

LA DIRECTIVA DE DAÑOS Y SU TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

Por

HELMUT BROKELMANN

Abogado

Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

hbrokelmann@mlab-abogados.com

Revista General de Derecho Europeo 37 (2015)

RESUMEN: La Directiva de daños que los Estados miembros de la UE deberán transponer antes de finales de 2016 persigue esencialmente tres objetivos: codificar el acervo comunitario, compaginar la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia y facilitar de modo general las acciones de daños, en particular aquellas de los llamados “compradores indirectos”. La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español se antoja compleja, por cuanto exigirá modificar conceptos legales arraigados en nuestro ordenamiento, tales como la solidaridad impropia, el plazo de prescripción de las acciones extracontractuales, el efecto de decisiones administrativas en litigios civiles o la regulación de las diligencias preliminares. De ahí que su incidencia en la legislación civil, tanto procesal como material, será significativa y exigirá más que una transposición mimética del articulado de la Directiva.

PALABRAS CLAVE: Directiva de daños; transposición en España; Derecho de la competencia; aplicación privada; follow-on; passing-on; solidaridad impropia; clemencia.

THE DAMAGES DIRECTIVE AND ITS IMPLEMENTATION INTO SPANISH LAW

ABSTRACT: The Damages Directive, which EU Member States must implement before the end of 2016, pursues three basic objectives: the codification of the Community acquis, the conciliation of public and private enforcement of the competition rules, and a general promotion of damages actions, in particular those brought by so-called “indirect buyers”. The implementation of the Directive into Spanish law will be complex as it will require to amend entrenched legal principles, such as the regulation of joint and several liability in tort cases, the deadlines for bringing tort actions, the effect of administrative decisions in civil proceedings and the rules of disclosure. The impact of the Directive on national civil law, both procedural and substantive, will therefore be significant and require more than a mere literal implementation of the Directive’s provisions.

KEY WORDS: Damages Directive; implementation into Spanish law; antitrust law; private enforcement; follow-on; passing-on; joint and several liability; leniency.

I. INTRODUCCIÓN

Tras un largo periplo legislativo, el Consejo y el Parlamento Europeo finalmente adoptaron la *Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a*

*determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*¹. Cabe recordar que el Libro Verde de la Comisión data del año 2005², el Libro Blanco de 2008³ y la Propuesta inicial de Directiva de la Comisión de abril de 2009, Propuesta que aún incluía una regulación de las acciones colectivas de daños y que no consiguió entrar en el orden del día del Colegio de Comisarios por el fuerte rechazo que la regulación de las acciones colectivas suscitó en algunos estamentos. Tampoco hay que olvidar que se trataba de la primera vez que la UE legislaría en el ámbito del Derecho procesal, una materia hasta entonces reservada a los Estados miembros.

La Directiva constituye un primer paso en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales en materia de reclamación de daños. La transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico —que los Estados miembros deberán acometer antes del 27 de diciembre de 2016— no resultará del todo fácil para España, por cuanto obligará a modificar varias leyes y principios jurídicos arraigados en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito procesal como en el material, por lo que no será suficiente (a pesar de su carácter de “Directiva reglamentaria”) una transposición mimética del texto de la Directiva en una nueva ley sin derogar o enmendar al mismo tiempo aquellas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que entren en conflicto con la nueva regulación.

En esencia, la Directiva se dedica a codificar el acervo comunitario en la materia, tal y como éste ha sido configurado hasta la fecha en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) a las que nos referiremos en este artículo; a regular la difícil relación entre la aplicación pública y la aplicación privada de las normas de la competencia; y, más en general, a establecer varios principios destinados a facilitar el ejercicio de las acciones de daños y, concretamente, a fortalecer las acciones de daños de los denominados “compradores indirectos”. Junto con la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación de daños y la Guía Práctica que la acompaña (ver infra, IV.5), con esta Directiva el legislador comunitario pretende garantizar el ejercicio eficaz y uniforme en toda la Unión del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento por el

¹ DOUE L349/1 de 05.12.2014.

² COM (2005) 672 final: Libro Verde - Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia {SEC(2005) 1732} de 19.12.2005.

³ COM(2008)0165 final. Libro blanco - Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia {SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406.

perjuicio sufrido, así como la optimización de la interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, y, en particular, de los programas de clemencia. Aunque la Directiva es aplicable a todo tipo de infracciones a las normas de la competencia, el legislador comunitario tenía claramente en mente las acciones llamadas “consecutivas” (*follow-on*) por daños contra las empresas sancionadas por participar en un cártel, una de las infracciones más graves, y a la vez comunes, del Derecho de la competencia.

La Directiva adoptada finalmente por el Consejo el 10 de noviembre de 2014 con la aprobación de la Posición del Parlamento Europeo (de 17 de abril de 2014) sobre la Propuesta de la Comisión, no incluye ninguna regulación de las acciones colectivas, que aún figuraban en la primera Propuesta de la Comisión de 2009, pero finalmente sucumbieron a la resistencia de los Estados miembros, de modo que su regulación ha quedado relegada a una Recomendación de la Comisión⁴ ya analizada en un reciente número de esta revista⁵.

En las siguientes páginas analizaremos la nueva Directiva y sus implicaciones de cara a su transposición al Derecho nacional.

II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El objeto de la Directiva es garantizar que cualquier víctima de una práctica o conducta contraria a las normas de la competencia pueda reclamar del infractor el pleno resarcimiento del daño que dicha práctica pudiera haberle causado (art. 1.1). Esto explica que la primera base jurídica del legislador comunitario fuera el artículo 103 del Tratado, que faculta al Consejo, previa consulta del Parlamento Europeo (PE), a adoptar los actos legislativos apropiados para la aplicación de las normas de la competencia del Tratado, los artículos 101 y 102 TFUE.

La finalidad de la Directiva, sin embargo, no se agota en fomentar, a través de esta aplicación “privada” de las normas de la competencia, una competencia efectiva en el mercado interior —objetivo ya esbozado por el TJUE en la famosa sentencia *Courage/Crehan* sobre la que volveremos más adelante—, sino en crear una “*protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio*” —es decir, un

⁴ Recomendación de la Comisión de de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE). DOUE L201/60 de 26.07.2013.

