

1-2017 • 9 JUNIO 2017

## TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EJERCICIO DE ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El 27 de mayo de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”) el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen al derecho español diversas directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (“RDL 9/2017”), entre ellas, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (la “Directiva”).

El RDL 9/2017, mediante su artículo tercero, en el ámbito sustantivo, modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) introduciendo en la misma un nuevo Título VI relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia; y mediante su artículo cuarto, en el ámbito procesal, modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) introduciendo un nuevo artículo 283 bis que pretende facilitar el acceso a la prueba en los procedimientos en que se reclamen compensaciones por los daños causados por infracciones de normas de competencia.

Esta regulación se aplicará en las acciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia que se ejerciten en territorio español, con independencia de que la infracción hubiese sido declarada por la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o por una autoridad de la competencia u órgano judicial nacional (español o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea).

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera: (i) las reformas sustantivas introducidas en la LDC (como la ampliación del plazo de prescripción o las reglas sobre presunciones) no se aplicarán con efecto retroactivo; y (ii) la nueva regulación de acceso a las fuentes de prueba en la LEC se aplicará a los procedimientos judiciales que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor.

En todo caso, conviene tener en cuenta que el mecanismo del Real Decreto-Ley exige su convalidación por el Congreso de los Diputados y es posible que las Cortes tramiten estas disposiciones como proyecto de ley, lo que podría dar lugar a que más adelante se introdujesen modificaciones en el articulado previsto en el RDL 9/2017.

Pasamos a continuación a exponer los aspectos más relevantes que introduce el RDL 9/2017.

### 1. LAS MODIFICACIONES DE LDC

El artículo tercero del RDL 9/2017 incluye tres subapartados por los que modifica LDC: en el primero, se modifica la letra c) del artículo 64.3 relativo a la determinación del importe de las sanciones y circunstancias atenuantes; en el segundo se incluye un nuevo Título VI relativo a la compensación de los daños causados en las prácticas restrictivas de la competencia; y en el tercero se modifica el apartado 2 y se introduce un apartado 3 en la disposición adicional cuarta relativa a definiciones a efectos de permitir un mejor entendimiento de los nuevos preceptos incluidos en la LDC.

### 1.1 Modificación del artículo 64.3 de la LDC

El artículo 64 de LDC relativo a los criterios para la determinación del importe de las sanciones por infracciones en materia de competencia prevé en su apartado 3 determinadas circunstancias atenuantes. Entre dichas circunstancias, se incluye en el artículo 64.3 c) la relativa a la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado, añadiéndose ahora por el RDL 9/2017 que se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución.

### 1.2 Nuevo Título VI de la LDC

El Título VI incluye en la LDC unos nuevos artículos que van del 71 al 81 por los que se prevé la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por quienes infrinjan el Derecho de la competencia; el derecho de los perjudicados al pleno resarcimiento y los sobrecostes; el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria; el plazo de prescripción de las acciones; los efectos de las resoluciones firmes dictadas por infracciones de competencia en los procedimientos de daños; previsiones en cuanto a la cuantificación de los daños y perjuicios y prueba de éstos; y efectos de las resoluciones extrajudiciales en los procedimientos.

#### 1.2.1 Competencia para el conocimiento de la reclamación de daños

La nueva normativa prevé el derecho del perjudicado por la infracción del Derecho de la competencia a reclamar su pleno resarcimiento. El nuevo artículo 72.1 de la LDC dispone que dichas reclamaciones frente a los infractores se seguirán ante la jurisdicción civil ordinaria, si bien no especifica si la competencia residirá en los Tribunales de Primera Instancia o en los Juzgados de lo Mercantil.

#### 1.2.2 Efecto de las resoluciones firmes dictadas por infracciones de Derecho de la competencia en las acciones de daños

A la hora de determinar la existencia de la infracción del Derecho de la competencia, se prevé que las resoluciones firmes de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerarán irrefutables (artículo 75.1 de la LDC). Las dictadas por otros Estados miembros únicamente gozarán de una *presunción iuris tantum* (artículo 75.2 de la LDC).

