

Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por la realización de prácticas anticompetitivas en la Unión Europea

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En el mes de diciembre del 2014 se ha publicado en el *DOCE* 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**. Se culmina de esta forma un proceso normativo en torno al derecho al pleno resarcimiento que tiene cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, proceso que se inició con la doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (SSTJUE de 30 de enero de 1974, as. BRT/Sabam, y de 20 de septiembre del 2001, as. Courage), se consagró legislativamente en el Reglamento (CE) 1/2003 (arts. 5 y 6) y se completó con la Recomendación de la CE de 11 de junio del 2013, sobre los principios comunes aplicables en los Estados miembros a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en caso de violaciones de los derechos reconocidos por la normativa de la Unión Europea, y la Comunicación de la CE de 13 de junio del 2013, sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE.

1. La finalidad de la directiva: el pleno resarcimiento del daño

La directiva tiene por objeto el establecimiento de normas para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de

empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio y para coordinar la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades comunitarias y nacionales de la competencia y las normas sobre acciones de indemnización por daños y perjuicios ejercidas ante los órganos jurisdiccionales nacionales (art. 1).

El pleno resarcimiento consiste en reinstaurar a la víctima en la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses (art. 3).

El pleno resarcimiento de los daños y perjuicios podrá ser reclamado a los infractores por cualquier persona que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo (adquirió los bienes o servicios del infractor) o indirecto (adquirió los bienes o servicios de un operador económico que, a su vez, los adquirió del infractor). Ahora bien, el pleno resarcimiento no conllevará en ningún caso una sobrecompensación de los daños sufridos mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo (arts. 3 y 12). Así pues, el autor de la práctica anticompetitiva contra el que se dirija la acción de daños podrá invocar en su defensa que el reclamante (comprador directo) ha repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste obtenido con la práctica ilegal sobre otras personas (compradores indirectos). La carga de la prueba de la repercusión recaerá en el infractor.

Se consagra de este modo la teoría de la denominada *passing on defence* (art. 13), que operará de la siguiente forma: Si el que reclama es el comprador directo, la carga de la prueba de la repercusión corresponderá al infractor que la invoque en su defensa. Si el que reclama es el comprador indirecto, la carga de la prueba de la repercusión corresponderá al demandante, pero se presume su existencia si se demuestra: a) que el demandado ha efectuado una práctica anticompetitiva; b) que la citada práctica tuvo un sobrecoste para el comprador directo; y c) que adquirió los bienes o servicios al comprador directo (art. 14). El infractor podrá desvirtuar esta presunción probando que los costes no se repercutieron.

2. Normas sobre las pruebas

La directiva establece con carácter general unas normas sobre la exhibición de pruebas en poder de los demandados y sobre el acceso a las pruebas que obran en un expediente administrativo sancionador incoado por una autoridad de competencia.

2.1. En cuanto a las primeras, referidas a la exhibición de pruebas en poder de los demandados, se reconoce la institución procesal del *discovery* al establecer que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión Europea, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar que la parte demandada o un tercero exhiban las pruebas pertinentes que tengan en su poder a solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción (art. 5).

Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado en relación con el caso concreto. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por la parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. Los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar también la exhibición de las pruebas que contengan

información confidencial cuando lo consideren pertinente en casos de acciones por daños, pero estarán obligados a adoptar medidas eficaces para protegerla. El interés de las empresas en evitar acciones por daños como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique esta protección.

Por último, los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando ordenen la exhibición de las pruebas, deberán respetar el secreto profesional en los términos establecidos por el Derecho comunitario europeo o por el Derecho nacional.

2.2. Con respecto al acceso a las pruebas que obran en un expediente administrativo sancionador incoado por una autoridad de competencia, se establece que los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, respetando las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos contenidas en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 y las normas y prácticas del Derecho comunitario europeo o nacional sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las distintas autoridades de la competencia, teniendo siempre en cuenta la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia (art. 6), en los siguientes términos:

a) Los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ordenar la exhibición de las siguientes categorías de pruebas únicamente después de que una autoridad de competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de cualquier otra forma: 1) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; 2) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y 3) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