⁵ COROMINAS BACH, S.: Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la recomendación de 11 de junio de 2013). (RI §415162). Revista General de Derecho Europeo (RGDE), nº 34, Octubre 2014.

levelplayingfield en el mercado interior—. Esto explica que el legislador comunitario haya recurrido —a petición del PE⁶—, además de al artículo 103 TFUE, al artículo 114 TFUE, la base jurídica que habilita al Consejo y al Parlamento para legislar, mediante co-decisión (ahora llamado procedimiento legislativo ordinario, art. 294 TFUE), con el fin de armonizar las legislaciones nacionales⁷.

Como veremos más adelante, la participación del PE explica la introducción en el texto de la Directiva de disposiciones que no tienen que ver tanto con el Derecho de la competencia, sino más con la protección del consumidor, por lo que resultan un tanto extrañas al concepto inicial que tenía la Comisión, en aplicación de la jurisprudencia existente, de la regulación de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. Esto puede comprobarse si se compara la primera Propuesta de la Comisión de 2009 con la *Propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia*, de 11 de junio de 2013⁸, que finalmente desembocó, con las modificaciones introducidas por el Consejo y el PE, en la Directiva aprobada.

Para garantizar este buen funcionamiento del mercado interior, el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 1.2) no se limita a las acciones de daños ejercitadas en aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, sino que se extiende a las acciones basadas en una infracción del Derecho nacional de la competencia (arts. 1 y 2 LDC), siempre que la práctica restrictiva en cuestión sea susceptible de afectar el comercio intracomunitario en el sentido del artículo 3 del Reglamento 1/2003⁹, disposición que en estos supuestos obliga a aplicar las normas del Tratado junto con las de Derecho nacional. Con ello se pretende evitar que la posición de los reclamantes en un mismo asunto pueda variar en función del Derecho aplicable, si bien está claro que la Directiva no se aplica a acciones basadas exclusivamente en una infracción del Derecho nacional a las que no sean de aplicación cumulativa los artículos 101 y 102 TFUE. Sin embargo, dada la amplitud con la que la jurisprudencia comunitaria suele definir el ámbito de aplicación de estas dos disposiciones -es decir, la generosidad con la que suele interpretar la cláusula

⁶ Res. PE de 26.03.2009 (2008/2154(INI)).

⁷ Ver el considerando 8 de la Directiva.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 de 11 de junio de 2013. COM (2013) 404 final, 2013/0185 (COD).

⁹ Reglamento (CE) n° 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. DOUE L1/1 de 04.01.2003.

jurisdiccional de la afectación del comercio intracomunitario¹⁰- hace que, en la práctica, la mayor parte de las infracciones contra las normas de competencia lo sean al mismo tiempo también contra los artículos 101 y 102 TFUE.

Los artículos 101 y 102 incluso pueden entrar en juego aunque exista un pronunciamiento administrativo de la autoridad de la competencia basado exclusivamente en las normas nacionales de la LDC. En efecto, nada impide que el juez que conozca de una -posterior o paralela- acción de daños aprecie, como ocurrió en el litigio que dio lugar a la sentencia *Manfredi*¹¹, que la práctica en cuestión afecta el comercio entre los Estados miembros, dando así entrada a las normas de la Directiva por vía del artículo 3.1 del Reglamento 1/2003, que también obliga al juez nacional.

III. LA CODIFICACIÓN DEL ACERVO COMUNITARIO

En la famosa y pionera sentencia *Courage/Crehan*¹² del año 2001, el Tribunal de Justicia sentó por primera vez el principio de que *“la plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.”* (apdos. 26-27).

No obstante, la misma sentencia reconoce que *“ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de*

¹⁰ Conforme a la jurisprudencia del TJCE, *“están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia todo acuerdo y toda práctica que pueda afectar a la libertad de comercio entre los Estados miembros de tal manera que puedan malograr la consecución de los objetivos de un mercado único, en particular aislando mercados nacionales o alterando la estructura de la competencia en el mercado común”* (As. 22/78, *Hugin*, Rec. 1979, p. 1869, apdo. 17).

¹¹ Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi/Lloyd Adriático Assicurazioni SpA*. ECLI:EU:C:2006:461.

¹² As. C-453/99, *Courage/Crehan*, Rec. 2001 p. I-06297; ECLI:EU:C:2001:465.

los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)” (apdo. 29)¹³.

Del mismo modo, también corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación de los perjuicios sufridos por una práctica anticompetitiva¹⁴. A pesar de la aparente “inhibición” en favor del Derecho nacional, a partir de la sentencia *Courage*, la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado una serie de pautas que deben respetarse en la articulación de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios en los Estados miembros, que han quedado ahora codificadas en la Directiva de daños.

Así, el derecho de “cualquier persona” —a diferencia del Derecho federal estadounidense, tanto los compradores directos de la empresa infractora como los indirectos— al “pleno resarcimiento” de los daños y perjuicios causados, está ahora codificado en el artículo 1.1 de la Directiva y los bien conocidos principios de equivalencia y efectividad, ya enunciados por el Tribunal en *Courage/Crehan* y *Manfredi*, se encuentran en el artículo 4 de la misma. En consecuencia, también los consumidores y clientes finales, además de los clientes directos de empresas que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas, o las partes de un contrato contrario a las normas de la competencia, están legitimados para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por prácticas contrarias a las normas de la competencia.

En relación con el supuesto de reclamación de daños y perjuicios por las partes de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, el TJUE ya respondió en el asunto *Courage* a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre un procedimiento que enfrentaba a la sociedad *Courage Ltd.*, empresa fabricante de cerveza, y al Sr. *Bernard Crehan*, arrendatario de un establecimiento de bebidas y vinculado con aquella por un contrato de compra exclusiva. *Courage Ltd.* reclamó al arrendatario el importe correspondiente al suministro de cervezas impagadas, y el demandado invocó en reconvencción la ilegalidad de la cláusula de compra exclusiva conforme al art. 101 TFUE y solicitó la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de que los arrendatarios no vinculados por la exclusividad compraban la cerveza a un precio

¹³ Ver igualmente la sentencia en el as. C-295/04 y 298/04, *Manfredi/Lloyd Adriático Assicurazioni SpA*, de 13.07.2006, ECLI:EU:C:2006:461, apdo. 62.

