrar un punto de equilibrio entre la importancia de garantizar a los demandantes el derecho a obtener la divulgación de información relevante para sus pretensiones y el riesgo de incurrir en los denunciados excesos de un sistema de *disclosure* excesivamente amplio como el estadounidense.

²⁶ Disposición adicional primera de la PLTD.

23. En este sentido, en la norma se detalla quienes son los sujetos legitimados para solicitar la exhibición de las pruebas, cuándo debe ser ésta ordenada por el juez y los elementos que tienen que ser ponderados para garantizar el acceso a los documentos²⁷. Igualmente, se contemplan sanciones en los casos de incumplimiento del requerimiento de exhibición de pruebas, destrucción de pruebas pertinentes, incumplimiento de las obligaciones impuestas por el juez nacional en tutela de la información confidencial o, incumplimiento de los límites sobre el uso de pruebas (artículo 8).

24. Dado que la mayoría de las acciones resarcitorias promovidas en relación a ilícitos *antitrust* son acciones de seguimiento o *follow-on*, las cuestiones relativas al acceso a las pruebas se plantean, en gran medida, en relación al acceso a los actos y documentos contenidos en los expedientes de instrucción de una ANC o de la Comisión y, entre éstos, a los *corporate statements* y a los documentos voluntariamente proporcionados por empresas que hayan solicitado un tratamiento favorable.

25. La controvertida cuestión del acceso, por parte de terceros, a las pruebas contenidas en un expediente de una ANC, se resuelve estableciendo:

- Una *protección absoluta* contra cualquier exhibición o *disclosure* de las declaraciones oficiales de empresas en el marco de un programa de clemencia²⁸ (*leniency corporate statements*) y las solicitudes de transacción²⁹ (*settlement submissions*). Los programas de clemencia y los procedimientos de transacción son instrumentos de enorme importancia en la aplicación pública del Derecho de la competencia europea, especialmente, en relación al objetivo de lucha contra los cárteles. Las empresas podrían ser reacias a colaborar con las autoridades a través de un programa de clemencia o de un *settlement* si fueran objeto de divulgación, declaraciones en las que se contengan pruebas autoincriminatorias, como las declaraciones vinculadas a un programa de clemencia o las solicitudes de transacción, elaboradas únicamente a efectos de cooperación con la administración. Dicha divulgación implicaría el riesgo de que las empresas que han colaborado con las autoridades de competencia se encontrarían más expuestas y, por tanto, en una situación peor, que los coautores de la infracción que no han prestado esa ayuda.
- Análogamente, se reconoce una *protección temporal*, hasta la finalización del procedimiento administrativo, en relación a la información preparada por una persona física o jurídica a los solos fines del procedimiento (*ad.ex.* las respuestas de las partes a una solicitud de información) o elaboradas por una ANC en el curso de dicho procedimiento (*ad.ex.* pliego de cargos). La finalidad, en este caso, es impedir que la solicitud de información pueda interferir, de manera indebida, con una investigación en curso de la autoridad de competencia.
- Finalmente, se prevé con carácter general, el acceso a toda la información contenida en un expediente de la autoridad de competencia, siempre que el actor haya presentado una solicitud motivada sobre hechos y pruebas razonadamente disponibles que sean suficientes para sostener la viabilidad de la demanda y que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en medida razonable, de aportar dichas pruebas.

²⁷ En el artículo 5.3 de la Directiva se establece que la exhibición se acordará siempre que la misma resulte proporcionada. A fin de valorar la proporcionalidad, el juez deberá tener en cuenta los intereses legítimos de todas las partes y de los terceros interesados y, en particular: a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; b) el alcance y el coste de la exhibición de pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado y, c) las normas de confidencialidad que afectan a la información contenida en alguna de las pruebas.

²⁸ Por declaración en el marco de un programa de clemencia se entiende: “una declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia” (Directiva. Artículo 2. 16).

²⁹ Una solicitud de transacción hace referencia a “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (Artículo 2. 18 Directiva).

26. En principio, podría pensarse que la incorporación de estas disposiciones comunitarias sobre la divulgación de las pruebas en el ordenamiento español no resultaba particularmente disruptiva. Con carácter general, el sistema procesal español cuenta con mecanismos adecuados en materia de acceso y ponderación de las pruebas por parte de jueces y tribunales (principio de facilidad probatoria, posibilidad, en determinados casos de adoptar medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba reguladas en los artículos 293 y ss. LEC, el deber general de cooperación con las autoridades judiciales del artículo 118 CE, etc.). Junto a estos principios generales, la LEC regula el deber de exhibición de documentos en poder de la contraparte o de terceros (artículos 328 y ss.). Por lo que al acceso de documentos *inter partes* se refiere, la exhibición ha de ser solicitada al órgano judicial quien estimará o no su conveniencia. La ley exige la perfecta identificación del documento cuya exhibición se pretende, en principio, mediante una copia o, en ausencia de la misma, mediante su descripción detallada (artículo 328 LEC). En el caso de negativa injustificada a la exhibición y desde el punto de vista de la eficacia probatoria, la Ley permite al juez dar fuerza probatoria plena a la copia del documento requerido o a la versión que del contenido del mismo haya dado la parte que pretende la exhibición (artículo 329 LEC)³⁰.

27. No obstante, de la Directiva se deducen una serie de exigencias que no estaban previstas en el ordenamiento español y que exigían necesariamente la introducción de cambios. En este sentido, es preciso regular de manera específica, al menos³¹ la prohibición absoluta de *disclosure* de la información obtenida en el marco de un programa de clemencia, ya que no existe ninguna norma que contemple esta cuestión. La LDC limita la protección de las declaraciones de los solicitantes de clemencia al procedimiento administrativo, pero no la extiende a los demandantes de daños derivados de infracciones de la competencia. El único texto que contenía una solución en línea con la prevista en la Directiva era una Comunicación de la extinta CNC³², carente de valor normativo, en la que se negaba el acceso a terceros de las declaraciones de los solicitantes de clemencia³³.

28. En segundo lugar, el procedimiento previsto en el texto europeo permite un acceso mucho más amplio a los documentos. De hecho, en el ordenamiento procesal español no se recogen dos medidas que la Directiva posibilita de forma expresa: el acceso a categorías de documentos y la eventual exhibición documental con carácter previo al juicio que parece deducirse del artículo 7.3 de la Directiva. Por último el régimen de sanciones europeo es mucho más riguroso en la delimitación de las posibles consecuencias adversas del incumplimiento que el previsto en la LEC.

29. ¿Qué ha hecho la PLTD al respecto? Si bien en el ámbito denominado “sustantivo” la PLTD se limita prácticamente a reproducir el articulado de la Directiva, recogiendo todas las propuestas en el nuevo título cuya inclusión a la LDC se propone, la propuesta procesal es mucho más ambiciosa y rompedora. Ésta se concreta en una reforma de la LEC en materia de acceso a las fuentes de prueba, dividida en tres partes. Una primera de carácter general que afecta a todos los litigios civiles y mercantiles, y

³⁰ En la LP (artículo 63) y en la LM (artículo 43.3) se recoge de forma expresa la posibilidad de los titulares del derecho de propiedad industrial de exigir al responsable de la infracción de su derecho la exhibición de documentos, a fin de proceder a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos. Esta regulación es fruto de la incorporación en el ordenamiento jurídico español de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 *relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, a cuya incorporación obedecen los artículos 43,4 LM, 65 LP y 54.4 LDI. Con carácter general, sobre la repercusión en nuestro ordenamiento jurídico de esta Directiva, vid. D. PELLISE URQUIZA: “Incidencia en el Derecho Procesal español de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual” en AA.VV.: *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, 2005, pp. 795 y ss.

³¹ La legislación española no contempla, por el momento, la figura del *settlement*, de frecuentísimo uso por parte de la Comisión.

³² *Comunicación de 19 de junio 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia* in <https://www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf>

³³ “*Respecto de las acciones de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones de cártel sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNC no facilitará copias de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues ello operaría en detrimento de la eficacia del programa de clemencia*”.

dos especiales, en las que se tienen en cuenta las particularidades existentes en el marco de la propiedad industrial e intelectual así como en el caso de acciones por daños derivados de ilícitos *antitrust*. En el apartado siguiente de este trabajo se analiza, con un cierto detenimiento y desde una perspectiva crítica, la propuesta de modificación de la LEC que, con carácter general afecta al acceso a las fuentes de prueba. La regulación “novedosa” que se propone parece encontrar un cierto reflejo en la técnica del *discovery* americano y, como tendremos ocasión de desarrollar posteriormente, su inclusión en nuestro Derecho puede plantear algunas fricciones.

30. Pese a la existencia de una regulación de carácter general, se ha optado por incluir disposiciones específicas en materia de competencia. A esta finalidad obedece la propuesta de una Subsección en la que se contemplan diversas cuestiones que afectan a las medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. A esta subsección se han reconducido, de forma prácticamente literal, las disposiciones previstas en la Directiva, fundamentalmente lo referido al acceso a la información contenida en el informe de una ANC y, señaladamente, la protección absoluta y relativa de información analizada en apartados anteriores.

B) La propuesta de reforma de la LEC en materia de acceso a fuentes de prueba

a) Objetivo y sistemática de la propuesta

31. La PLTD ha optado por incluir en la LEC. las modificaciones procesales que deben producirse como consecuencia de la integración de la Norma comunitaria en el ámbito interno. En este sentido establece una serie de disposiciones para facilitar el acceso a pruebas que obren en poder de la otra parte o de un tercero en procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia. La propuesta ha estimado conveniente no continuar con la línea legislativa instaurada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, *por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*, que se decantó por garantizar el cumplimiento de las exigencias de acceso a información y prueba en los procesos por infracción de las normas de propiedad intelectual e industrial incluyendo previsiones específicas dentro de los institutos procesales existentes que, de este modo, resultaban conservados. En este sentido se afirma que seguir el mismo criterio en el presente caso generaría distorsiones y agravios comparativos respecto de los demás ámbitos de la litigación civil y mercantil, donde los justiciables disponen de pocas herramientas eficaces para acceder a las fuentes de prueba que obran en poder de la contraparte o de terceros. En conclusión se opta por incorporar en la LEC una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba que será aplicada de forma general y en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, todo ello modulado e informado por el principio de proporcionalidad.

32. La Propuesta de trasposición de la Directiva se decanta, por tanto, por suprimir dos instituciones que ofrecen gran utilidad en este ámbito y que presentan algunos puntos de conexión: las diligencias preliminares y la exhibición de documentos a efectos probatorios cuando obran en poder de la otra parte o de un tercero, de forma que resultan derogados los arts. 256 a 263, relativos a las primeras, y los arts. 328 a 333 referidos a la segunda, todos ellos de la LEC³⁴. Se introduce, en su lugar, una Sección 1ª bis dentro del Capítulo V (alusivo a las disposiciones generales de la prueba), del Título I, (disposiciones comunes a los procesos declarativos), del Libro II (de los procesos declarativos) intitulada “Del acceso a las fuentes de prueba” en la que se incluye aspectos y contenidos propios de una y otra figura, junto con determinadas previsiones específicas³⁵.

³⁴ Vid. Disposición Derogatoria única 2 de la Propuesta.

³⁵ Desde el punto de vista sistemático, la Sección 1ª bis consta de 3 apartados: la Subsección 1ª, donde se regulan las

b) Contenido y finalidad de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos a efectos probatorios

33. Para analizar la pertinencia de la regulación prevista en la Propuesta de transposición de la Directiva es preciso realizar una aproximación, siquiera somera, al concepto, contenido y finalidad de las figuras que resultan afectadas. Se trata de dos institutos distintos en su operatividad procesal y en el fin que están llamados a cumplir.

34. Las diligencias preliminares (arts.256 a 263 LEC) son una actividad preprocesal cuyo objeto es, precisamente, que el solicitante pueda conocer determinados aspectos relevantes relativos a la capacidad, legitimación, etc. que le permitan preparar el ulterior juicio u obtener información sobre la viabilidad y la conveniencia de entablarlo³⁶. Con ellas no se incoa ningún proceso porque no se ejercita ninguna pretensión ni sus decisiones tienen eficacia de cosa juzgada. Tampoco son, en sí mismas, un instrumento idóneo para asegurar la fuente de prueba o anticipar la práctica del medio de prueba. Su objetivo no es la obtención de pruebas ni se identifican con las medidas cautelares, ya que éstas están preordenadas a garantizar la efectividad de la tutela que se dicte en el proceso principal en el que se acuerdan³⁷.