#### 1.2.3 Responsabilidad por las infracciones, extensión de la misma a las personas que controlan a la entidad infractora y responsabilidad conjunta y solidaria

La regulación del nuevo Título VI de la LDC parte del principio general de responsabilidad tanto respecto de infracciones del Derecho interno de la LDC como de infracciones de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el que los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. Se establece además que la actuación de una empresa infractora será también imputable a las empresas o personas que la controlan, salvo que su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas (artículo 71 de la LDC).

En aras a la protección de los perjudicados, también prevé la regulación una responsabilidad solidaria en los casos de infracciones de forma conjunta por varias entidades lo que permitirá reclamar a cualquiera de ellas los daños sufridos (artículo 73 de la LDC).

Se excepcionan de dicha responsabilidad solidaria a las pequeñas y medianas empresas, limitándola en estos casos a sus propios compradores directos o indirectos, cuando: su cuota de mercado fuera inferior al 5% en todo momento durante la infracción; la aplicación de la responsabilidad solidaria mermara irremediamente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos; no hubiesen dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para participar en la misma; y no hubiesen sido declaradas culpables anteriormente por infracciones de Derecho de la competencia.

Se limita también la responsabilidad solidaria de los beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia, pues en principio sólo responderán ante sus compradores o proveedores directos e indirectos, y sólo lo harán ante otros perjudicados cuando éstos no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la infracción.

El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá después “*repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado*”, aplicándose también limitaciones en el caso de los beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia (artículo 73.5 de la LDC).

#### 1.2.4 Derecho al pleno resarcimiento. Sobrecostes y su repercusión, prueba de los daños y perjuicios

En línea con lo establecido en la Directiva, la regulación refleja el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por prácticas restrictivas de la competencia incluyendo dentro de dicho resarcimiento “*el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de intereses*” e indicando que dicho resarcimiento no podrá conllevar una sobrecompensación (artículo 72 de la LDC).

Señala el artículo 78 de la LDC que el derecho al resarcimiento, se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado que no haya sido repercutido y le haya generado un daño, introduciéndose en la legislación española lo que se ha conocido como la defensa del ‘*passing-on*’ que podrá ser opuesta por el infractor a quien corresponderá la carga de probarla pudiendo exigir la exhibición de pruebas en poder del demandante o incluso de terceros, lo que se articulará a través de los mecanismos introducidos en la LEC para este tipo de procedimientos a través del artículo cuarto del RDL 9/2017 a los que a continuación nos referiremos.

Se especifica asimismo que el resarcimiento incluirá el lucro cesante sufrido como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes.

Se contempla expresamente (artículo 79 de la LDC) la posibilidad de que los perjudicados situados en escalones superiores de la cadena de suministro -los denominados “compradores indirectos”- reclamen una indemnización por la repercusión a los mismos de los sobrecostes, estableciéndose una presunción *iuris tantum* del daño sufrido por dichos compradores indirectos si éstos acreditan que: (i) el demandado cometió una infracción del Derecho de la Competencia; (ii) esa infracción tuvo como consecuencia “*un sobrecoste para el comprador directo del demandado*”; y (iii) el demandante adquirió bienes o servicios “*objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran*”.

Los daños derivados de la infracción han de probarse, residiendo la carga de la prueba en el demandante. Sin embargo, aquellas prácticas restrictivas que hayan sido calificadas como de cártel conllevarán la presunción de que han causado daños y perjuicios, salvo prueba en contrario (artículo 76.3 de la LDC).

Se faculta expresamente a los tribunales a estimar el importe de los daños cuando se acredite que el demandante los sufrió pero resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión, y también se prevé que las autoridades de competencia española puedan informar, a requerimiento del tribunal competente, sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones.

#### 1.2.5 Plazo para el ejercicio de acciones y cómputo

Se establece un período de prescripción para estas acciones de cinco años (artículo 74.1 de la LDC), y se especifica que se computarán desde que hubiera cesado la infracción y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente conocer (i) la conducta y el hecho de que ésta sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; (ii) el perjuicio ocasionado y (iii) la identidad del infractor.