¹⁴ *Manfredi*, supra nota 12, apdo. 64.

inferior. El TJUE recuerda en este asunto el principio por el que un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado, precisando que el Derecho de la UE no se opone a que, con la condición de respetar los principios de equivalencia o de efectividad, “*el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante*”. Sin embargo, el TJUE precisa que una acción de indemnización de daños por infracción del artículo 101 TJUE debe poder ser ejercitada incluso por una parte de un contrato contrario al artículo 101 TJUE cuando ésta no haya tenido una responsabilidad significativa en la infracción, por hallarse en una posición de inferioridad que restringía o anulaba su libertad para negociar el contrato en cuestión o evitar o limitar el perjuicio, habiendo utilizado a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición. El Tribunal establece que incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar dicha posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte. El principio de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (y el de *in pariturpitudine nemo auditur*) también está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.306 de nuestro Código Civil) para excluir una reclamación por enriquecimiento sin causa, aunque no una acción de resarcimiento de daños en virtud del artículo 1.902 CC.

El artículo 3 define el “pleno resarcimiento” como el “*derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses*”, en plena consonancia con el artículo 1.106 de nuestro Código Civil y la jurisprudencia que lo aplica a la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC) e interpreta en el sentido de que también debe actualizarse el valor de la deuda incurrida por el infractor¹⁵. A propuesta del PE, el artículo 3.3 establece que el pleno resarcimiento en ningún caso conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo, como son conocidas del Derecho estadounidense, aunque la sentencia *Manfredi* del TJUE dejara abierta esta posibilidad.

IV. NORMAS QUE VAN MÁS ALLÁ DEL ACERVO

Aunque la Directiva reitere lo declarado por el TJUE en las sentencias citadas de que “*en ausencia de legislación de la Unión, las acciones por daños se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros*” (considerando 11), no se limita a codificar la jurisprudencia anterior del TJUE, sino que introduce toda una serie de reglas

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015, *Hidrocantábrico/Iberdrola*, Rec. 41/2013, ECLI:ES:TS:2015:669.

llamadas a facilitar el ejercicio de las acciones de daños, y que obligarán a modificar de manera sustancial nuestras normas internas, tanto procesales como materiales, para acometer la transposición de la Directiva.

1. El efecto vinculante de las decisiones firmes de las autoridades nacionales de la competencia

A este respecto cabe citar, en primer lugar, el artículo 9 de la Directiva, según el cual el juez civil que conozca de una acción de daños quedará vinculado por las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia en lo que se refiere a la existencia de una infracción del Derecho de la competencia. Esta regla —que en el ámbito puramente comunitario no es ninguna novedad, por cuanto las sentencias *Delimitis* y *Masterfoods*?¹⁶ ya establecieron hace tiempo la obligación del juez nacional de respetar las decisiones de la Comisión Europea, incluso si aún no estuviesen adoptadas (pero si “previstas”) o estuvieran suspendidas cautelarmente por el juez comunitario (como ocurrió en el citado asunto *Masterfoods*)— parece que encaja mal en nuestro ordenamiento interno por los principios constitucionales de separación de poderes e independencia judicial. En efecto, cuando ya existe una Decisión de la Comisión Europea, la uniformidad en la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE está garantizada por el efecto obligatorio de esta Decisión (art. 288 TFUE), pues los tribunales nacionales sólo podrían cuestionar su validez mediante una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) —en este caso siempre obligada— al TJUE, que así preserva la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la UE, en este caso, de la Decisión en cuestión¹⁷. Asimismo, conforme a la jurisprudencia *Masterfoods*, una Decisión de la Comisión vincula al tribunal nacional incluso si ha sido recurrida ante el Tribunal General y suspendida cautelarmente.

Mientras que la jurisprudencia *Masterfoods* quedó codificada en el artículo 16 del Reglamento 1/2003, la propuesta de una regla equivalente (aunque algo suavizada) para las resoluciones de nuestra autoridad nacional de la competencia en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado en 2005 fue entonces rechazado por el Consejo General del Poder Judicial por los mencionados motivos constitucionales, para

¹⁶Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991. *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*. Asunto C-234/89. Recopilación de Jurisprudencia 1991 I-00935. ECLI:EU:C:1991:91 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000. *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*. Asunto C-344/98. Recopilación de Jurisprudencia 2000 I-11369. ECLI:EU:C:2000:689

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de Octubre de 1987. *Foto-Frost/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Asunto C-314/85, Rec. 1987 p. 4199. ECLI:EU:C:1987:452.

volver ahora en forma del artículo 9 de la nueva Directiva. Eso sí, la clave del efecto vinculante de la decisión administrativa para un juez civil está en su firmeza, que normalmente no sólo será administrativa sino judicial, con lo cual en la mayoría de los casos será una resolución judicial la que tenga efecto vinculante para el juez civil, salvando así el principal escollo constitucional y rompiendo el principio que hasta ahora regía en nuestro ordenamiento según el cual el efecto de la cosa juzgada (art. 222 LEC) no es aplicable entre órdenes jurisdiccionales distintos (en este caso el contencioso-administrativo y el civil). Este principio ya quedó superado en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013¹⁸ sobre la reclamación de daños entablada por varias víctimas del conocido como cártel del azúcar, en la que el Alto Tribunal señaló que *“Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (en este caso, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de “follow on claims”, en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva.”*

Ahora bien, al igual que en el artículo 9 de la Directiva, esta jurisprudencia sólo considera que el juez civil queda vinculado por el hecho (“irrefutable” en palabras de la Directiva) de la constatación de una infracción del Derecho de la competencia, pero no respecto de los demás elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, como son la causalidad, el daño y su cuantificación. En palabras del Tribunal Supremo: *“Lo cual, por otra parte, es lógico pues la competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida. Esta cuestión es competencia exclusiva de la jurisdicción civil”*¹⁹.

¹⁸Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013. Rec. 2472/2011. [ECLI:ES:TS:2013:5819](#), FD TERCERO, apdo. 4.

¹⁹Supra nota 19, FD TERCERO, apdo. 6.