35. La exhibición de documentos (arts. 328 a 333 LEC) es una modalidad de práctica de la prueba documental, una actividad netamente procesal, por tanto, (salvo los supuestos de conformación como prueba documental anticipada solicitada antes de la incoación del proceso) que, a diferencia del caso anterior, no presenta una finalidad propedéutica consistente en la preparación del proceso, sino que ésta consiste en permitir el acceso a determinadas fuentes de prueba de las que no dispone la parte para que puedan ser introducidas procesalmente a través del oportuno y pertinente medio probatorio³⁸. Todo ello a efectos de fundamentar la pretensión/defensa y obtener así una resolución favorable.

c) Conveniencia de una regulación como la contenida en la PLTD

36. Perfilado en sus líneas esenciales el contenido de las dos figuras afectadas por la reforma es preciso analizar si es necesario, o siquiera conveniente, optar por una regulación como la contemplada en la PLTD. Apuntamos algunos aspectos problemáticos a este respecto, prescindiendo de aquella regulación que, a nuestro modo de ver, no genera fricciones en su aplicación.

37. Con carácter previo al examen anunciado es preciso advertir que la Directiva alude en su contenido exclusivamente a la “exhibición de pruebas”³⁹, lo que evidencia que no era necesario-o al menos no era imprescindible- afectar a la regulación propia de las diligencias preliminares, ya que la finalidad fundamental de éstas es, como acaba de verse, la preparación del potencial proceso posterior no guardando, por tanto, una relación necesariamente esencial ni directa con el acceso a la prueba.

38. No compartimos la afirmación de que para trasponer la Directiva no es conveniente forzar la inclusión de su contenido en las instituciones preexistentes tal y como se hizo con las diligencias en materia de patentes, propiedad industrial e intelectual y ello por varias razones:

“Disposiciones generales”, (arts. 283 bis a) a 283 bis n)), la Subsección 2ª que incorpora las “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, (arts. 283 ter a) a art. 283 ter f)) y la Subsección 3ª, que contiene “Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia”, (arts. 283 quater a) a art. 284 quater e). Se incluyen, además, tres Disposiciones adiciones, una disposición transitoria única, la disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

³⁶ Vid. J. MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 150; M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS;: *Derecho Procesal Civil*, 14ª ed. Cizur Menor, 2015, p. 249.

³⁷ Vid. F. MARÍN CASTÁN (Dir.): *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1274.

³⁸ Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 228-229.

³⁹ Vid. al respecto tanto la explicación contenida en los Considerandos de la Directiva como el Capítulo II intitulado “Exhibición de las Pruebas” y, en especial, los arts. 5 a 7.

En primer lugar, porque, precisamente y como acaba de decirse, existía el antecedente propio de Ley 19/2006, de 5 de junio, que no “forzando” las previsiones existentes, incorporó la normativa comunitaria sin operar una modificación tan drástica como innecesaria.

En segundo lugar, porque se ha cambiado todo para, en alguna manera, concluir manteniéndolo igual. A este respecto se observa que, si bien las diligencias preliminares dejan de existir como tales, su contenido ha sido netamente incorporado al art. 283 bis g) bajo el título de “medidas específicas de acceso a fuentes de prueba” con dos modificaciones: la primera se refiere a la sustitución del actual enunciado “todo juicio podrá prepararse” por el de “podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas de acceso a fuentes de prueba”; la segunda se refiere a la inclusión de forma novedosa de las medidas de acceso a fuentes de prueba relativas a las acciones de resarcimiento de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia (art. 283 bis g) *in fine*), remitiendo a las subsecciones 2º y 3º, respectivamente, para su regulación y régimen en procesos relativos a la propiedad intelectual e industrial y en procesos para el ejercicio de acciones de daños por violación del derecho de la competencia.

Ciertamente, la materia propia del Derecho de la competencia presenta unas peculiaridades que exigen un tratamiento específico y contextualizado, pero ello no justifica operar una inversión de los términos estableciendo éste como régimen general, porque su aplicación indiscriminada genera, como se verá a continuación, importantes disfunciones.

39. En otro orden de cosas, la PLTD ha procedido a adaptar la aludida mención a la “exhibición de pruebas” a nuestro ordenamiento procesal “rebautizándola” bajo la fórmula de “acceso a las fuentes de prueba”, entendiéndose que éstas se identifican, según la Exposición de Motivos II, párrafo 8º, con “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno”. De este modo se quiere respetar la tradicional distinción entre fuentes de prueba -elementos que existen en la realidad con anterioridad al proceso- y medios de prueba -conceptos jurídicos que sólo existen en el proceso, y que se conforman como los instrumentos procesales a través de los cuales se incorporan las fuentes a aquél-⁴⁰. La adaptación realizada por la Propuesta de trasposición es del todo acertada ya que la referencia a la exhibición de las pruebas que regula la Directiva se identifica con el acceso a las fuentes de prueba en Derecho español.

40. No obstante estos aspectos positivos, la refundición de las dos instituciones aludidas (diligencias preliminares y exhibición de documentos) en un conjunto de actuaciones englobadas por la fórmula de “medidas de acceso a las fuentes de prueba (arts. 283 bis a) y ss)” con especial mención a específicas fuentes de prueba (art. 283 bis g) genera una serie de problemas que guardan relación, entre otros aspectos, con el momento procesal de operatividad de cada una de ellas y con la diversa finalidad que están llamadas a cumplir. Abordamos a continuación estas cuestiones.

41. En primer lugar, puede parecer carente de sentido aludir a la finalidad de las diligencias preliminares cuando de prosperar la regulación contenida en la PLTD resultarían derogadas. Ha de apuntarse, no obstante, que el hecho de que dejen de existir formalmente no supone que deje de ser necesaria su existencia. Su supresión formal no resuelve, por tanto, el problema real de su imprescindible presencia, ya que el futuro actor que pretenda entablar de forma solvente un proceso puede seguir precisando de información que no obre en su poder.

42. En segundo lugar, el art. 283 bis a) permite que el actor, demandado o sujeto que se proponga demandar solicite al órgano judicial la adopción de todas aquellas medidas necesarias para acceder a las fuentes de prueba en poder de la otra parte o de terceros que, a juicio del tribunal, permitan al solicitante tomar conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la

⁴⁰ Vid. J. MONTERO AROCA. *cit.*, p. 196 “Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal (Sentís Melendo)”.

imagen, instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, informes periciales, testigos, sujetos que podrían ser interrogados como parte y reconocimientos judiciales, si bien el acceso a la fuente no exime a la parte solicitante de proponer regularmente el medio de prueba pertinente. El precepto incorpora una regulación coordinada de la solicitud de fuentes de prueba para proceder a su pertinente encaje procesal a través de correspondiente medio de prueba previsto en el art. 299 LEC.

43. Esta última afirmación supone concluir, en tercer lugar, que el objetivo de todas las medidas previstas es acceder a fuentes de prueba entendidas como “todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno” de forma que quien formule la solicitud, ha de acreditar que las medidas son necesarias para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles en el proceso pendiente o que se vaya a incoar (art. 283 bis c) 1.a)⁴¹.

De ser esto así, en esta regulación no tendría cabida la petición de información para iniciar el proceso, propia de las diligencias preliminares porque su finalidad directa no es obtener fuentes de prueba para contribuir a formar la convicción judicial⁴², sino disponer de determinados datos (relativos, por ejemplo, a la capacidad, representación, legitimación, etc.) para, en su caso, instar la iniciación del proceso. La consecuencia relevante en este punto es que podrán ser judicialmente inadmitidas las solicitudes enderezadas a preparar el proceso porque no se acomodan al *telos* que contempla la norma y, consecuentemente, quien se plantee documentarse para decidir sobre la iniciación de un proceso puede resultar privado de datos esenciales para hacerlo.

44. En cuarto lugar, la PLTD establece una regulación común que permite que las medidas de acceso a las fuentes de prueba puedan ser solicitadas al tribunal por el actor, por el demandado, pero también por todo sujeto que se proponga demandar (art. 283 bis a) 1). Es en este último supuesto, en el que encajarían las actuales diligencias preliminares ya que siempre operan antes de la demanda con la finalidad de preparar el proceso, mientras que las medidas solicitadas en la demanda por el actor, o en la contestación por el demandado, tienen por objeto, en su caso, preparar la prueba en un proceso ya existente. La previsión de un régimen indiscriminado en este punto, puede acarrear disfunciones en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan como se expondrá a continuación.

44.1. El art. 283 bis j) regula el momento para la solicitud de acceso a fuentes de prueba disponiendo que ésta puede formularse antes de la incoación del proceso, en la demanda o pendiente el proceso. En el primer supuesto, el solicitante debe indicar las acciones que pretende ejercitar entendiendo la PLTD que, en este caso, la solicitud dará comienzo a la litispendencia siempre que se establezca con claridad lo que se vaya a ser objeto del proceso. A nuestro modo de ver, y conforme al art. 410 LEC, la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda si ésta es admitida. Dicho de otro modo, hay litispendencia cuando existe un litigio pendiente no cuando, como puede suceder en algunos casos, simplemente se solicita información para decidir si incoarlo⁴³. La crítica, en este punto es que la solicitud de información para iniciar el proceso dirigida al tercero o a la otra parte a través del juez no “procesaliza” la situación, sino que simplemente la “judicializa”.

44.2. El art. 283 bis m) contempla las consecuencias que se derivan de la obstrucción en la práctica de las medidas. Veamos más detenidamente alguna de ellas:

⁴¹ Recuérdese que, siguiendo la Exposición de Motivos, lo que se pretende con la nueva regulación es permitir “que los justiciables tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba”.

⁴² Las diligencias preliminares no pueden entenderse comprendidas bajo el *nomen* de acceso a las fuentes de prueba porque, sin perjuicio de que la documentación exhibida pueda ser utilizada en su caso como fuente de prueba documental, lo cierto es que ni tiene porque cumplir con ese fin ni es esa la finalidad que están primordialmente llamadas a cumplir.

⁴³ Vid. M. ORTELLS RAMOS/R. BELLIDO PENADÉS, *Derecho Procesal Civil. cit.*, p. 267. Asimismo vid. J. MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 285 y 286. Con la palabra litispendencia se está haciendo referencia a la pendencia de un litigio. En cuanto al tiempo de la litispendencia afirma que lo problemático ha sido la determinación del momento inicial, el *dies a quo*, “aunque ahora debe estarse al art. 410 LEC: Se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”.

El art. 283 bis m) 1) prevé que el juez pueda acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueda incurrir el solicitado por desobediencia a la autoridad judicial. Pero, además, el art. 283 bis m) 1. a) dispone que el solicitante podrá pedir que el juez declare como admitidos los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, debiendo fijar con precisión a estos efectos, los hechos a los que debe extenderse la declaración. Esta previsión, que ya se contempla en la regulación de algunas de las diligencias preliminares (art. 261. 1º y 4º LEC) tiene el inconveniente de que, referida a ciertas “fuentes” de prueba, por ejemplo las relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, etc. no puede suponer reconocer o admitir una capacidad, legitimación etc. que se tiene o no se tiene, pero que, en ningún caso, puede resultar otorgada por la negativa o la obstaculización⁴⁴.

Por otra parte, el art. 283 bis m) 2) dispone que, en caso de obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, el solicitante puede pedir al tribunal que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular, para ello fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento tácito. Varias cuestiones han de tenerse en consideración en este punto.

- 1º) El allanamiento es un acto de disposición intraprocesal del demandado respecto al fondo⁴⁵ que no puede producirse cuando aún no existe una pretensión formulada ni, por tanto, un demandado que pueda allanarse, ni siquiera cuando se explicita qué pretensión se tiene intención de formular. Esta figura exige, en definitiva, la litispendencia. El problema es que este supuesto es posible dada la afirmación contemplada en el art. 283 bis j) 2): la solicitud de las medidas de acceso antes de la iniciación del proceso genera litispendencia si se establece con claridad lo que vaya a pedirse. La regulación, a nuestro modo de ver, no es correcta. Si la solicitud previa al proceso no produce pendencia del proceso, no cabe en este momento procesal hablar de allanamiento del futuro demandado. Ello significa que aunque el solicitante podría pedir tal consecuencia, el juez no debería concederlo.
- 2º) El allanamiento tácito se contempla puntualmente en la LEC (siempre pendiente un proceso). Así sucede en algunos casos en el juicio verbal; ejemplificativamente⁴⁶, la incomparecencia del demandado a la vista equivale al allanamiento en procesos para la efectividad de derechos reales inscritos en el registro de la propiedad (art. 440.2 LEC) y en los procesos de desahucio (art. 440.3 LEC) el silencio ante el requerimiento de pago o la incomparecencia a la vista se traducen en allanamiento. Ciertamente en el supuesto que nos ocupa no existe inactividad, sino obstrucción en el acceso a la información necesaria para el solicitante pero, en todo caso, parece excesivo inferir que la obstaculización equivale, a modo de sanción (a estos efectos es más adecuada la imposición de multas coercitivas previstas en el apartado d) de este mismo precepto) a un acto de disposición material sobre el objeto del proceso cuando puede suceder que ni siquiera el proceso se haya entablado y, por tanto, no existe en buena técnica objeto procesal sobre el que disponer.