Este plazo de prescripción se interrumpirá si una autoridad de competencia inicia una investigación o procedimiento sancionador en relación con la infracción, terminando la interrupción un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma. También puede interrumpirse si las partes acuden a cualquier medio extrajudicial de resolución de controversias.

Éstas no son las únicas causas de interrupción de la prescripción pues, aunque la norma no lo menciona, resultarían igualmente de aplicación la normativa general contenida en el Código Civil, y por ello el plazo podrá interrumpirse mediante reclamación extrajudicial.

### 1.2.6 Soluciones extrajudiciales y efectos

El artículo 81 de la LDC prevé que los tribunales puedan suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes estén intentando una vía de solución extrajudicial.

Se regulan también los efectos de los acuerdos extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de daños, estableciéndose que el derecho del perjudicado, que alcanza un acuerdo con alguno de los infractores, se reducirá en la parte proporcional que el infractor con el que hubiera alcanzado el acuerdo tuviera en el perjuicio que la infracción le ocasionó. Se establece que los demás infractores no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo extrajudicial una contribución por la indemnización restante y que en caso de que los coinfractores no pudieran pagar ésta, el perjudicado podrá reclamársela al infractor con el que alcanzó el acuerdo extrajudicial salvo que en el mismo hubieran incluido pacto en contrario (artículo 77 de la LDC).

### 1.3 Modificación de la disposición adicional cuarta de LDC

El apartado Tres de artículo tercero del RD 9/2017 incluye novedades en la disposición adicional cuarta de LDC modificando la definición de cártel e incorporando en un nuevo apartado 3 las definiciones relativas a las acciones de daños por infracciones de Derecho de la competencia.

En lo que respecta a la definición de cártel, se amplía su concepto legal, eliminando el requisito del carácter secreto y extendiendo el mismo a las prácticas concertadas entre competidores que tengan por objeto coordinar su actuación en materia de precios, reparto de mercado, etc., sin necesidad de que tales prácticas revistan la condición de acuerdos.

## 2. MODIFICACIONES DE LA LEC

Se introduce un nuevo artículo 283 bis en la LEC, con varios apartados, que regula el acceso a las fuentes de prueba, los cuales únicamente serán de aplicación en procedimientos de reclamación por daños por infracciones del Derecho de la competencia.

La regulación sobre el acceso a fuentes de prueba no sólo se pone a disposición del demandante, sino también del demandado, fundamentalmente para que pueda acceder a la documentación necesaria para oponer la defensa del 'passing-on'.

### 2.1 Alcance de las medidas

Se regula el derecho a solicitar la exhibición de pruebas que sean pertinentes y que se encuentren en poder de las partes o de un tercero, debiendo efectuarse mediante una solicitud razonada de la viabilidad del ejercicio de la acción de daños. El juez únicamente accederá a la exhibición de piezas específicas de prueba o a categorías limitadas y acotadas de prueba, habiendo valorado previamente su proporcionalidad y teniendo en consideración los intereses legítimos de las partes y de los terceros interesados (artículo 283 bis a) de la LEC).

Podrá ordenarse por el tribunal la exhibición de pruebas que contengan información confidencial, y podrán adoptarse las medidas que éste estime oportunas para proteger la misma (artículo 283 bis b) de la LEC).

Entre otros, podrán solicitarse datos como la identidad y direcciones tanto de los infractores como de los compradores directos e indirectos, las conductas y prácticas constitutivas de la infracción, o los precios aplicados a los productos o servicios afectados desde la primera transmisión hasta su puesta a disposición al consumidor o usuario final.

## 2.2 Competencia

El órgano judicial competente para ordenar la exhibición será el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, de no haberse iniciado aún el asunto, el que sea competente para conocer de la demanda principal (artículo 283 bis d) de la LEC).