Esta sentencia ha sido recientemente confirmada por la de 9 de enero de 2015 (recurso 220/2013)²⁰, en la que el Alto Tribunal bajo el título “*Vinculación del pronunciamiento de la autoridad de la competencia revisado por sentencia firme de un tribunal contencioso administrativo*” recuerda que “*Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario a la Competencia. Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil.*”

La firmeza, por tanto, es el elemento clave para que un pronunciamiento de una jurisdicción distinta a la civil pueda vincular a esta última respecto de unos hechos constatados en una resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) no puede desplegar ningún efecto vinculante ante la jurisdicción civil, esencialmente para evitar pronunciamientos judiciales contradictorios. Cuestión distinta, es que —desde la derogación, con la actual LDC de 2007, del requisito de procedibilidad previsto en la antigua LDC (art. 13.2 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia)— las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia puedan ejercer sus respectivas acciones de resarcimiento de daños a más tardar desde la adopción de dicha

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2015. Rec. 220/2013. ECLI:ES:TS:2015:191.

Resolución, sin necesidad de atender a la firmeza de la misma, lo cual les obliga a demostrar la existencia de una infracción sin poder recurrir a la prueba de la propia resolución administrativa y tiene importantes connotaciones para la prescripción de tales acciones. De ahí que en la práctica muchos potenciales damnificados prefieran atender a la firmeza de la decisión administrativa antes de embarcarse en un litigio de reclamación de daños que puede tener importantes riesgos en materia de costas si la jurisdicción contencioso-administrativa acaba anulando la decisión de la CNMC, como ya ha ocurrido con varias decisiones de cárteles.

No obstante esta jurisprudencia, el supuesto de procedimientos paralelos ante los tribunales ordinarios y las autoridades de la competencia se encuentra todavía regulado en los artículos 434.3 y 465.5 LEC de manera difícil de compaginar con el artículo 9 de la Directiva. Con arreglo a estas normas, en los procedimientos relativos a la aplicación de la normativa de competencia nacional y de la UE, los tribunales españoles, tanto en primera como en segunda instancia, están facultados para suspender el plazo para dictar sentencia cuando tengan conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante las autoridades nacionales de la competencia o ante la Comisión Europea. Sin embargo, a diferencia del artículo 16.1 del Reglamento 1/2003, que establece que la Decisión alcanzada por la Comisión Europea vincula al juez nacional, no existe disposición alguna que determine la existencia de vinculación en relación con los pronunciamientos de la CNMC que apliquen los artículos 101 y/o 102 TFUE, por lo que será necesario modificar estas disposiciones para adaptarlas a las exigencias del artículo 9 de la Directiva.

Mientras que las decisiones de nuestra CNMC tendrán un efecto vinculante, algunos Estados miembros se resistieron a reconocer el mismo efecto a las decisiones equivalentes adoptadas por las autoridades de la competencia de otros Estados miembros. Parece mentira que una objeción tan contraria al espíritu de reconocimiento mutuo (también de las instituciones nacionales y de los actos que emanan de las mismas) pudiera encontrar entrada en el texto de la Directiva. Sin embargo, el artículo 9.2 de la Directiva sólo obliga a que las resoluciones de otras autoridades de la competencia sean reconocidas como “principio de prueba” de la existencia de una infracción de las normas de la competencia, lo cual naturalmente no impide que en la transposición de la Directiva se reconozca efecto vinculante a las resoluciones (firmes) de cualquier autoridad nacional de la competencia, como ya ocurre en algún Estado miembro.

2. La prescripción

El artículo 10 de la Directiva establece un plazo mínimo de prescripción de cinco años para el ejercicio de las acciones por daños, así como reglas detalladas sobre la suspensión del mismo mientras una autoridad de la competencia esté investigando la infracción. Este plazo exigirá una modificación del artículo 1.968 del Código Civil, que ahora establece un plazo de prescripción brevísimo de un año para las acciones de responsabilidad extracontractual, que no tiene parangón en los países de nuestro entorno, donde este plazo suele ser de tres o más años (como también es el caso de Cataluña y Navarra donde rige un plazo trienal). De ahí que sería deseable que el legislador español modificara esta disposición para todos los supuestos de responsabilidad extracontractual y no creara un plazo particular para las acciones de daños por infracciones al Derecho de la competencia.

Los artículos 1.968 y 1.969 CC en cambio, no parece que necesiten ser enmendados para adaptarse a las reglas sobre el *dies a quo* que establece el artículo 10.2 de la Directiva, puesto que su interpretación jurisprudencial coincide esencialmente con los criterios de la Directiva²¹.

3. La responsabilidad solidaria

El artículo 11 de la Directiva podría dar importantes quebraderos de cabeza durante la transposición de la Directiva, por cuanto establece una responsabilidad solidaria extracontractual de los co-responsables de una infracción desconocida en el Código Civil español y cuyo desarrollo jurisprudencial no encaja bien con lo exigido por la Directiva.

Nuestro Código Civil (arts. 1.137 y ss.) sólo regula la solidaridad contractual (o propia), pero no contiene ninguna norma que establezca la responsabilidad solidaria de varios corresponsables extracontractuales. La jurisprudencia ha suplido esta laguna, estableciendo que en los supuestos en los que haya varios responsables sin que se les pueda atribuir una cuota individual de responsabilidad (en cuyo caso la responsabilidad sería mancomunada), la responsabilidad será solidaria (conocida como solidaridad impropia) a partir de la sentencia que establezca dicha solidaridad impropia si concurren estos dos requisitos.

Sin embargo, mientras que la Directiva exige que la responsabilidad extracontractual de los infractores del Derecho de la competencia —generalmente los integrantes de un cártel— sea solidaria en el momento de producirse y, por tanto, *ex lege*, la solidaridad impropia no se produce hasta la sentencia que la declara y sólo respecto de los

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2013, Rec. 2120/2011, ECLI:ES:TS:2013:4739.

infractores demandados por el damnificado (el derecho de elección del damnificado, art. 1.144 CC, se corresponde con lo postulado en el artículo 11.1 de la Directiva), lo cual conlleva múltiples problemas a la hora de transponer el artículo 11 de la Directiva. Si es la sentencia condenatoria la que determina qué infractores son responsables solidarios —lo cual deja fuera a todos aquellos que no hayan sido demandados por el damnificado— no será posible para el infractor o los infractores que haya(n) saldado la deuda entablar una acción de regreso (art. 1.145 CC) contra los demás infractores, tal y como prescribe el artículo 11.5 de la Directiva (“de cualquier otro infractor”).