⁴⁴ Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.*, p. 152. En relación con las la primera de las diligencias preliminares contempladas en el art. 261 afirma que, según este precepto si el sujeto pasivo no comparece, no contesta o contesta de modo evasivo, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del proceso posterior, pero esto no puede suponer que existan la capacidad, la representación o la legitimación, sino sólo que el demandado no podrá negar los hechos.

⁴⁵ Vid. M. ORTELLS RAMOS, *cit.*, p. 393; J. MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 360-361. El allanamiento es un acto procesal por el que el demandado manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con ella, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará. Entre sus efectos se encuentra la terminación del proceso por conformidad con las pretensiones del actor, con la salvedad de que se trate de un allanamiento parcial

⁴⁶ Otros supuestos son los de los art. 441.4, art. 250.1 10º y 11º la inasistencia del demandado a la vista supone el dictado de sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. art. 602 LEC la no contestación a la demanda en la tercería de dominio se entiende como admisión de los hechos alegados por el tercerista en la demanda, lo mismo sucede con la tercería de mejor derecho (art. 618 LEC). Vid. J. MONTERO AROCA, *cit.* p. 296, y M. ORTELLS RAMOS, *cit.*, pp. 275 y 276.

- 3º) Asimismo, el art. 283 bis m) c) permite a quien solicite estas medidas que, en caso de obstrucción por el solicitado, el tribunal acuerde la desestimación total o parcialmente de las excepciones o reconvenções que pudiese ejercitar en el proceso principal. Para ello el solicitante fijará con precisión las excepciones o reconvenções a los que, a su juicio, debe extenderse la desestimación. Entendemos que es extensible en este punto la crítica realizada en el apartado anterior en cuanto a lo oneroso de la medida a imponer y a la cuestionada posibilidad de que pueda acordarse la desestimación de las defensas y pretensiones esgrimibles en un futuro proceso inexistente en el momento en que se acuerda.

2. Valor del pronunciamiento administrativo en el juicio civil

A) Situación pre-Directiva

45. La aplicación concurrente del Derecho de la competencia desde dos perspectivas: pública y privada y, por tanto, desde dos procedimientos y jurisdicciones suscita necesariamente la cuestión de la coordinación entre ellas. Fundamentalmente, el problema se presenta en el caso de acciones de seguimiento o *follow-on*, es decir, acciones civiles entabladas tras una resolución administrativa de una ACN o de la Comisión –firme o no-, en las que se constata la existencia de un ilícito competitivo. Esta interrelación entre procedimientos plantea como primera y esencial cuestión el valor que cabe atribuir a la resolución administrativa en la que se establece la existencia de un acuerdo anticompetitivo o de una conducta abusiva por parte de una empresa dominante en relación al juez civil. La efectividad y coherencia del propio sistema –que se pondría en entredicho en caso de resoluciones discrepantes sobre los mismos hechos- depende de lograr un punto de equilibrio en este delicado terreno en el que aparecen implicados principios de la envergadura de la independencia judicial o los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

46. El reconocimiento de valor vinculante a la resolución administrativa en la que se constata una infracción *antitrust* en un posterior juicio civil posee, innegablemente, enormes ventajas en la práctica, tanto generales como particulares. En primer lugar, al evitar que el juez civil vuelva a tener que discutir sobre los mismos hechos, anula el riesgo de soluciones contradictorias, con la subsiguiente tutela y refuerzo de la seguridad jurídica. Además y, en atención a la complejidad técnica que conlleva la aplicación de las normas *antitrust*, garantiza que ésta haya sido realizada por órganos especializados, dotados de mayores medios y facultades de investigación.

47. Desde la perspectiva del perjudicado en su patrimonio como consecuencia de una conducta anticompetitiva, es indudable que las posibilidades de éxito de sus pretensiones se pueden ver reforzadas si existe una previa decisión administrativa sancionadora de la conducta que vincule a los tribunales civiles. En efecto, dependiendo del valor que se otorgue a la resolución de la autoridad de competencia, podría facilitarse al actor la prueba no sólo del hecho ilícito⁴⁷, sino incluso de otros presupuestos de la responsabilidad civil como la existencia de dolo o culpa⁴⁸ o, incluso, dependiendo de la práctica exami-

⁴⁷ Acreditar que se ha producido una vulneración de las normas de competencia, en ausencia de un pronunciamiento administrativo previo, puede ser un ejercicio de enorme complejidad y muy difícil cumplimiento, tanto por la existencia de importantes asimetrías informativas entre las partes como, en el caso de las infracciones más graves, por los propios costes de detección e identificación de la conducta prohibida.

⁴⁸ La configuración del régimen español en materia de responsabilidad extracontractual descansa en la idea de culpa (art.1902 CC), lo que supone que el demandante tiene que probar que la conducta ilícita fue realizada negligente o dolosamente. Ahora bien, en ocasiones, es posible acreditar la culpa mediante presunciones (con la correspondiente inversión de la carga de la prueba). En el campo de acciones resarcitorias derivadas de infracciones de la competencia, se ha defendido por los tribunales (en línea con las propuestas comunitarias contenidas, por ejemplo, en el Libro Blanco), que la resolución administrativa de ilicitud de la conducta puede ser considerada prueba de la acción culposa del infractor, trasladándose a éste la carga de demostrar que la infracción fue en realidad, el resultado de un error excusable genuinamente (vid.*ad.ex.* Sentencia del JPI núm.4 de Madrid de 7 de junio de 2005).

nada, del nexo causal entre el comportamiento ilícito y el daño⁴⁹. Por tanto, al proteger a las víctimas, tutelando sus intereses, favorece el desarrollo de la aplicación privada.

48. A nivel europeo, el Reglamento 1/2003 (art.16), recogiendo normativamente la solución ofrecida por el TJUE en el caso *Masterfoods (cit)*, atribuye expresamente valor vinculante, en relación a todas las ANC y jueces de los Estados miembros a las decisiones de la Comisión de constatación de una infracción *antitrust* (adoptadas o simplemente “previstas” o, incluso suspendidas cautelarmente por el juez comunitario⁵⁰) que se refieran a los mismos hechos objeto de procedimiento administrativo o judicial nacional⁵¹.

49. Por lo que se refiere a las decisiones de las autoridades nacionales, la situación es muy diversa dependiendo de los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Alemania y Austria, sus jueces están vinculados no sólo por las decisiones de sus autoridades administrativas, sino también por las de las autoridades del resto de Estados miembros. En el Reino Unido, Bulgaria y Hungría la vinculación se establece únicamente en relación a las decisiones de las autoridades de competencia propias. Existen, a su vez, notables divergencias sobre el momento en el que se produce la vinculación (por ejemplo, desde la mera resolución administrativa o sólo cuándo ésta haya alcanzado firmeza en vía judicial) así como sobre su alcance, es decir, sobre los elementos que específicamente vinculan al juez (los hechos simplemente o también su calificación jurídica). En Italia, se considera que la decisión administrativa que sanciona la existencia de una infracción *antitrust*, adoptada por la AGCM tiene simplemente el valor de prueba privilegiada, operando como presunción *iuris tantum* de ilegalidad, en el caso de ejercicio de eventuales acciones resarcitorias⁵². Esta misma solución defiende Estados como Dinamarca o Polonia.

50. En España,⁵³ en este momento, tan solo las decisiones de la Comisión, por imperativo comunitario, tienen fuerza vinculante. No existe un pronunciamiento formal al respecto, por lo que operaría plenamente el principio de independencia judicial, y, por tanto, el juez podría valorar de forma autónoma los elementos del ilícito concurrencial. Si bien, inicialmente, podría pensarse que el riesgo de resoluciones civiles contradictorias con las resoluciones administrativas es más hipotético que real, dado las distintas finalidades de uno y otro procedimiento, y la plena competencia –y libertad- del juez para decidir sobre el resto de presupuestos de la responsabilidad civil: la existencia de un daño derivado causalmente del acto ilícito y de una conducta culpable, en la práctica se han planteado situaciones de conflicto. Por tanto, conviene, antes de entrar a analizar el impacto de la Directiva, delimitar el alcance de este principio de independencia del juez, distinguiendo entre el carácter vinculante de las decisiones de la CNMC (u otras autoridades administrativas) y, en su caso, el de las sentencias que las revisen por vía contencioso-administrativa.

⁴⁹ El demandante, en una acción de resarcimiento, tiene que acreditar la existencia de un daño, es decir, que la conducta del infractor ha conducido a una lesión de su patrimonio individual. Como tendremos ocasión de examinar más adelante, la Directiva ha fijado una presunción *iuris et de iure* de que determinadas prácticas anticompetitivas, concretamente los cárteles, causan daños y perjuicios (art. 17.2). Esto significa que, acreditada la existencia de un cártel, se considera acreditado a su vez que éste ha causado un daño, correspondiendo entonces a la víctima demostrar que su patrimonio es uno de los afectados por dicho daño.

⁵⁰ La vinculación se produce independientemente de si la decisión de la Comisión es definitiva o ha sido cuestionada en un recurso de anulación ante el TJUE.

⁵¹ Esto supone que si bien el juez conserva siempre su derecho de interponer una cuestión prejudicial, está sujeto a la decisión sobre compatibilidad o incompatibilidad de una conducta con los artículos 101 y 102 TFUE, sin que pueda realizar un juicio autónomo sobre estos extremos. Vid. *in extenso*, sobre el origen y alcance del artículo 16 del Reglamento 1/2003, el completo análisis de A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho *antitrust*”, *CDT*, vol. 7, núm.2, 2015, pp. 114 y ss.

⁵² Pese a que exista una resolución de infracción, es necesario garantizar al demandado la posibilidad de demostrar la interrupción del nexo causal entre el ilícito constatado en sede administrativa y el daño pretendido por el actor. Ahora bien, en ningún caso, el demandado puede volver a litigar sobre las mismas circunstancias de hecho que hayan sido ya acreditadas en el procedimiento administrativo Vid. M. CARPAGNANO: “Responsabilità...”, cit. p. 854.

⁵³ Idéntica situación era predicable de Bélgica o Francia. Vid. A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, cit., pp. 144 y ss

51. Pese a que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no ha sido una cuestión pacífica, actualmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han reconocido la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material⁵⁴. Esta interpretación también ha sido defendida por el Tribunal Supremo, en el célebre caso del azúcar⁵⁵, si bien, dado el carácter movedizo de las arenas en que se mueve de forma, a nuestro juicio, deliberadamente ambigua, al menos por lo que se refiere al alcance de la vinculación. El Tribunal estableció que los hechos probados por la autoridad administrativa (incluida su gravedad) **y ratificados por la jurisdicción contenciosa**⁵⁶, adquieren el efecto de cosa juzgada y que, en caso de que los jueces quieran realizar una interpretación jurídica diversa de la realizada por la autoridad de competencia de dichos hechos deben hacerlo de manera explícita y razonada.

52. Con relación a las resoluciones administrativas, es decir, a las decisiones de constatación de una infracción de la CNMC (o de las autoridades de la competencia autonómicas), éstas, en ningún caso tienen carácter vinculante para el juez civil⁵⁷. Lo contrario significaría reconocer la existencia de ámbitos de actuación administrativa exentos de control judicial. El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma tajante en esta cuestión, recalcando la diferencia entre resoluciones administrativas y resoluciones contencioso-administrativas a efectos de vinculación al juez civil y, así, en su sentencia de 9 de enero de 2015⁵⁸, recuerda que: “(...) una decisión de la CNC ... es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión (...). Pero la resolución de la CNC sobre la ilicitud del pacto entre empresas fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil que debe pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicional o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil”.

53. En el caso de decisiones de las autoridades administrativas de competencia, se prevén únicamente una serie de mecanismos de coordinación y cooperación tendentes a garantizar una aplicación uniforme del Derecho nacional de competencia y a evitar soluciones discrepantes. En este sentido, el juez civil tiene la posibilidad de suspender el procedimiento en el caso de que ya exista un procedimiento administrativo abierto sobre los mismos hechos⁵⁹. A esta misma finalidad obedece la introducción en 2007 de una figura procesal, hasta el momento extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pero presente en otras jurisdicciones como la estadounidense. Se trata de la estructura conocida como “*amicus curiae*”, que posibilita la intervención de las autoridades de competencia (europeas, nacionales o autonómicas) en los procesos civiles, sin tener la condición de parte, ya sea por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o la presentación de observaciones sobre cuestiones

⁵⁴ Vid. I. SANCHO GARGALLO: “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss..

⁵⁵ Sentencia del TS de 7 de noviembre 2013, Sala de lo Civil, núm. 651/2013, *Azúcar*.

⁵⁶ El TS, en ningún momento, examina la posibilidad de que el juez civil resulte vinculado por una decisión administrativa (*id. est.*, por la decisión sancionadora de la CNMC), sino que se refiere siempre a la vinculación entre resoluciones judiciales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales. De hecho, la propia rúbrica que encabeza el motivo en que se analiza esta cuestión, elimina cualquier posible duda al respecto, al referirse exclusivamente a “*la trascendencia de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por la del Tribunal Supremo*”.