- b) Los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán en ningún caso ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: 1) las declaraciones hechas en el marco de un programa de clemencia, y 2) las solicitudes de transacción.
- c) En las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en los apartados anteriores.
- d) Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales no requieran a las autoridades de competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de éstas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, de forma razonable, de aportar dichas pruebas.
- e) Existen ciertos límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente por medio del acceso al expediente de una autoridad de la competencia: 1) las pruebas relativas a las declaraciones en un programa de clemencia o a las solicitudes de transacción no serán admisibles en las acciones por daños; 2) hasta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento, las pruebas a las que se refiere el apartado a no se considerarán admisibles en las acciones por daños; 3) las citadas pruebas sólo podrán ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación.
- 2.3. Los órganos jurisdiccionales nacionales podrán imponer sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales en los siguientes casos: a) incumplimiento o negativa a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas emitido por cualquier órgano jurisdiccional nacional; b) destrucción de pruebas pertinentes; c) incumplimiento o negativa a

cumplir las obligaciones impuestas por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional destinada a proteger información confidencial; d) incumplimiento de los límites citados sobre el uso de pruebas.

Los Estados miembros se asegurarán de que las sanciones que pueden imponer los órganos jurisdiccionales nacionales sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Entre ellas se incluirán, por lo que se refiere al comportamiento de una parte en un procedimiento de una acción por daños, la posibilidad de extraer conclusiones adversas, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente, así como la posibilidad de condenar en costas.

3. Efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia

Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños derivados de una práctica anticompetitiva ejercida ante un órgano jurisdiccional nacional (art. 9).

4. Plazos

Los Estados miembros establecerán las normas aplicables a los plazos para ejercer las acciones de daños. Tales normas determinarán cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende. Asimismo determinarán que el plazo de prescripción para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años (art. 10).

Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento, de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le haya ocasionado un perjuicio, y c) la identidad del infractor.

El plazo de prescripción se suspenderá o interrumpirá cuando una autoridad de competencia comience una investigación o incoe un procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución declarativa de la infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

5. Responsabilidad conjunta y solidaria

Las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por medio de una misma conducta serán conjunta y solidariamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, de modo que cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido completamente indemnizada (art. 11).

La norma considera, sin embargo, dos excepciones: *a)* la primera referida a las pequeñas o medianas empresas (pymes), consistente en limitar su responsabilidad a los daños causados a sus propios compradores directos e indirectos, siempre que su cuota de mercado sea inferior al 5 % y la aplicación de la norma general suponga una merma de su viabilidad económica y una pérdida de todo el valor de sus activos. La excepción no se aplicará, sin embargo, cuando la pyme hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o hubiese sido condenada con anterioridad por una infracción del Derecho de la competencia; *b)* la segunda se aplica exclusivamente al beneficiario de clemencia, el cual sólo responderá frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos y frente a otras partes perjudicadas cuando éstas no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción.

Los Estados miembros procurarán que todo infractor pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia. El importe de

la contribución de un infractor al que se haya concedido la dispensa en el pago de multas en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.

6. Cuantificación del perjuicio

Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros procurarán que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acredita que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles (art. 17). Las autoridades nacionales de la competencia podrán asesorar a un órgano jurisdiccional nacional sobre la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios si éste lo solicita y dicha autoridad lo considera adecuado.

Se presumirá que los cárteles causan daños y perjuicios, aunque sus partícipes tendrán derecho a rebatir esa presunción.

7. Solución extrajudicial de controversias

7.1. Efectos de la solución extrajudicial de controversias:

La apertura de un procedimiento extrajudicial de solución de controversias producirá, con respecto a las partes que estén o estuvieren inmersas o representadas en él, la suspensión del plazo para ejercer una acción de daños. Sin perjuicio de la normativa nacional en materia de arbitraje, los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de una acción por daños puedan suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con las pretensiones de dicha acción por daños (art. 18).

Asimismo una autoridad de competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar la decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial.

7.2. *Efectos de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños:*

Los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfractor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción hubiere ocasionado a la parte perjudicada. Cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial, sólo podrá ejercerse contra los coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo (art. 19).

Los coinfractores con los que no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que hubiere participado en el acuerdo una contribución a la reclamación restante. Sin embargo, cuando los coinfractores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial no puedan pagar los

daños y perjuicios correspondientes a la reclamación restante de la parte perjudicada que hubo alcanzado el acuerdo, ésta podrá exigir el citado resto. Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que hubiere participado el coinfractor respectivo.

8. Transposición

Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente directiva a más tardar el 27 de diciembre del 2016.

Las disposiciones sustantivas de esta directiva no tendrán efecto retroactivo. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud de la transposición y distinta de las previstas en aquélla se aplique a las acciones por daños ejercidas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre del 2014.