El artículo 11 de la Directiva añade otras reglas a este principio, como que cada infractor sólo responderá en función de su responsabilidad relativa, y determinadas limitaciones de la responsabilidad de un infractor que se haya beneficiado de una dispensa de la sanción administrativa, que sólo tendrían encaje en una norma de nueva creación que atribuyera una responsabilidad solidaria a una pluralidad de infractores extracontractuales como existe en otros Estados miembros como Italia (art. 2.055 CC) o Alemania (§ 830 BGB), que a este respecto decidieron apartarse del (mal) ejemplo del *CodeNapoleon*. Habrá que ver si el legislador aprovecha esta ocasión para introducir una solidaridad extracontractual general en nuestro Código Civil (que resolvería muchos problemas actuales) o se limita a crear una norma ad hoc para las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia. La jurisprudencia existente desde luego es insuficiente para dar cumplimiento a la Directiva.

Como queda dicho, el artículo 11 introduce varios privilegios que benefician al responsable solidario de una infracción que se haya beneficiado de una dispensa de la multa por cooperar con la autoridad de competencia: quedará exento de la responsabilidad solidaria de la totalidad de los daños, limitándose su responsabilidad a la que tiene frente a sus propios compradores directos e indirectos²², lo cual en principio excluye demandas de daños de terceros compradores contra él, ante los cuales sólo será responsable subsidiariamente (art. 11.4 y 11.6). En la versión española de la Directiva estos privilegios se atribuyen al “beneficiario de clemencia”. Sin embargo, de la redacción en otras versiones lingüísticas (la referencia a “immunity” en la versión inglesa, a “immunité” en la francesa y a “Kronzeuge” en la alemana) y del origen estadounidense del concepto parece claro que sólo el beneficiario de *dispensa* de la multa (es decir, el primero en pedir clemencia y obtener una dispensa (“exención” en nuestra LDC) de la multa, art. 2.19 de la Directiva), pero no los beneficiarios de una mera reducción de la

²² Ver la definición legal en los artículos 2.23 y 2.24 de la Directiva.

multa, podrán acogerse a estas reglas especiales de responsabilidad. La versión española de la Directiva es incorrecta a este respecto.

Estos privilegios que el artículo 11 introduce en favor del beneficiario de dispensa al mismo tiempo perjudican tanto a los demás co-infractores como a las víctimas, lo cual podría justificar su participación en el procedimiento administrativo ante la autoridad de la competencia para salvaguardar sus derechos (cuestionando, por ejemplo, el derecho de dispensa de la multa del infractor beneficiario de la misma). De ahí que el PE propusiera la supresión de estos privilegios, propuesta que, sin embargo, no fue acogida finalmente.

A esto hay que añadir las extrañas reglas añadidas por el PE²³ para dar una protección especial a las pequeñas y medianas empresas (PYME), que sólo responden ante sus propios compradores (directos e indirectos) —y no, solidariamente, ante los compradores de otros infractores—, si su cuota de mercado es inferior a un 5% y la aplicación de las disposiciones “normales” sobre responsabilidad solidaria puede poner en peligro su viabilidad económica. Al margen de que este trato privilegiado de las PYMEs infractoras parece olvidar que en el lado de los damnificados también puede haber PYMEs que de esta forma ven limitadas sus posibilidades de obtener una compensación íntegra, se trata de una norma que quizás podría tenerse en cuenta en fase de ejecución, pero que poco tiene que ver con la regulación civil de la responsabilidad solidaria. Por esta razón, tres Estados miembros (Alemania, Polonia y Eslovenia) se abstuvieron en la votación de la Directiva en el Consejo.

4. El *passing-on*

La repercusión del sobrecoste como defensa para negar la existencia de un daño constituye una figura reconocida por el TJUE en su jurisprudencia relativa a la devolución de tributos contrarios al Derecho de la UE²⁴. Esta conocida como defensa *passing-on* (término empleado por nuestro propio Tribunal Supremo), en principio, permite al infractor negar a los compradores directos de un cártel que hayan sufrido un daño con el argumento de que el sobreprecio sufrido como consecuencia de la infracción del Derecho de la competencia habría, en todo caso, sido repercutido al siguiente eslabón en la cadena de distribución (compradores indirectos o consumidores finales).

²³ Posición del PE de 17.04.2014, EP-PE_TC1-COD(2013)0185.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 1980, Asunto 68/79 *Hans Just I/S c. Ministerio danés de asuntos fiscales*, ECLI:EU:C:1980:57, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 1997, Asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, *Société Comateb y otros c. Directeur général des douanes et droits indirects*, ECLI:EU:C:1997:12 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2000, Asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, *Kapniki Michailidis AE c. Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, ECLI:EU:C:2000:479.

De ahí que también la Directiva reconozca en su artículo 12 esta posibilidad de defensa del infractor frente a una reclamación de daños, sentando el principio de que el resarcimiento del daño no debe dar lugar a una sobrecompensación por encima del sobrecoste efectivamente sufrido en cada nivel de la cadena de suministro, evitando con ello indemnizaciones por encima del daño sufrido. El artículo 13 de la Directiva naturalmente atribuye al infractor demandado la carga de probar la existencia de una repercusión de los sobrecostes sufridos.

La Directiva se aparta de la citada jurisprudencia del TJUE (y de la de nuestro Tribunal Supremo del *Bundesgerichtshof* alemán) —que excluye el *pass-on* cuando el damnificado haya sufrido un lucro cesante precisamente como consecuencia del sobreprecio, porque en estos casos el damnificado no habría repercutido todo el daño a su comprador, sino sólo el daño emergente—, al no excluir la defensa del *pass-on* en estos supuestos (arts. 12.3 y 13). La propuesta del PE de añadir este importante matiz al texto del artículo 13 no fue acogida, lo cual subraya que la Comisión pretende fortalecer las acciones de daños de los compradores indirectos en lugar de concentrar estas acciones en los compradores directos.