⁵⁷ Vid. A. ARRIBAS: “La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad”, en L.A. VELASCO y otros (dirs.): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit., pp. 176-177.

⁵⁸ Sentencia del TS de 9 de enero 2015, núm. 634/2014, *Media Pro/Sogecable*.

⁵⁹ La suspensión por prejudicialidad administrativa se encuentra regulada en los artículos 434.3 y 465.5 LEC, en los que se establece que tanto el Juez de lo Mercantil como la Audiencia Provincial podrán suspender el plazo para dictar sentencia cuando “tengan conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las CC.AA. y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”.

relativas a la aplicación de las normas de competencia europeas y nacionales⁶⁰. Todo ello, sin perjuicio además, de que, en muchos casos nos encontremos, pese a la ausencia de una vinculación *de iure*, con una vinculación *de facto*, que determina que las decisiones de la CNMC gocen de gran valor probatorio ante los tribunales civiles y que éstos la reconozcan cierta *auctoritas*, asumiendo el juicio realizado por ésta sobre si los hechos en los que se basa la infracción civil constituyen o no una infracción desde el punto de vista del Derecho *antitrust*.

B) El artículo 9 de la Directiva: ¿nuevo límite al principio de independencia judicial?

54. Con el trasfondo analizado, se prueba la Directiva que entra en un terreno aún más delicado, ya que el objeto de su regulación lo constituye ahora, no el efecto de decisiones de órganos comunitarios, sino el efecto de las decisiones de las autoridades de competencia nacionales ante los tribunales civiles nacionales. Ya no estamos en presencia de disposiciones o normas europeas cuya tutela y garantía de una aplicación uniforme justifique la intervención de las autoridades comunitarias. Rechazando soluciones intermedias, como la fijación de presunciones rebatibles de validez de las decisiones de las autoridades de la competencia, se establece, de forma paralela a la solución adoptada en el Reglamento 1/2003 en relación a las decisiones de la Comisión, el carácter vinculante de las constataciones de infracción de la normativa de competencia recogidas en decisiones firmes de las autoridades nacionales de competencia o de los órganos jurisdiccionales de revisión a efectos de las demandas de daños y perjuicios presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 9)⁶¹. En relación a las resoluciones de autoridades de competencia de otros Estados miembros, la redacción final, ante las resistencias encontradas, se separa de propuestas anteriores que defendían idéntica solución y simplemente se les reconoce su valor como “indicio razonable” de la existencia de una infracción de las normas de competencia⁶².

55. La PLTD, siguiendo el mandato comunitario, contempla, en el título relativo al contenido sustantivo, la vinculación de la autoridad judicial civil a la resolución administrativa firme tanto de las autoridades de competencia nacionales como de las autoridades de competencia extranjeras. Haciendo uso de la libertad permitida por la norma europea y siguiendo el modelo alemán, propone la superación del tradicional alcance territorial de las decisiones administrativas. Esta decisión ha de ser valorada positivamente en cuanto, constituye un ejercicio de coherencia y racionalidad económica, cuyos riesgos además se eliminan si existen mecanismos que garanticen que en la resolución de la autoridad extranjera (que entendemos habrá de ser firme también) se han respetado convenientemente los derechos de la defensa⁶³.

⁶⁰ El objeto de la intervención, por tanto, no lo constituye en ningún caso la defensa de una pretensión particular, sino simplemente facilitar la resolución del caso, proporcionando al tribunal civil información relevante, generalmente objeto de un expediente administrativo relacionado, así como garantizar que el Derecho de la Competencia sea aplicado de forma coherente, informando sobre los criterios y reglas de su aplicación. Con carácter general, sobre la figura del *amicus curiae* en procedimientos de competencia, Vid. J. GUILLÉN CARAMÉS: “La intervención de las autoridades administrativas de competencia en la aplicación judicial privada del Derecho de la competencia”, en L.A.VELASCO y otros (Dirs.): La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 250 y ss. Recoge distintos casos en los que la CNC ha intervenido como *amicus curiae*, J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS: “Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del *amicus curiae* en España”, Barcelona, 2012, disponible en <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-10-ESP.pdf>.

⁶¹ *Los Estados miembros velarán porque 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 ejecutada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9.1).*

⁶² *Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales, al menos como PRINCIPIO DE PRUEBA de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes (artículo 9.2).*

⁶³ Vid. *in extenso*, sobre este punto y el debate al que dio lugar en el ordenamiento jurídico alemán: A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *CDT*, vol. 7, núm.2, 2015, pp. 144 y ss.

56. La doctrina ha señalado que, el artículo 9 añadiría un nuevo límite a la independencia del poder judicial, ampliando en ciertos supuestos la competencia de las ANC en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción⁶⁴. ¿En qué supuestos? ¿Qué implica realmente esta nueva regla de vinculación del juez civil? ¿Supone realmente una novedad y una ruptura con la situación anterior? ¿Es equiparable al artículo 16 del Reglamento 1/2003 referido al carácter vinculante de las decisiones de la Comisión?

57. Como señalamos al presentar la cuestión, el terreno en el que se desarrolla este debate es muy delicado, demarcado por principios de relevancia constitucional. El artículo 9 llega, por tanto, todo lo lejos que puede llegar sin alterar el orden constitucional de los Estados miembros –o, al menos, de algunos Estados miembros-. A diferencia de lo que sucede con las decisiones de la Comisión, la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: **la firmeza**. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración⁶⁵. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial⁶⁶, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante –*de iure*- (ni en relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil⁶⁷.

58. La introducción del artículo 9 de la Directiva en el ordenamiento jurídico español no supone, a nuestro juicio, una alteración significativa en relación al efecto de las decisiones administrativas nacionales en litigios civiles, limitándose a codificar la solución ya admitida por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. La fórmula de la Directiva (tal y como ha sido recogida en la PLTD), en ningún momento permite deducir que el juez civil se encuentre vinculado por una resolución de constatación de una infracción por parte de una autoridad de competencia. Al exigir un requisito de firmeza, reclama la necesaria actuación y control judicial, de tal modo que (con la excepción ya comentada de que la resolución no hubiera sido recurrida en plazo) la vinculación se produce respecto, no de la resolución administrativa, sino de la resolución contencioso-administrativa. Esto significa que si se interpone una acción de daños antes de que la resolución administrativa haya alcanzado firmeza en vía contenciosa⁶⁸, el demandante tendría que demostrar la existencia de una infracción sin poder recurrir *de iure* a la prueba de la propia resolución administrativa. Ello con el riesgo añadido de que el juez civil resuelva en base a la resolución administrativa y ésta pueda ser anulada posteriormente en sede contencioso-administrativa, dando lugar a la situación inversa: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y reconocimiento de responsabilidad civil, lo que a su vez permitiría extender el debate sobre la vinculación o no del juez a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción⁶⁹.

⁶⁴ Vid. A.L.CALVO CARAVACA/J. SUDEROW: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia...”, cit. p. 129.

⁶⁵ La Directiva define, con carácter general, la resolución de infracción firme, como “*toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario*”.

⁶⁶ A estas situaciones se equipara la firmeza derivada de la no interposición de recurso en los plazos pertinentes, lo que implica una renuncia al control judicial de la actuación del órgano administrativo. La vinculación judicial no deriva de que la decisión provenga de un órgano administrativo, sino de que el afectado ha consentido con su inactividad (ausencia de recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la autoridad de competencia) la decisión administrativa, propiciando su “irrevisibilidad” judicial.

⁶⁷ Vid. H. BROKELMANN: “La Directiva de daños y su transposición en España”, cit., pp. 10 y ss.

⁶⁸ Esta posibilidad se abre tras la eliminación del requisito de procedibilidad del antiguo artículo 13 LDC de 1989, que exigía la firmeza de la resolución administrativa para poder acudir a los tribunales civiles. Ahora las víctimas de una infracción antitrust pueden ejercer sus respectivas acciones de resarcimiento de daños sin necesidad de que exista una resolución administrativa de infracción (acciones *stand-alone*) y de existir ésta, sin necesidad de esperar a su firmeza.

⁶⁹ Vid. A. HUERGO LORA: “La CNMC, los tribunales civiles y los contencioso-administrativos en la aplicación del Derecho de la competencia”, en www.almacenederecho.org. La sentencia del Juzgado mercantil 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, en el marco del famoso caso del cártel del seguro decenal (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, núm.12 del 7 noviembre 2013, *Muscaat v. Asefa, Caser y Scor*) daba lugar a una situación de estas características ya que el tribunal civil reconocía la responsabilidad civil derivada de un acto (boicot), derivado a su vez de un cártel de fijación de precios apreciado

3. Prescripción

59. El plazo de prescripción de la acción, cerrando el acceso a los tribunales en base al transcurrir del tiempo, es uno de los elementos procesales que más incidencia tiene sobre la efectividad de la aplicación entre sujetos privados de las normas de competencia. En línea de principio, un plazo de prescripción muy breve podría comprometer seriamente la efectividad de todo el sistema de aplicación privada, frustrando al mismo tiempo, las exigencias de tutela de los damnificados. Por el contrario, un plazo excesivamente largo podría suponer para el autor del daño una exposición excesiva a las acciones de terceros.

60. El plazo también tiene relevancia desde otra perspectiva, concretamente a los fines de una eficaz interacción entre *public* y *private enforcement* y, en particular, para el ejercicio efectivo de acciones *follow on*. Desde este punto de vista, un plazo breve, dificultaría el ejercicio de acciones basadas en una decisión administrativa condenatoria, especialmente si ha transcurrido mucho tiempo hasta la adopción de la decisión definitiva. Por el contrario, un plazo reducido podría conducir a la paradójica situación de que, una vez que la autoridad administrativa competente hubiese publicado la decisión de condena, ya hubiera transcurrido el plazo para la proposición de la acción civil.

61. En este ámbito, también existía una notable ausencia de homogeneidad entre los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Italia, el plazo de prescripción para una acción de daños extracontractual está fijado en cinco años desde el momento en que pueda hacerse valer el derecho (art. 2395 *Codice Civile*). En el Reino Unido cabe distinguir distintos plazos de prescripción. Así, existe un primer plazo para ejercitar acciones ante la High Court generalmente de seis años desde que se produjo el daño. Plazo que puede ser postergado si se el demandado oculta elementos facticos deliberadamente. En el caso de acciones *follow-on* ante la CAT, el procedimiento debe empezar en un plazo de dos años desde la fecha relevante, generalmente la de decisión más los plazos de apelación⁷⁰. En España, al aplicarse las normas generales sobre responsabilidad extracontractual, el plazo general para el ejercicio de acciones de daños está fijado en tan sólo un año desde el momento en el que el perjudicado haya tenido conocimiento de la existencia del daño (art. 1968 CC).

62. La solución recogida en la Directiva (artículo 10) reproduce la ya adelantada en la propuesta, fijando un plazo mínimo de prescripción de cinco años desde el momento del cese de la infracción y siempre que el actor tenga –o haya podido tener– conocimiento de determinados hechos, concretamente, de la conducta y del hecho de que ésta sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, de que la infracción le causó un perjuicio así como de la identidad del infractor. En cuanto a las infracciones repetidas o continuadas, el plazo no empezaría antes del día del cese de éstas.

63. La norma europea también prevé la interrupción o suspensión –en función del Derecho nacional– de los plazos de prescripción por la intervención de una autoridad de competencia en relación con esa infracción. Dicha suspensión tiene un plazo mínimo de un año desde que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

64. La transposición de la Directiva en el ordenamiento español exigía necesariamente una regulación específica que desplazara la aplicación de la arcaica norma del Código Civil, y en la que se previera tanto un plazo especial de prescripción como la regulación de la intervención de una autoridad de competencia como nueva y específica causa de interrupción del término de prescripción.

por la autoridad de competencia, pero anulado posteriormente por la Audiencia Nacional. Posteriormente, el TS anulará la sentencia de la AN, dando la razón a la CNC y validando la sanción a las aseguradoras (sentencia del 22 de mayo de 2015). Para un análisis del caso en profundidad, vid. F. MARCOS FÉRNANDEZ: “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil nº12 de Madrid de 9 de mayo de 2014, 16, *RCD*, 2015, y las reflexiones críticas de este autor en: “Matrioskas judiciales en la revisión del cártel del seguro decenal” disponible en <http://almacenederecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/>.

⁷⁰ Vid. R.WHISH/D. BAILEY: *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 315.