## 2.3 Solicitud y momento para llevarla a cabo

La exhibición documental puede solicitarse en la demanda, durante el curso del procedimiento, o con carácter previo al inicio del procedimiento, si bien en este último caso en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica habrá de interponerse la demanda, sancionando la ley en caso contrario al solicitante al pago de los daños y perjuicios y, a instancia de la parte perjudicada, podrán acordarse también medidas para revocar los actos de cumplimiento que se hubiesen llevado a cabo así como declararse que los datos obtenidos no puedan utilizarse en otro proceso cuando se aprecie abuso por el solicitante (artículo 283 bis e) de la LEC).

Los gastos que ocasione la práctica de las medidas serán a cargo del solicitante. Podrá exigirse al solicitante la prestación de una caución para responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que se puedan causar por una indebida utilización de las fuentes de prueba (artículo 283 bis c) de la LEC).

## 2.4 Procedimiento

Presentada una solicitud, se dará traslado de la misma a la persona frente a la que se interese la medida así como a aquél frente a quien se ejercite o se pretenda ejercitar la pretensión o defensa y el juez adoptará la decisión sobre la exhibición tras la celebración de una vista, en la que las partes y, en su caso, el tercero frente al que se solicite la medida, podrán alegar lo que a su derecho convenga y practicar prueba (artículo 283 bis f) de la LEC).

Contra el auto resolviendo solicitudes presentadas con la demanda o durante el curso del procedimiento cabrá recurso de reposición con efectos suspensivos y si éste fuese desestimado la parte perjudicada podrá hacer valer sus derechos en segunda instancia.

Contra el auto resolviendo solicitudes presentadas con carácter previo a la demanda cabrá recurso de apelación.

En caso de apelación, el recurrente podrá interesar la suspensión de la eficacia de la resolución.

Se establece que las costas se impondrán de conformidad con los criterios generales de la LEC.

## 2.5 Ejecución de la medida

La exhibición se llevará a cabo de conformidad con lo acordado por el tribunal pudiendo acudir los solicitantes asesorados por un experto en la materia.

En caso de ser necesario se podrá acordar la entrada y registro así como la ocupación de documentos y de objetos en que éstos se encuentren.

Se establecen también en la LEC consecuencias para el caso de obstrucción en la práctica de las medidas acordadas, previendo que el tribunal podrá imponer medidas tales como considerar admitidos los hechos a los que las fuentes de prueba se refirieran, tener al obstructor por allanado a las pretensiones contra él formuladas, o desestimar las que él pudiera formular, además de la imposición de multas, condena en costas del incidente de acceso a medios de prueba y del proceso principal, con independencia de su resultado (artículo 283 bis h) de la LEC).

## 2.6 Exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de competencia

Se incluye en LEC una regulación específica en lo que respecta a la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, se establecen estrictos requisitos de confidencialidad y limitaciones a la información que se puede solicitar y al momento en que puede exhibirse (artículo 283 bis j) de la LEC).

Así, se protegen especialmente las declaraciones realizadas en el marco de los programas de clemencia, así como las solicitudes de transacción, cuya exhibición no podrá ser ordenada en ningún caso por los tribunales.

Por otro lado, la exhibición de la información elaborada tanto por las partes como por las autoridades de competencia durante el procedimiento ante las mismas, así como las solicitudes de transacciones retiradas, sólo podrá ordenarse por el tribunal después de que la autoridad de competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo.

Sí podrá ordenarse la exhibición del resto de información obrante en los expedientes de competencia en cualquier momento.

Las pruebas obtenidas del acceso a estos expedientes sólo podrán usarse en una acción por daños por la persona que lo solicitó o por aquélla que sea sucesora de sus derechos.

Se incluyen también en estos casos medidas para el supuesto de infracción de las obligaciones de confidencialidad o infracciones de los límites de uso de las fuentes de prueba previstas en la LEC.

Síguenos:



[www.garrigues.com](http://www.garrigues.com)

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© Garrigues, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de Garrigues.

Hermosilla 3 - 28001 Madrid - T +34 91 514 52 00