Se trata de una opción legislativa legítima, pero, en nuestra opinión, desacertada, por cuanto las acciones de los compradores indirectos —en particular, los consumidores finales—, a pesar del respaldo recibido en la Directiva, se seguirán enfrentando a grandes dificultades que hacen que sea difícil que puedan prosperar: la ausencia de los incentivos necesarios para entablar acciones colectivas, que ahora ni siquiera están contempladas en la Directiva; la dificultad de la cuantificación del daño por su dispersión; y la dificultad de encuadrar estas acciones en las normas ordinarias de responsabilidad civil. De ahí que hubiera sido preferible, y más todavía teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y de varios tribunales supremos nacionales, concentrar las acciones de daños en los compradores directos, como también ocurre en las demandas de daños “federales” de EE.UU. desde la sentencia del *US Supreme Court* en *Illinois Brick Co. v. Illinois* de 1977.²⁵ Las razones del Supremo norteamericano —eliminar las complicaciones derivadas de repartir el sobreprecio entre compradores directos e indirectos; eliminar el resarcimiento múltiple y promover la aplicación vigorosa del derecho de la competencia— son tanto o más válidas para los países de la UE.

Todavía más confusa es la regulación del *passing-on* en las acciones de los compradores indirectos, que el legislador comunitario quiso favorecer, en nuestra opinión

²⁵La conocida como *directpurchaser rule* niega la legitimación activa a los compradores indirectos; US Supreme Court 9 June 1977 *Illinois Brick Co. v. Illinois* (431 U.S. 720 (1977)).

erróneamente, en perjuicio de las acciones por daños de los compradores directos. Aunque el artículo 14 de la Directiva dispone correctamente que en este tipo de acciones la carga de probar la existencia y cuantía de la repercusión recae en el demandante (comprador indirecto), el apartado 2 de esta disposición establece una presunción de repercusión en todos los niveles de la cadena cuando ha quedado demostrada la existencia de una infracción por el demandado, ésta causó un sobrecoste para el comprador directo y el demandante (comprador indirecto) adquirió los productos “cartelizados” de dicho comprador directo. En nuestra opinión, estos tres requisitos son insuficientes para establecer, por vía de presunción, que ha habido una repercusión del sobreprecio al comprador indirecto.

Aunque se trate de una presunción *iuris tantum*, esta presunción está llamada a facilitar enormemente las acciones de compradores indirectos, en particular consumidores finales, y conllevará un serio riesgo de sobrecompensación e enriquecimiento injusto de los damnificados, por cuanto incrementa el riesgo de una responsabilidad múltiple de los infractores, por mucho que el artículo 15 de la Directiva intente crear algunas reglas para mitigar este riesgo. Se trata esencialmente de la posibilidad de que el juez civil que conozca de una acción de daños pueda tener en cuenta la existencia de otras demandas (o sentencias) interpuestas por compradores en otro nivel de la cadena de suministro, lo cual se antoja harto complicado en la práctica (y no digamos ya si se trata de demandas en varios Estados miembros) y deberá legislarse con mucha claridad en la transposición de la Directiva si el legislador nacional quiere que este riesgo se mitigue de manera eficaz. El artículo 16 incluso prevé que la Comisión pueda formular orientaciones para los jueces sobre la cuota de los sobrecostes repercutidos al comprador indirecto.

Si las acciones de los compradores indirectos plantean tantos problemas —y no hablemos de la dificultad práctica de que consumidores finales (sin los incentivos creados en el sistema de EE.UU. con *contingency fees* y *trebled damages*) se avengan a demandar a los integrantes de un cártel— nos preguntamos si no hubiera sido más realista y efectivo centrar las acciones por daños en los compradores directos.

5. La cuantificación del perjuicio

Probablemente porque ya existela Comunicación de la Comisión sobre cuantificación de daños²⁶ y la Guía Práctica²⁷ que la acompaña, la Directiva es más bien parca el referirse en un solo artículo a la cuantificación del perjuicio. El artículo 17.1 recuerda el principio de efectividad, ya recogido en el artículo 4, en relación con la carga de la prueba de los presuntos damnificados y subraya la facultad del juez civil para estimar, “*con arreglo a los procedimientos nacionales*”, el importe de los daños y perjuicios.

Conforme al artículo 17.2, “*se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios*”, lo cual, sin embargo, no quiere decir que un demandante concreto efectivamente haya sufrido en su persona un daño, circunstancia que en nuestra opinión deberá probar y para la que le incumbe la carga de la prueba a pesar de dicha presunción. Como señalaba el PE, no existen pruebas económicas de que todos los cárteles causan daños, por lo que esta presunción es una generalización de la realidad.

El artículo 17.3 de la Directiva prevé que el juez civil pueda solicitar el asesoramiento de la autoridad nacional de la competencia en la determinación de la cuantía de los daños. La legislación nacional vigente ya recoge esta previsión en el artículo 5.2.b) de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, según el cual la CNMC podrá “*informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.*” Para dar cumplimiento a la Directiva habría que añadir los artículos 101 y 102 TFUE a este texto. Del mismo modo, aunque con un alcance más amplio, no limitado a la cuantificación del daño, el artículo 15bis LEC prevé igualmente la posibilidad de intervención de las autoridades de la competencia (Comisión Europea, CNMC y los órganos regionales) en procedimientos civiles, a instancia del juez o por propia iniciativa para aportar información o presentar observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de la competencia, tanto comunitarias como nacionales. Esta intervención como *amicuscuriae* tiene su origen en el artículo 15 del Reglamento (CE) 1/2003.

6. La solución extrajudicial de controversias

²⁶ 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 de 11 de junio de 2013(2013/C 167/07)

²⁷ Guía Práctica, C(2013)3440. Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Los artículos 18 y 19 de la Directiva tienen la finalidad de incentivar y facilitar la solución extrajudicial de las controversias entre infractores y damnificados por prácticas contrarias al Derecho de la competencia. Es una materia ciertamente novedosa, pero no hay que descartar que el arbitraje y la mediación entre las partes puedan dar lugar a resultados satisfactorias en plazos menos largos que los procedimientos judiciales. En la práctica, muchas reclamaciones de daños se resuelven por la vía extrajudicial, mediante acuerdo transaccional, sobre todo porque suelen enfrentar a empresas que se encuentran, y seguirán encontrando en el futuro, en una relación comercial directa de proveedor y cliente.