65. En este sentido, la PLTD va a reproducir fielmente el mandato comunitario. Se fija en cinco años, sin hacer uso de la facultad permitida de establecer uno mayor, el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Se reproduce el texto europeo en relación al inicio del cómputo y las circunstancias de las que debe estar al corriente el damnificado y se introducen como causas específicas de interrupción de los plazos, tanto la intervención de una autoridad administrativa de competencia como el inicio de un procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de daños y perjuicios ocasionados. En este último caso, la interrupción sólo afectará a las partes del proceso extrajudicial (propuesto artículo 74 LDC).

4. Responsabilidad conjunta y solidaria

66. La Directiva recoge, finalmente, distintas normas en materia de responsabilidad, tanto *ad extra* como *ad intra*. La base de todo el sistema de responsabilidad dibujado en la norma descansa sobre una primera regla general: la responsabilidad conjunta y solidaria (*joint and several liability*) de todos los participantes en el cártel o en la práctica anticompetitiva.

67. Se prevén únicamente excepciones en relación con las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES) y los participantes en un programa de clemencia. Las primeras, siempre que se satisfagan determinados requisitos, sólo responden en relación a sus propios adquirentes directos e indirectos. En el caso de los beneficiarios de la inmunidad serán responsables solidarios, sólo ante sus propios compradores, directos o indirectos. En relación con otras partes perjudicadas, su responsabilidad tendrá carácter subsidiario. Se activará únicamente, cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia (artículo 11). Se recoge así, finalmente, con carácter imperativo, una aspiración clásica del ejecutivo comunitario, que barajó esta protección específica de los beneficiarios del programa de clemencia ya desde el inicial Libro Verde.

68. La Directiva también regula, en este mismo precepto, la responsabilidad interna y el posible ejercicio de acciones de repetición entre los coautores de la infracción. En línea de principio, el infractor tiene derecho a recuperar de cualquier otro coautor una cantidad cuyo importante vendrá determinado en función de sus responsabilidades respectivas por el daño causado por la violación del Derecho de la competencia. De nuevo, existen algunas salvaguardas en relación a los clementes. Éstos se exponen en repetición sólo al importe del daño que han causado a sus propios adquirentes o proveedores directos o indirectos. Por tanto, en el caso de que hubieran indemnizado a sus propios clientes, estarán a salvo del eventual ejercicio de una acción de repetición (excluyendo naturalmente el supuesto de que todos los coautores fueran declarados insolventes).

69. Más ambigua resulta una segunda regla según la cual en la medida en que la violación del Derecho de la competencia hay causado un daño a sujetos diversos de los adquirentes o proveedores directos o indirectos de los autores de la violación, el importe de la contribución del beneficiario de la inmunidad a los otros autores de la violación debe ser determinado a la luz de su responsabilidad relativa por dicho daño. De este precepto, cabe deducir que el beneficiario de la inmunidad no responde frente a terceros perjudicados, siendo posible, no obstante, la responsabilidad relativa de los beneficiarios de reducciones en las sanciones⁷¹.

70. La totalidad de las disposiciones sobre responsabilidad externa e interna tienen que ser incorporadas *ex novo* al ordenamiento español. El principio de *joint and several liability* obliga al legislador a introducir en relación a las acciones de daños una derogación de la regla general sobre obligacio-

⁷¹ Vid. V. SOPENA/G. MARTÍN: “La transposición de la Directiva Europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España...”, *cit.*

nes civiles con pluralidad de deudores, que en nuestro ordenamiento continúa siendo la mancomunidad. Además, todas las particularidades del nuevo sistema, referidas a las PYMES y a los solicitantes de clemencia tienen que ser contempladas de manera expresa.

71. La PTD de nuevo, acomete esta misión, transcribiendo con exactitud el texto comunitario, y recogiendo los principios sobre solidaridad dentro de la regulación sustantiva de las acciones de daños contenida en el nuevo Título cuya anexión a la LDC se propone, concretamente en su artículo 73.

III. Aspectos sustantivos: el resarcimiento del daño

1. Alcance y naturaleza del daño

A) Daño emergente, lucro cesante e intereses

72. La Comisión europea, con base en los principios de eficacia y equivalencia y en la interpretación de éstos llevada a cabo por las autoridades judiciales europeas en el caso *Manfredi*, mantiene la existencia de un concepto de daños europeo derivado de la infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, que comprendería necesaria –y **únicamente**– tanto el perjuicio directamente causado (daño emergente), el beneficio dejado de percibir (lucro cesante) y los intereses generados desde la fecha de causación del daño a fin de conseguir el total resarcimiento de la víctima (*full compensation principle*). A este respecto, resulta interesante destacar dos enmiendas introducidas por el Parlamento y el Consejo a la propuesta inicial de la Comisión.

73. En primer lugar, si bien se reconoce el derecho de la víctima al cobro de los intereses se ha suprimido la referencia al momento a partir del cual computar el devengo de dichos intereses, al menos, en la parte dispositiva de la norma. Cuestión polémica y de gran trascendencia en la práctica judicial que, frente a la solución armonizadora ofrecida inicialmente por la Comisión (momento de producción del perjuicio), se prefiere ahora reenviar a la normativa de los Estados miembros. Ahora bien, no se ha renunciado del todo a la propuesta inicial, ya que en el Considerando 12 de la norma, se establece, de forma categórica que: “*los intereses deben exigirse desde el momento en ocurrió el daño hasta aquél en que se abone la indemnización*” y que “*corresponde a los Estados miembros establecer las normas que deban aplicarse a tal efecto*”. La posición europea parece clara, pero la exigibilidad de esta solución nos plantea más dudas. El hecho de que esta medida se haya sustraído intencionadamente de la parte dispositiva donde estaba inicialmente prevista –y donde cuya obligatoriedad era indiscutible– y se haya colocado en el preámbulo, parece, en principio, indiciar que no se quería que fuera vinculante. En cualquier caso, la solución final, valorada dentro del pretendido objetivo armonizador es susceptible de crítica en cuanto, en atención a la importancia que los intereses adquieren en procesos de esta naturaleza, puede generar notables diferencias en la práctica en las cuantías de las indemnizaciones según la normativa nacional que resulte aplicable a la infracción. En el caso español, por ejemplo, el momento inicial de devengo de intereses se corresponde, como regla general, con el de la reclamación –judicial o extrajudicial– del cumplimiento de la obligación y no con el del momento de producción del perjuicio (artículo 1100 CC). Regla que, de haberse aprobado la propuesta inicial, necesariamente tendría que haber sido modificada. En la PLTD se ha decidido no remover estas aguas, e ignorando lo dispuesto en el Considerando 12, se ha limitado a reproducir la referencia general del articulado de la Directiva al pago de intereses sin precisión del momento de devengo de los mismos, con lo que se mantiene la aplicabilidad de la regla tradicional.

74. En segundo lugar, se afirma ahora de forma expresa la finalidad puramente compensatoria de la indemnización y se rechaza cualquier sistema que pueda resultar en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. El “espíritu” de los daños punitivos que, a nuestro entender y como analizaremos a continuación, pese a la ausencia de reconocimiento específico, no dejaba de estar presente –siquiera de forma latente– en el modelo dibujado por la Comisión en documentos previos, se aleja ahora definitivamente del *private enforcement* europeo.

B) Los daños punitivos

75. En relación a la naturaleza de los daños, el ejecutivo comunitario ha ido paulatinamente moderando su postura inicial. En este sentido, en el Libro Verde se contemplaba, si bien con cierta timidez, la posibilidad de implantar un modelo de daños punitivos en el caso de cárteles horizontales. Al igual que en el modelo americano se proponía la adopción de un multiplicador fijo en relación a los daños sufridos (en este caso, del doble), dejándose abierta, eso sí, la forma de aplicación de dicho multiplicador, que podría ser automática como en el caso estadounidense, condicional o sujetarse a la discreción del tribunal. Igualmente, también se valoraba la posibilidad de superar el carácter meramente compensatorio de los daños resarcibles, a fin de incentivar el ejercicio de acciones resarcitorias, proponiéndose que el daño pudiera ser calculado, no en atención a las pérdidas reales sufridas por la víctima, sino en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor⁷². Estas propuestas no fueron bien recibidas, sobre todo por parte de los Estados continentales que temían la introducción en sus sistemas de elementos totalmente ajenos a los mismos y que podrían entrar en conflicto con principios jurídicos sólidamente asentados, como el de evitar el enriquecimiento injusto. La mayoría de las respuestas presentadas defendían una finalidad de los daños exclusivamente compensatoria, oponiéndose a sistemas que resultaran en una asignación de daños superiores al perjuicio real experimentado por la víctima. La Comisión se ve, por consiguiente, obligada a replantear su posición inicial y ya, tanto en el Documento de Consulta como en el Libro Blanco, desaparecen como propuestas expresas, el modelo del multiplicador doble así como el criterio de recuperación del beneficio ilegal.

76. Ahora bien, pese a la retirada de propuestas específicas, el “espíritu” de los daños punitivos seguía, de algún modo, presente en el modelo proyectado por la Comisión y en los distintos documentos que sucedieron al Libro Verde. En primer lugar, pese a que, en principio, se partía del carácter meramente compensatorio de los daños, no se descartaba la posibilidad de revisión en el futuro a fin de introducir un modelo de daños punitivos, que no se consideraba incompatible con el Derecho europeo⁷³. En segundo lugar, sí se preveía que, en aplicación del principio de equivalencia, si un Estado miembro aplicaba un modelo de daños punitivos por infracción de las normas de competencia nacionales, éste fuera extendido a la infracción de las normas europeas⁷⁴. Por tanto, consideramos que la postura europea⁷⁵, si bien no claramente favorable, al menos, sí era receptiva a la posibilidad de reconocimiento de daños punitivos –con mayor o menor amplitud- en los casos de ilícitos competitivos⁷⁶.

⁷² Vid. Libro Verde, párrafo 2.3.

⁷³ Vid. Documento de Trabajo, párrafo 195.

⁷⁴ Vid. Documento de Trabajo, párrafos 188 a 192.

⁷⁵ De hecho, la Comisión recogió en el Libro Blanco, los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en el caso *Manfredi* en relación a este asunto, en el tuvo ocasión de pronunciarse sobre los criterios de determinación del daño causado por una práctica contraria al actual artículo 101 TFUE y, más específicamente, sobre la posibilidad por parte del juez nacional de conceder daños punitivos. En ausencia de normativa europea específica, cada Estado era libre de fijar los criterios de determinación y liquidación del daño, con el único límite del respeto a los principios de efectividad y equivalencia. En principio, y pese a que obviamente, el incentivo a promover acciones privadas sería mayor si pudiera esperarse la obtención de daños punitivos o ejemplares, el efecto útil del artículo 101 –y del derecho a indemnización en los casos en que su infracción causara perjuicios patrimoniales- no se vería lesionado si la indemnización se limitara al perjuicio económico efectivamente soportado por la víctima. El principio de equivalencia sí posibilitaba que se concedieran indemnizaciones punitivas por vulneración de las normas de competencia europeas, si éstas estaban previstas en el ejercicio de acciones paralelas sobre la base del Derecho interno. El Tribunal añadía una advertencia a la solución expuesta, estableciendo que: “el derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios del derecho comunitario”. En principio, cabía pensar que la llamada al principio de enriquecimiento injusto mediante esta cláusula de salvaguarda, ponía de manifiesto una actitud judicial menos favorable al reconocimiento de daños punitivos, atendiéndose las posturas de recelo tradicionales de los Estados continentales frente a los daños punitivos o ejemplares, y el temor a que su reconocimiento pudiera dar lugar a situaciones de enriquecimiento injusto. No es ésta la interpretación mantenida por la Comisión Europea ni por diversos autores (*ad.ex.* M. CARPAGNANO: “El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-295-298/04”, 410, *InDret*, 2007, p. 17, veía en ella un impulso a la propuesta de la Comisión de posibilitar la asignación de daños múltiples en los casos de cárteles).

⁷⁶ Vid. en este mismo sentido, A. KOMMINOS: *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oregon, 2008, pp. 213 y ss. Sobre la ambigüedad de la Comisión Europea en relación con los daños punitivos, desde una perspectiva más general,

77. El examen del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma II) permitía reforzar esta conclusión⁷⁷. La aplicación de los criterios y reglas de determinación de la ley aplicable a las consecuencias privadas (como el resarcimiento de daños y perjuicios) de un ilícito competitivo, puede determinar, en la práctica, que los tribunales españoles que conozcan del caso hayan de aplicar en su resolución normas que reconocen daños punitivos⁷⁸ a las víctimas de una conducta anticompetitiva⁷⁹. Sólo podrá evitarse la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto si se demuestra que ésta es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (artículo 26 Reglamento Roma II). Por tanto, podría excepcionarse la aplicación de la norma que reconoce daños punitivos si éstos pudieran ser considerados contrarios al orden público.

78. El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva finalmente aprobada cambia sustancialmente la situación, pues de su tenor se deriva el establecimiento de un nuevo *orden público comunitario* en materia de indemnización por daños derivados la infracción del Derecho comunitario de la competencia, absolutamente contrario al reconocimiento de indemnizaciones punitivas y que, por tanto, impide la aplicación dentro del territorio UE de las disposiciones nacionales que conduzcan a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos.