El artículo 18 contiene reglas para suspender los plazos de prescripción mientras se instrumenten los procesos extrajudiciales de solución de la controversia, cuestión que en nuestro ordenamiento al menos no plantea grandes problemas, por cuanto la remisión de un burofax para reclamar la deuda extrajudicialmente (art. 1.973 CC) es suficiente para interrumpir la prescripción (todavía) anual de las acciones por daños.

Más difícil de imaginar resulta la regla del artículo 18.3, según la cual una autoridad de competencia podrá considerar como atenuante que el infractor, antes de adoptarse la resolución sancionadora administrativa, haya abonado una indemnización en el marco de un acuerdo extrajudicial. No parece fácil que una empresa infractora reconozca un daño, y con ello su responsabilidad en la infracción, incluso antes de ser sancionada por la autoridad de la competencia, si bien es cierto que para un solicitante de clemencia puede llegar a ser una opción. En ese caso al menos en España no será fácil alcanzar un acuerdo extrajudicial en el relativamente corto plazo del que dispone la CNMC para adoptar su decisión sancionadora, por lo que en la transposición cabría añadir alguna posibilidad de suspensión del plazo legal de caducidad para estos supuestos²⁸.

El artículo 19, por su parte, establece, de forma similar al artículo 11.4 respecto de los beneficiarios de una dispensa de la sanción, importantes privilegios para el co-infractor que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial con la parte perjudicada. Por un lado, la reclamación del damnificado (es decir, en la relación externa de los responsables solidarios) debe reducirse en la proporción correspondiente al acuerdo alcanzado, lo cual, bien interpretado, ya puede deducirse del artículo 1.148 de nuestro Código Civil. El artículo 19.2 incluso limita la responsabilidad solidaria del co-infractor que ha alcanzado una transacción con el perjudicado al convertir su responsabilidad en subsidiaria, únicamente para el caso de que los demás co-infractores no puedan pagar los daños. Por otro lado, también en la relación interna de los responsables solidarios, el co-infractor

²⁸ Ver el considerando 49 de la Directiva.

queda liberado de las acciones de regreso que los demás co-infractores pudieran tener contra él.

No cabe duda de que estas nuevas reglas son susceptibles de crear un incentivo para alcanzar un acuerdo extrajudicial con la parte perjudicada por la práctica anticompetitiva.

7. Disposiciones finales

De las disposiciones finales sólo cabe destacar la ya mencionada fecha límite para la transposición de la Directiva (27 de diciembre de 2016) y la expresa irretroactividad de la misma expresamente recogida en el artículo 22 de la Directiva. Ante las numerosas invocaciones de las disposiciones de la Directiva que estamos viendo en la práctica no está de más recordar esta jurisprudencia básica del TJUE, según la cual sólo puede invocarse el efecto directo de una Directiva si el Estado no la ha transpuesto en el plazo establecido para ello²⁹.

V. LA CONCILIACIÓN DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA: PROGRAMA DE CLEMENCIA Y ACCESO A PRUEBAS

Como pone de manifiesto la jurisprudencia del TJUE, el derecho *privado* al resarcimiento por daños amparado en los artículos 101 y 102 TFUE puede, en ocasiones, entrar en conflicto con la eficacia de la aplicación *pública* de las normas de la competencia por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia. Estos conflictos se producen cuando la víctima de una infracción de las normas de la competencia busca acceder a información que una autoridad de la competencia ha obtenido en el marco de un programa de clemencia, en el que las empresas infractoras que colaboran con la Administración obtienen reducciones o incluso una exención (dispensa) de la multa por proporcionar voluntariamente información y pruebas sobre la existencia de una infracción. El acceso a dicha información para facilitar las acciones por daños que los presuntos damnificados por un cártel quieran entablar, puede al mismo tiempo desincentivar el recurso de empresas cartelizadas a estos programas de clemencia, por cuanto sin sus “confesiones” es más difícil que prosperen las reclamaciones de daños. El acceso a tal información incluso puede perjudicar a las empresas colaboradoras con la Administración frente a aquellas que no colaboraron y convertirlas en blancos preferentes de las reclamaciones de las presuntas víctimas del cártel.

²⁹ Sentencia de 5 de abril de 1979, Tullio Ratti, Asunto C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110, ap. 43 y 44.

Ya hemos expuesto antes (sección IV.3) que la Directiva confiere un trato privilegiado a los beneficiarios de dispensa en su responsabilidad solidaria frente a las víctimas del cártel —limitando la misma en principio sólo a sus propios compradores directos e indirectos (art. 11.4)— con el fin de incrementar los incentivos de que las empresas se acojan a los programas de clemencia. Para que un acceso a información de la empresa sobre la infracción, suministrada voluntariamente en el marco de un programa de clemencia, no tenga justamente el efecto contrario y desincentive el recurso a estos programas, nada menos que cuatro de los 19 artículos de la Directiva con contenido material (arts. 5 a 8) versan sobre la exhibición y el uso en el proceso civil de pruebas obtenidas en fase administrativa.

La primera sentencia en la que el TJUE se tuvo que enfrentar a esta disyuntiva fue la cuestión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Bonnen* el asunto *Pfleiderer*³⁰, en la que, sin agotar, ni mucho menos, el problema, declaró que, a falta de una normativa imperativa de Derecho de la Unión en esta materia, al examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso, ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la Unión. En este sentido, el Tribunal añadió que la regulación nacional aplicable no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación, destacando la necesidad de ponderar los intereses que justifican el traslado de la información y la protección de ésta. El *Amtsgericht Bonn* acabó denegando³¹ el acceso a los documentos obtenidos en el marco del programa de clemencia de la *Bundeskartellamt* después de ponderar los intereses en conflicto con arreglo a la normativa alemana por considerar, entre otras cuestiones, que el programa de clemencia se vería gravemente dañado al otorgar el acceso a los documentos entregados de forma voluntaria.