2. Prueba y cómputo del daño

A) La prueba del daño

a. La cuantificación del daño

79. Para que le puedan ser adjudicados daños, el demandante debe probar que la conducta anticompetitiva del demandado le ha causado una lesión patrimonial y debe establecer, al menos, las bases para una estimación razonable de la cantidad de dinero necesaria para compensarle por dicha lesión. El daño puede revestir distintas modalidades, pudiendo traducirse en el pago de un sobrepago por los productos o servicios afectados, o, en el caso de que la víctima tenga la condición de empresario, en una reducción de beneficios o pérdida de ganancias.

80. Identificado el tipo de perjuicio sufrido por la víctima, su cuantificación exacta se revela como una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust. Así, pese a que se haya considerado que una conducta es lesiva de la competencia y, por tanto, ha de ser prohibida y sancionada, la concreción de esa potencialidad dañina en los patrimonios individuales exige un considerable ejercicio de especulación, más o menos complejo, en función de la naturaleza del caso y de la información disponible⁸⁰.

Así, por ejemplo: *¿Cuánto habrían pagado los consumidores por el ADSL si Telefónica no hubiera llevado a cabo una política de pinzamiento de márgenes consistente en elevar el precio de acceso a la infraestructura precisa para prestar el servicio de ADSL? ¿Cuánto habría pagado por su vivienda la señora X si no hubiera existido un cartel entre las principales compañías aseguradoras en relación*

no circunscrita al terreno específico de los ilícitos competitivos, vid. B.A. KOCH: "Punitive Damages in European Law", en H.KOZIOL/V.WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, Viena, 2009, pp. 197 y ss.

⁷⁷ Vid. C. VAQUERO: "Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de "daños punitivos" como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la competencia", en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, pp. 683 y ss.

⁷⁸ En este sentido, Chipre, Irlanda y Reino Unido reconocen este tipo de daños, sin perjuicio de que su aplicación judicial haya sido, hasta la fecha, muy escasa.

⁷⁹ Vid. artículo 6.3. del Reglamento "Roma II" y su desarrollo en J. RODRÍGUEZ RODRIGO: "Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo" en AA.VV.; *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, pp. 667 y ss.

⁸⁰ Vid. H. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy (...)*, cit., p. 722: "... the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury; the difference between saying that a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant".

a las primas del seguro decenal de daños a la edificación para las viviendas recién construidas? Si las principales compañías azucareras han realizado un acuerdo colusorio de fijación de los precios del azúcar para uso industrial: ¿cuál es el daño patrimonial sufrido por las empresas que utilizan el azúcar como insumo para la fabricación de sus productos (galletas, caramelos, chocolate...)? Y ¿cuál es el daño padecido por el consumidor final que ha adquirido los productos que incorporan el azúcar?

81. Teniendo en cuenta que la indemnización o reparación busca colocar al perjudicado en la que situación que tendría de no haberse producido la infracción de la competencia, la cuantificación de dicha indemnización exigirá, por tanto, que se compare la situación actual o real de la víctima con aquella en la que se habría encontrado de no haberse vulnerado las normas. Esto es lo que se denomina análisis del factor distintivo único o *but-for-analysis*. Dado que es imposible conocer con exactitud esa situación hipotética, se hace preciso buscar un escenario de referencia con el que comparar la situación real (escenario sin infracción o hipótesis de contraste).

82. La doctrina económica ha venido identificando una serie de métodos o técnicas que, partiendo de diversos criterios y variables, tratan de establecer ese escenario hipotético en el que las condiciones de competencia no se han visto alteradas a fin de poder realizar una comparación con la situación real de los mercados tras producirse la infracción (ventas totales, niveles de precios y resultados de las empresas)⁸¹. Estos métodos han sido recogidos en los distintos documentos europeos sobre cuantificación de daños⁸² y están empezando a ser utilizados por los demandantes en la articulación de sus pretensiones.

83. Ahora bien, es necesario recalcar que ninguna de estas técnicas goza de aceptación general ni está libre de críticas. Si bien es cierto que tanto la Comisión europea como los tribunales (nacionales y de otras jurisdicciones) manifiestan sus preferencias por los métodos más sencillos frente a análisis econométricos o técnicas más complejas⁸³, no existen disposiciones jurídicas que impongan un método sobre otro y la pertinencia o utilidad de una metodología habrá de ser apreciada y valorada por el juez, en atención a las especiales características del caso concreto que ha sido sometido a su valoración.

84. La Directiva consciente de la dificultad que puede implicar la cuantificación exacta del daño insiste en la necesidad de que los distintos ordenamientos nacionales garanticen que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan hacer una estimación del quantum indemnizatorio cuando resulte acreditado que el demandante sufrió perjuicio pero resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

85. La Directiva también destaca la conveniencia de contar con la colaboración consultiva de las autoridades administrativas de competencia sobre cuantificación de daños en los procedimientos civiles. Esta posibilidad ya se recogía con anterioridad a la aprobación de la Directiva en el ordenamiento

⁸¹ Para un análisis de las distintas técnicas, así como de las principales ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, vid. F. JIMÉNEZ LA TORRE: "Aspectos económicos de la cuantificación del daño", *La Ley*, nº5 Nueva Época, 2008, pp. 59 et ss.; I. ORTIZ BAQUERO: *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 263 et ss.; C. GÓMEZ ASENSIO: "El estudio de la Comisión Europea de diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust", en L.A. VELASCO et. Alt (Dir): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit, pp. 229 et ss.; C. TUDOR: "La cuantificación de daños y perjuicios en la aplicación privada del Derecho europeo de la Competencia", en L.A. VELASCO et. Alt (Dir): *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, cit., pp. 567 et ss.;

⁸² Vid. principalmente: *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts*, cit.; *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios*, cit, y los informes citados en estos textos.

⁸³ Si bien es imprescindible que jueces y magistrados acudan a informes de los expertos económicos, en muchas ocasiones se les ha reprochado su ininteligibilidad, pudiendo la inadecuada cuantificación de los daños conducir a una denegación de la indemnización. En relación a los informes periciales, el TS en la sentencia del azúcar de 201, tantas veces citada, ha señalado que: "... lo exigible al informe judicial que aporte la parte perjudicada es que aporte formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

jurídico español, dado que el antiguo artículo 25 c) LDC establecía que la CNC, a solicitud del órgano judicial, podrá proponer criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores de los artículos.

b. La presunción de daño en los casos de cártel

86. Si bien en la Directiva no se recogen reglas técnicas ni métodos de cuantificación del daño, sí se han contemplado previsiones que facilitan la prueba del daño, corrigiendo la asimetría de la información y algunas de las dificultades que se han planteado en la práctica asociadas a la cuantificación de los perjuicios en ejercicio de acciones resarcitorias por ilícitos *antitrust*. En este sentido, se ha establecido una presunción *iuris tantum* de la existencia de un daño en el caso de las infracciones de cártel (artículo 17.2). Inicialmente, se pensó fijar una presunción de un determinado porcentaje de daño que no habría sido repercutido en terceros, pero finalmente, esta propuesta no prosperó. La presunción de daño vincula, por tanto, al juez (entendemos que siempre que la resolución en la que se constata la existencia del cártel sea firme), que no podrá afirmar la inocuidad de la práctica, sin perjuicio de que competa al demandante demostrar el nexo entre ese daño y su propio patrimonio.

87. La PLTD incorpora esta presunción a favor de la existencia del daño causado por el hecho ilícito, reconociendo al demandado el derecho a rebatir esta presunción. En España, la cuestión del carácter *in re ipsa loquitur* en los casos de cárteles no estaba resuelta de forma clara, habiéndose planteado casos donde los jueces, pese a la existencia de una resolución administrativa firme en la que se sancionaba la existencia del cártel, consideraron que de ellos no se derivaba ningún daño en los patrimonios particulares⁸⁴. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, en la célebre sentencia del azúcar ya comentada, en la que parece decantarse por esta presunción, al afirmar que un cártel genera por sí mismo un daño, en la medida en que la propia existencia del cártel supone ya la imposición de un sobreprecio, por tanto, de un inmediato daño emergente para los compradores de los cartelistas, directos o indirectos en el caso de que dicho sobreprecio pueda ser repercutido.

B) La repercusión del sobreprecio

1. La passing-on defence en el debate europeo

88. De particular interés en la determinación del alcance y cuantía del daño derivado de prácticas anticompetitivas, resulta el debate, originado en el ámbito estadounidense e importado al proyecto europeo y, de resultas, a nuestro ordenamiento nacional, sobre la trascendencia que ha de conferirse a la denominada repercusión de costes o *passing-on* en el ejercicio de acciones resarcitorias. Este problema de daños repercutidos o trasladado se plantea en todos aquellos supuestos en que el cliente directo de la empresa infractora de las normas *antitrust* no es el destinatario final de los productos o servicios que ésta suministra, sino que procede a recolocarlos, en su forma original o transformados, en el mercado.

89. Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como son los cárteles o los abusos de poder monopolístico, suelen comportar precios supracompetitivos. Por esta razón, en muchos casos los daños concretos derivados de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagarles sus clientes o *compradores directos*. Frecuentemente, además, al incrementarse por ello los costes de estos últimos, tales sobreprecios acaban repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que van subadquiriendo los bienes, a lo largo de las distintas fases de los procesos de distribución o transformación de dichos bienes, hasta llegar a los *consumidores finales*. En definitiva, también sobre los *compradores indirectos*, que no se relacionaron con los infractores.

⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de octubre de 2011, núm.370/2011.

90. El argumento de repercusión de costes o *passing-on* se plantea en este último escenario, en que el adquirente del producto cartelizado actúa como intermediario en la cadena de colocación de los bienes o servicios en el mercado. Con este término, importado del ámbito estadounidense, se hace referencia a la posible consideración jurídica del hecho de que una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes, lo que suscita dos interrogantes ¿Puede ser alegada por el infractor esta situación como defensa frente a la exigencia de daños? Se trataría de la *passing-on defence* propiamente dicha. ¿Los compradores indirectos, a los que se ha trasladado el sobre precio están legitimados para exigir a la empresa infractora responsabilidad por daños y perjuicios? Se enfocaría el argumento de la repercusión desde una perspectiva ofensiva.

91. Suscitada la cuestión en diversos casos de la jurisprudencia norteamericana, ha sido importada en el debate europeo, relativamente reciente sobre el fomento de la aplicación privada, emergiendo en los planteamientos de los *Libros Verde y Blanco* de la Comisión, así como en la Directiva, llegando estos últimos documentos a una propuesta concreta para su resolución.

92. La posibilidad de utilizar la repercusión del sobreprecio resultado de un cártel o de una conducta abusiva en el marco de acciones de reclamación de daños por ilícitos *antitrust*, ha sido contemplada con enorme recelo en el Derecho *antitrust* estadounidense, que no reconoce, con carácter general, la *passing-on*, ni en su vertiente defensiva ni en su vertiente ofensiva⁸⁵.

93. En el ámbito de la responsabilidad por ilícitos *antitrust*⁸⁶, la Comisión europea ha venido valorando, ya desde el inicial Libro Verde, la eventual admisibilidad de la repercusión de costes o daños en sus dos perspectivas, defensiva y activa. Si bien el Libro Verde recogía distintas posibilidades⁸⁷,

⁸⁵ A día de hoy, la regla general en EE.UU., a menos a nivel federal, es no otorgar ningún tipo de relevancia jurídica a los efectos económicos indirectos del cártel, ni desde la óptica del infractor ni desde la óptica del comprador indirecto. La protección jurídica se centraría en el reconocimiento y baremación de los daños directos o sobreprecios. Esta interpretación obedece a determinadas características del sistema de aplicación privada americano, en las que la finalidad disuasoria juega un papel más relevante que la finalidad compensatoria (con manifestaciones en otras normas, como el mecanismo de *treble damages* o daños triples). Ahora bien, esta solución no está exenta de polémica y continúa siendo el objeto de un encendido debate entre los partidarios de su mantenimiento y los defensores de una derogación de estos principios y del reconocimiento de trascendencia jurídica a la *passing-on*, en sus dos vertientes. Sobre el fundamento y crítica de la *passing-on defence* en EE.UU. Vid. entre otros, A. GAVIL: "Thinking outside of the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform", 76, *Antitrust Law Journal*, 2009, pp. 167 y ss.; R. RICHMAN/C.R.MURRAY: "Rebuilding Illinois Brick :A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule", 81, *Southern California Law Review*, 2007, pp. 70 y ss.; C.HERRERO/L.A.VELASCO: "La passing-on defense: ¿un falso dilema?", en L.A.VELASCO y otros (Dirs.): La aplicación privada del Derecho de la competencia, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 595 y ss.; C. HERRERO: "L'eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on", in A. BENACCHIO/M. CARPAGNANO: *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nella Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 195 et ss.; L. SULLIVAN/W. GRIMES: *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West, St. Paul Minn 2006, pp. 952 y ss.; H. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Thomson-West, St. Paul, Minn. 2005, pp. 626 y ss., así como los artículos de referencia, R.G. HARRIS/L. SULLIVAN, "Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis", en 128 *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 269 y ss. y W.M. LANDES/R.A. POSNER, "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan", 128, *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 1274 y ss.

⁸⁶ En el marco comunitario, el tema de la repercusión de daños no constituye un asunto novedoso, habiéndose planteado en escenarios en los que se demandaba el reembolso de los impuestos o tasas pagados de forma contraria al derecho comunitario (aranceles) y, por tanto, indebidamente. Así, por ejemplo, los casos Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión contra República Italiana* (Asunto C-129/00) y Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2002, *Weber's Wine World* (C-147/01).

⁸⁷ Concretamente, en el Libro Verde se ofrecía a los Estados miembros cuatro posibles opciones. La primera de ellas, la más amplia, acogía el argumento de la repercusión en ambas modalidades. Se permitía la defensa *passing-on* o de daños repercutidos y tanto los compradores directos como indirectos podían demandar al infractor. La segunda opción contemplaba un modelo similar al estadounidense en el que se rechazaba que el infractor de una norma *antitrust* pudiera alegar como defensa la repercusión de costes y se negaba legitimación activa a los compradores indirectos. Finalmente, se barajaban dos soluciones intermedias. En una de ellas se rechazaba la *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de las normas de la competencia, pero se admitía la repercusión de costes de cara a reconocer la legitimación de los compradores indirectos. La última opción contemplaba un procedimiento en dos fases, en el que se excluía la defensa *passing-on* y se reconocía que cualquier víctima pudiera demandar al infractor, permitiéndose que, en una segunda fase, el coste excesivo se repartiera entre todas las partes que habían sufrido un perjuicio.

finalmente la Comisión optará por la solución contraria a la americana, admitiendo tanto la *passing-on defence* como la legitimación de los compradores indirectos⁸⁸.

2. La repercusión de costes en la Directiva y en la PLTD

A) *Fundamento*

94. La Directiva dedica el Capítulo IV a la regulación de la repercusión del sobreprecio. En primer lugar, reconoce a los demandados el derecho a invocar en su propia defensa la repercusión de los sobreprecios frente a una demanda de compensación de dicho sobreprecio. La carga de la prueba de la transferencia de costes recae sobre el demandado que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros. El texto finalmente aprobado se separa de la propuesta que reconocía como excepción a la posibilidad de alegar el *passing-on* el caso en el que el coste excesivo se hubiera repercutido a personas en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resultara legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio.

95. De igual modo, se reconoce la legitimación de los adquirentes o compradores indirectos para invocar la transferencia de costes como base para demostrar el daño sufrido. Es más, para facilitar la interposición de acciones por parte de éstos, la Comisión propone a los Estados miembros la adopción de una regla que simplifique la prueba del nexo causal, concretamente, la fijación de una presunción *iuris tantum* de que el sobreprecio les ha sido transferido. Presunción que se ha justificado en el reconocimiento de una praxis comercial de repercusión de los aumentos del precio a lo largo de la cadena de suministro y distribución. Ahora bien, frente a lo defendido en la propuesta, no se presupone la repercusión de la totalidad del sobreprecio, simplemente el hecho en sí de la repercusión. Corresponde a los jueces nacionales valorar que parte ha sido efectivamente transferida, si bien, la Comisión prevé la futura elaboración de directrices u orientaciones sobre la manera de calcular el porcentaje del sobreprecio repercutido para ayudarles en esta labor.

96. La admisibilidad de la *passing-on defence* en Europa se justifica en la importancia de la finalidad compensatoria que se atribuye a la aplicación privada de las normas de competencia, y a la responsabilidad civil en general, y viene a presentar la *passing-on defence* como una manifestación del principio general que veta en la mayoría de los ordenamientos el enriquecimiento injusto. Así es sin duda en el caso español, en el que, ante la carencia de normas especiales relativas a la indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*, es preciso a fin de valorar la viabilidad y alcance de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento, atender en primera instancia a la normativa general que regula el resarcimiento de daños, es decir, a las normas y principios generales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

97. El primer principio, estructurador de toda la teoría general de responsabilidad en nuestro sistema es la función esencialmente compensatoria que la misma cumple. En este sentido, la indemnización está orientada a reparar el daño sufrido y restablecer a la víctima en la posición que tendría de no haberse cometido la infracción, es decir, no puede considerarse fuente de enriquecimiento ni un mecanismo de sanción del infractor. Es, precisamente, en esta finalidad general compensatoria y en el

⁸⁸ Así, en el *Libro Blanco*, se defendía la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a la acción indemnizatoria ejercitada por un cliente (siempre que no se tratara del consumidor final). También consideraba que debía posibilitarse su uso desde una perspectiva activa, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la repercusión del sobreprecio, quién lógicamente, debería probar la existencia tanto del ilícito competitivo, como del daño sufrido y de la relación de causalidad entre ambos. Es más, a fin de favorecer el ejercicio de acciones por los compradores indirectos, la Comisión proponía la adopción en los Estados miembros de una regla que favoreciera la prueba del nexo de causalidad; concretamente, la fijación de una presunción rebatible con arreglo a la cual se considerase que el sobreprecio ilegal había sido repercutido en su totalidad a lo largo de la cadena de distribución.

principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que se deriva de ésta, en los que encuentra su fundamento teórico la *passing on defence*. Este principio impediría incluir dentro del cálculo de los daños aquéllos que han sido repercutidos en otros sujetos, daños, por tanto, que en realidad la víctima no ha padecido. Lo contrario significaría que la indemnización colocaría a la víctima en una situación mejor que la que tendría de no haberse producido la infracción⁸⁹.

98. Ahora bien, sin entrar a discutir el fundamento teórico de la *passing-on defence* en nuestro ordenamiento jurídico y sin incurrir en el extremo pragmatismo de la solución americana, sí consideramos que es conveniente que los tribunales realicen una lectura restringida de este argumento de defensa, así como una valoración sólida desde una perspectiva económica de los efectos de la repercusión de costes en el patrimonio del comprador directo. Con interpretaciones simplistas o incompletas se corre el riesgo de dejar reducida la aplicación privada a un mero reconocimiento de derechos carente de efectividad práctica. La *passing on defence* podría operar como un parapeto cuasi automático de los infractores frente a pretensiones de resarcimiento, eliminando los incentivos de las víctimas que, en principio, están en una mejor posición para entablar acciones indemnizatorias, es decir, de los adquirentes directos.

99. La Directiva se hace eco de este riesgo e intenta dar un paso adelante y, si bien, en manera un tanto ambigua, identifica algunos de los principales problemas que, más allá del mero reconocimiento plantea en la práctica la aplicación del argumento de repercusión de costes, tanto desde una perspectiva procedimental como sustantiva.

B) Algunas cuestiones procesales

100. En relación al primer aspecto, la Directiva exige la adopción de mecanismos procesales que permitan a los jueces nacionales que conocen de una acción de resarcimiento *antitrust* tener en cuenta la existencia de otras acciones indemnizatorias relativas a la misma infracción del Derecho de la competencia, pero ejercitadas por actores situados en distintos niveles de la cadena de suministro y distribución de los bienes o servicios. La finalidad perseguida es facilitar que en la evaluación de si las partes implicadas (infractor, compradores directos e indirectos) han conseguido satisfacer la carga de la prueba correspondiente se valoren o ponderen elementos externos al procedimiento en curso pero que supongan información relevante para el éxito de las pretensiones. El objetivo último pretendido sería, por tanto, garantizar que la repercusión del sobreprecio juega de manera complementaria en sus dos perspectivas:

⁸⁹ No nos parecen convincentes los intentos de examinar esta figura desde la perspectiva de figuras más específicas, y a nuestro juicio, mucho más forzadas, como *el deber de mitigación de los daños* o la *compensatio lucri cum danno*. (Vid. *ad.ex.* J. ALFARO: “Contra la armonización positiva: la propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia”, 3, *Indret*, 2009, p. 10). En este sentido, no consideramos aplicable a estos supuestos el deber de mitigación de los daños que tiene todo perjudicado como una exigencia derivada del principio más general de la buena fe. No sólo porque, la concreción de ese deber exige que el perjudicado sea consciente de que está sufriendo un daños indemnizable y puede que en el ámbito *antitrust* no lo sea, o no lo sea de forma inmediata, sino sobre todo, porque la repercusión o el traslado de unos daños a un tercero no es una medida exigible conforme a los principios de buena fe y lealtad. No es jurídicamente exigible la causación de un daño a un tercero como medida para paliar otro. La exclusión de la *compensatio lucri cum danno*, es más compleja o más matizada. Su inaplicabilidad a estos supuestos no obedece, a nuestro juicio, a la inexistencia de un nexo causal adecuado entre el incremento de los costes y la posterior conducta del comprador directo en relación a la fijación de sus precios de reventa. Este nexo existe, desde el momento en que se trata de un intermediario que utiliza los productos cartelizados en el marco de su actividad económica, recolocándolos en el mercado. Es más, esta interpretación conduciría a dos conclusiones que no nos parecen aceptables. En primer lugar, si consideramos que la decisión de repercutir los costes en el precio de reventa no está vinculada causalmente con la conducta del cartelista, tampoco podría el comprador directo responsabilizar al cartelista de los daños que de resultas de esta decisión de encarecimiento de los precios se deriven como consecuencia de una disminución del volumen de ventas. En segundo lugar, esta interpretación llevada a sus extremos supondría la negación de cualquier derecho a la indemnización del comprador indirecto, al obedecer su perjuicio exclusivamente a una decisión del comprador directo, perfectamente lícita, y desconectada causalmente del cártel. La teoría de la *compensatio lucri cum danno* ha sido articulada sobre la base de otro tipo de supuestos más sencillos, en los que se ponderan sólo efectos negativos y efectos positivos sobre el patrimonio de la víctima, no como en el caso de la *passing-on defence* en el que, una aplicación adecuada exige manejar más variables, siendo necesario tener en consideración, en primer lugar los efectos negativos directos, posteriormente efectos positivos y, finalmente de nuevo, eventuales efectos negativos.

defensiva y ofensiva, ya que lo contrario, podría efectivamente conducir a situaciones de ausencia o exceso de responsabilidad⁹⁰. En este sentido, la norma insta a tomar en consideración, tanto las acciones que estén siendo entabladas, las resoluciones que resulten de estas acciones, como, en último lugar, la existencia de información pertinente de dominio público que se haya derivado de la aplicación pública del Derecho de la competencia. La PTD, que se limita a reproducir el artículo de la Directiva, remitiendo de forma indefinida y general a los mecanismos existentes, sin clarificar cuáles son o cómo operan.

101. Dos son los peligros que, en el ejercicio de procedimientos paralelos, podrían impedir la plena operatividad del principio de plena compensación. En primer lugar, la ausencia de responsabilidad. Esta situación podría producirse si en el procedimiento entablado por el adquirente directo se considera acreditada la repercusión y por el contrario, no se reconociera ésta en el caso de que ejerciten la acción los compradores indirectos. El exceso de responsabilidad tendría lugar si se reconoce la existencia de daños plenos tanto al comprador directo como al indirecto. No se acredita la repercusión del adquirente directo y no se consigue desmontar la presunción de repercusión al comprador indirecto del sobreprecio. ¿Cómo pueden ser evitados estos riesgos? Idealmente, la solución pasaría porque las distintas pretensiones fueran conocidas por un único juez en un único procedimiento, de tal forma que operaría la complementariedad de la traslación del daño sin disfunciones (la mano derecha sabe lo que hace la mano izquierda). ¿Qué mecanismos de Derecho nacional y europeo existen que puedan conducir a resultados equivalentes? ¿Cómo puede articularse desde una perspectiva procesal la consideración por parte del juez civil de pretensiones, resoluciones judiciales e información de dominio público para evitar resoluciones contradictorias?

102. A los efectos del art. 15 de la Directiva, y en relación a la existencia de una pluralidad de acciones por daños, los medios procesales que contempla el derecho nacional cuando los órganos jurisdiccionales patrios conozcan de una reclamación por daños y perjuicios son esencialmente dos: de forma inicial la *acumulación de acciones* (en realidad, pretensiones)⁹¹ y, de forma sobrevenida, la *acumulación de procesos*. Si originariamente no se ha procedido a la acumulación de pretensiones, sino que éstas han recibido un tratamiento procesalmente autónomo dando lugar a una pluralidad de procesos distintos, lo procedente será acudir a la acumulación de procesos. Ésta puede ser acordada por el juez en dos supuestos. En primer lugar, cuando la sentencia que haya de recaer en uno de ellos pueda producir efectos prejudiciales en el otro (art. 75.1.1º LEC). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que el intermediario no ha soportado íntegramente el sobre coste derivado de la práctica anticompetitiva, sino que éste ha sido repercutido parcialmente al consumidor final. En caso de existencia de dos procesos contra el cartel, uno incoado por el consumidor final en el que pretende el resarcimiento por el sobreprecio que ha soportado (el repercutido por el intermediario) y el otro por el intermediario en el que pudiera pretender el resarcimiento por el sobre coste aparentemente soportado (el sobreprecio pagado sin descontar el repercutido al consumidor final), la resolución judicial que recaiga en el primero puede tener un efecto prejudicial sobre el pronunciamiento que ha dictar el juez del segundo proceso, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad múltiple para el cartelista y un enriquecimiento injusto para el intermediario demandante que sería indemnizado íntegramente por un sobreprecio que efectivamente

⁹⁰ A esta misma finalidad obedece la exigencia de la Comisión dirigida a los Estados miembros para que establezcan las medidas procesales necesarias para garantizar que el resarcimiento por daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio sufrido por el sobre coste sufrido a ese nivel.

⁹¹ A este respecto, el art 72 LEC establece que “Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. El precepto permite que los perjudicados por el sobre coste derivado de una práctica anticompetitiva puedan ejercitar sus pretensiones en una misma demanda ya que se fundamentan en unos mismos hechos (la ilícita existencia de sobre coste en el producto). Ello supone que dichas pretensiones serán tramitadas en un mismo procedimiento, dando lugar a una sentencia con tantos pronunciamientos diferenciados como pretensiones existan al respecto. También cabría, aunque el artículo 15 no lo contempla explícitamente, una acumulación inicial de pretensiones, aunque es previsible que ésta se produjera entre consumidores afectados que demandan al cartelista o entre adquirentes directos que demandan al cartelista. Fundamentalmente, por razón de la propia organización del mercado, parece casi invariable un acuerdo entre consumidores finales e intermediarios a estos fines.

no ha soportado. Así mismo, la acumulación de procesos en este ámbito se impondría en atención a la previsión del art. 74.1.2º LEC que sanciona que el juez debe proceder a acordarla cuando: “entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”. Razones de seguridad jurídica y del valor justicia que aquella contribuye a realizar exigirían esta actuación.

103. La posibilidad de tomar en consideración las resoluciones derivadas de daños a las que se refiere la letra b. se resuelve desde la eficacia de la cosa juzgada material. Aquí no estamos ante una acumulación de procesos, ya que uno de ellos ya ha concluido y, por tanto, lo que existe es el efecto de prejudicial de la cosa juzgada material. Existe ya una resolución (que ha de ser firme aunque el precepto no lo diga expresamente) que vincula al juez del segundo proceso, porque lo resuelto en el primero, forma parte como antecedente lógico de lo que ha de resolver en el segundo.

104. En cuanto a la consideración de informaciones de dominio público, una posible vía de introducción en el proceso civil podría ser a través de la participación de las autoridades de competencia, mediante la figura del *amicus curiae* examinada previamente.

C) Efectos económicos del *passing-on* y su consideración jurídica

105. Desde una perspectiva sustantiva, es importante señalar como del texto europeo se desprende una comprensión más global de los efectos económicos del *passing-on* que de los documentos precedentes.

Sin perjuicio de las necesarias simplificaciones, es preciso recordar como de una práctica anti-competitiva pueden derivarse distintos perjuicios patrimoniales para el comprador directo de la empresa cartelista o infractora. En un cómputo global, estos daños son el resultado de deducir de sus ingresos precártel los ingresos durante el periodo de vigencia del cártel. Este perjuicio neto es el resultado de la valoración de todos los efectos económicos que pueden derivarse para el comprador directo de un cártel, que son, en principio, tres, uno directo y dos indirectos⁹². El efecto directo (*overcharge*) responde al incremento de costes resultados del pago de un sobreprecio en un insumo. Los efectos indirectos se derivan de la recolocación del producto cartelizado en la cadena de producción/distribución de bienes en el mercado, es decir, del carácter intermedio del comprador directo. En estos supuestos, pueden derivarse dos efectos económicos para el comprador directo de signo opuesto (en cuanto a su carácter positivo o negativo sobre su patrimonio). El efecto de repercusión o *passing on*, que es la medida en que el comprador directo puede trasladar el incremento de sus costes a sus precios de venta y el efecto sobre la cantidad vendida, efecto volumen o efecto *output*, que es la medida en la que ese incremento conduce a una reducción en el volumen de ventas. Por tanto los daños totales sufridos por el comprador directo (pérdida de beneficios o ingresos) son el resultado de la agregación de todos estos efectos de signo diverso.

En este sentido, la Directiva, en el análisis de la defensa *passing-on*, no se limita a la valoración del efecto de repercusión, sino que además reconoce la eventual trascendencia que el traspaso puede tener sobre las cantidades vendidas. De este modo, si bien indirectamente, la norma alude a este ángulo de la repercusión cuando, en su artículo 12, reconoce el *derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión parcial o total de los sobrecostes*.

106. La necesidad de prestar atención al efecto cantidad es un paso importante en la configuración europea de la *passing-on*. Alejándose de interpretaciones simplistas o incompletas, se alerta sobre

⁹² Vid. en desarrollo de este argumento, F. VERBOVEN/T. VAN DIJK: “Cartel damages claims and the passing-on defense”, 57, *The Journal of Industrial Economics*, 2009, pp. 457 y ss.; H.W. FRIEDERISZICK/L.H. RÖLLER: “Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases” disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf.

la pluralidad de daños que pueden derivarse para el adquirente directo de la práctica anticompetitiva y recalca la conveniencia de valorar tanto el *daño emergente*, como el *lucro cesante*, que ha de ser tomado necesariamente en consideración cuando el comprador directo sea un empresario, ya que cualquier repercusión de los sobrepuestos aguas abajo del comprador directo, implicará para él de ordinario *una menor venta* resultado del retraimiento de la demanda como consecuencia del incremento del precio, así como la percepción finalmente de un *sobrepuesto inferior* al incremento de sus costes⁹³.

107. En España, el problema de la repercusión de costes desde una perspectiva defensiva ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo, en el marco del famoso cártel del azúcar⁹⁴. Rechazando las interpretaciones parciales de la defensa realizadas por la Audiencia Provincial⁹⁵, el Tribunal realiza un análisis económico sólido y sofisticado, en línea con la posición recogida en la Directiva. Si bien se reconoce la admisibilidad de la defensa a fin de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, se insiste en que la carga de la prueba de la repercusión recae en el demandado y se remarca la importancia de tener en cuenta las eventuales pérdidas de beneficios resultantes del incremento de los precios a fin de valorar con exactitud el daño patrimonial efectivamente sufrido por el comprador indirecto.

108. La PLTD no aporta ninguna novedad en materia de repercusión de costes, limitándose a transcribir casi literalmente las disposiciones correspondientes de la Directiva. Sí nos parece criticable que en la propuesta se haya omitido toda referencia a la necesidad de tener en cuenta el derecho del adquirente directo a reclamar y obtener indemnización por el eventual lucro cesante debido a la repercusión del sobrepuesto. Si bien es cierto que el lucro cesante siempre que se acredite su existencia es indemnizable, consideramos muy conveniente que, al igual que hace la Directiva, se haga mención expresa del mismo en los apartados dedicados a la repercusión del sobrepuesto. Las razones anteriormente expuestas y la constatación de que, en el caso español, no faltan lecturas incompletas de la repercusión que no contemplaban este posible efecto patrimonial, justifican sobradamente la necesidad de esta inclusión.

IV. Valoración

109. La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia ha experimentado una notable expansión, dejando atrás la situación de “total subdesarrollo” denunciada por la Comisión a principios de siglo. No obstante, este impulso no es uniforme y subsisten importantes diferencias entre los Estados miembros, en la importancia, frecuencia y forma de implementación de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*. La Directiva 2014/104 constituye un paso más en el camino emprendido hace quince años... un paso importante, ciertamente, pero... sólo un paso.

La aprobación de la Directiva ha venido fuertemente condicionada por la necesidad de proteger los programas de clemencia de la Comisión y de las autoridades de la competencia así como de evitar (al menos, en algunos aspectos) incurrir en los “excesos” del sistema de *private enforcement* americano. El resultado es, en nuestra opinión, bastante tímido e insuficiente para garantizar un cambio sustancial en el panorama actual en materia de acciones *antitrust* y para provocar un efectivo y determinante relan-

⁹³ Si el comprador directo intentara repercutir íntegramente a sus propios clientes-compradores indirectos, el sobrepuesto que tuvo que pagar a su proveedor que infringió el Derecho de la competencia, por regla general no lo conseguiría, de manera que aquella carga (el sobrepuesto) acabaría siendo soportada por ambos. La proporción en que esto se producirá, dependerá, en realidad, no de la voluntad del comprador directo, sino de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y servicios afectados. Si la demanda es muy elástica en relación a la oferta, la carga del sobrepuesto recaerá principalmente sobre el comprador final-comprador indirecto. Pero si ocurriera lo contrario, esto es, demanda muy elástica en relación con la oferta recaería fundamentalmente en los vendedores-compradores directos.

⁹⁴ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013 (cit.). Vid. V. SOPEÑA/G. MARTÍN: “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España ...”, *cit.*; F.MARCOS FERNÁNDEZ: “Damages’ claims in the Spanish sugar cartel”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514239.

⁹⁵ Sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 2011. Vid., un comentario crítico de la sentencia en C. HERRERO: “L’eccezione di trasferimento di costi in azioni follow-on”, *cit.*, pp. 204 y ss.

zamiento de estas acciones. No se acomete la regulación de las acciones colectivas, relegándolas a una mera recomendación y tampoco se fijan impulsos reales para favorecer este tipo de acciones, descartándose de forma tajante, las soluciones adoptadas en otras jurisdicciones como, por ejemplo, el mecanismo de daños múltiples o punitivos o la elección de un sistema de “*opt-out*” en el recurso colectivo.

No obstante, algunas de las medidas contempladas sí podrían favorecer, al menos en el ordenamiento jurídico español, una mayor utilización de estas acciones, removiendo obstáculos tradicionales –o al menos, fijando criterios claros de interpretación- y alineando la regulación nacional con la existente en otros Estados europeos, como, *ad.ex.*, en materia de prescripción, de vinculación a la resolución contencioso-administrativa, de responsabilidad solidaria o de acceso a pruebas.

110. Por lo que a la PLTD se refiere, es necesario, a efectos de su valoración dividirla en dos mitades netamente diferenciadas.

En relación con los aspectos denominados “sustantivos” sí consideramos positiva la inclusión de un título específico en materia de acciones privadas en la LDC –sin perjuicio de que pudiera haberse hecho uso de la posibilidad de modificar determinados preceptos civiles con carácter general, *ad.ex.*, en materia de prescripción-. Por lo que al contenido de este título se refiere, la propuesta es prácticamente mimética de la Directiva, no separándose de la misma ni por exceso ni casi por defecto. Prácticamente todo el articulado de la Directiva ha sido reproducido en el título propuesto, aunque alguna disposición pudiera resultar aparentemente innecesaria, como, por ejemplo, la referencia al alcance del daño. Toda exigencia comunitaria ha sido cubierta, al menos, formalmente, porque, pese a resultar bastante claro –dados los términos en los que se redacta- que el “espíritu” europeo era la fijación del momento de producción del perjuicio como el inicio del devengo de intereses, éste no ha sido recogido en la propuesta. A nuestro juicio, la propuesta es más criticable por defecto, por no hacer uso de las áreas de libertad que permite la norma europea y aprovechar la ocasión para acometer la regulación de determinadas cuestiones que hubieran favorecido una regulación más completa y eficaz de las acciones de daños. Si bien es cierto que es susceptible de valoración muy positiva que se haya decidido, siguiendo el modelo alemán, extender la vinculación a las resoluciones de ANC extranjeras, hubiera sido oportuno, a nuestro juicio, regular otras cuestiones no incluidas en la Directiva, como, las acciones colectivas, mejorando la regulación general contenida en la LEC.

Sin duda, la parte más rompedora y ambiciosa y, por tanto, más polémica, es la puramente procesal y, concretamente, la referida al acceso a las fuentes de prueba. En relación con las previsiones contenidas en la Directiva, se mantiene la fidelidad al texto comunitario y se reproduce en una subsección específica dentro de la LEC todo lo referente a la protección de la información contenida en un expediente de una autoridad de competencia, suscitándose pocos problemas. Pero en esta materia, sí se ha decidido actuar “por exceso” y proponer una reforma general de la LEC sobre acceso a fuentes de prueba, contemplándose un sistema cercano al *discovery* americano y cuya introducción acrítica en el ordenamiento jurídico español puede plantear fricciones.