El TJUE tuvo oportunidad de confirmar su postura en la sentencia *DonauChemie*³², en la que declaró que el principio de efectividad se opone a una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual el acceso a los documentos que figuran en el expediente

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2011 en el Asunto C-360/09, *Pfleiderer v Bundeskartellamt*. ECLI:EU:C:2011:389

³¹ Asunto 51 Gs 53/09, *Pfleiderer v Bundeskartellamt*.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2013 en el Asunto C-536/11, *Bundewettbewerbsbehörde* contra *DonauChemie AG* y otros. ECLI:EU:C:2013:366

relativo a un procedimiento nacional de aplicación del artículo 101 TFUE, incluido el acceso a los documentos comunicados en un programa de clemencia, esté supeditado únicamente al consentimiento de todas las partes en dicho procedimiento, sin que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan posibilidad alguna de ponderar los intereses en conflicto.

Ante la incertidumbre sembrada por la jurisprudencia del TJUE que, en definitiva, dejaba al juez nacional la ponderación de los intereses en juego, sin decantarse por ninguna solución concreta que distinguiera entre distintas categorías de documentos, el legislador comunitario optó, a propuesta de la Comisión, por establecer una prohibición clara de acceso a los documentos de clemencia más sensibles junto con reglas matizadas para las demás categorías.

Tras sentar en el artículo 5 de la Directiva el principio de que el juez nacional debe poder ordenar —a ambas partes— la exhibición de documentos necesarios, los siguientes apartados y artículos establecen importantes límites a dicho principio. El artículo 8 de la Directiva incluso establece un régimen sancionador al respecto.

El artículo 5 exige que la petición de prueba se refiera a piezas específicas y sea lo más limitada y acotada posible (art. 5.2); se ajuste al principio de proporcionalidad (art. 5.3), teniendo en cuenta también la solidez de la acción ejercitada, el alcance y coste de la exhibición de las pruebas, evitar las búsquedas indiscriminadas (las denominadas *fishing expeditions*) y teniendo en cuenta la eventual confidencialidad de la información, si bien esta calificación de la información no impide su exhibición sino que obliga a proteger la confidencialidad (art. 5.4). El artículo 5.6 incluso reconoce (a propuesta del PE) la necesidad de proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, el gran olvido del Reglamento 1/2003.

Ya más concretamente en relación con las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, el artículo 6.6 dispone que el juez civil no podrá en ningún momento ordenar que una parte (el infractor) o un tercero (la autoridad de competencia) exhiba las declaraciones de la empresa en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, conceptos ambos definidos en el artículo 2 de la Directiva. Los documentos pertenecientes a esta “lista negra” tampoco serán admisibles como prueba o deben en todo caso gozar de una protección especial conforme al Derecho nacional (art. 7.1), protección que respecto de los documentos obtenidos en el marco del programa de clemencia de la CNMC ya prevé el actual artículo 15bis LEC. Este límite absoluto reduce la inseguridad jurídica existente hasta el momento derivada de la jurisprudencia del Tribunal que dejaba que cada órgano jurisdiccional nacional pueda decidir *ad hoc* y con arreglo a las normas nacionales aplicables si concede acceso a la información facilitada en un programa de clemencia.

Los documentos de la “lista gris” del artículo 6.5 —esencialmente información preparada específicamente para el expediente administrativo (por ejemplo, las respuestas de las partes al requerimiento de información de la autoridad) o remitido a las partes por la autoridad de competencia (por ejemplo, un pliego de cargos)—, en cambio, están sujetos a determinadas limitaciones respecto de su posterior uso en el proceso civil, por lo que su exhibición sólo se podrá ordenar una vez concluido el procedimiento administrativo (art. 7.2).

Respecto de todos los demás documentos no incluidos en estas categorías del artículo 6 el juez civil podrá ordenar su exhibición. El recurso a la exhibición de una prueba ordenada a una autoridad de la competencia será en todo caso subsidiario al requerimiento a las partes u otros terceros (art. 6.10) y la autoridad de competencia podrá presentar observaciones sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición. Las pruebas así obtenidas no podrán ser utilizadas para otros fines (art. 7.3).

Estas reglas se entienden sin perjuicio de otras posibles (o imposibles) vías de acceso público, en particular en virtud del Reglamento 1049/2001, sobre el que ya existe igualmente una abundante jurisprudencia³³.

VI. CONCLUSIÓN

La Directiva de daños constituye un primer paso emprendido por el legislador comunitario en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales en materia de acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios. La armonización es incompleta por varias razones. Por un lado, porque sólo se refiere a las acciones relativas a las infracciones de las normas de defensa de la competencia y no a otras materias como la protección de los consumidores o la responsabilidad por productos defectuosos, como hubiera deseado el PE que propugnaba un instrumento armonizador horizontal aplicable a todos los supuestos de “daños masivos”³⁴

Por otro lado, porque tampoco se incluyeron en la Directiva las acciones colectivas, que aún figuraban en la primera Propuesta de la Comisión de 2009, pero en la nueva Propuesta de 2013 finalmente sucumbieron a la resistencia de los Estados miembros, de modo que su regulación ha quedado relegada a una Recomendación de la Comisión.

³³Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, Asunto C-365/12 P, *Comisión Europea c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, ECLI:EU:C:2014:112.

³⁴Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089(INI)) y Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2008/2154(INI)).

Con la exclusión de los incentivos que actúan como motor de las *classactions* en EE.UU. —el artículo 3.3 de la Directiva prohíbe las indemnizaciones punitivas y la propia Recomendación de la Comisión desaconseja los honorarios condicionales (*contingencyfees*) para abogados que puedan incentivar estas acciones colectivas— parece difícil que este tipo de acciones pueda prosperar en la UE, lo cual no es una mala noticia, vistos los excesos del sistema norteamericano.

Ante esta elección del legislador comunitario, sin embargo, es difícil de entender por qué la Directiva, al mismo tiempo, pretende favorecer las acciones de los compradores indirectos —en particular, los consumidores finales— cuando a éstos la Directiva no les proporciona los instrumentos necesarios para que sus acciones puedan prosperar. Se trata de una opción legislativa legítima, pero, en nuestra opinión, desacertada, por cuanto las acciones de los compradores indirectos, a pesar del respaldo recibido en la Directiva, se seguirán enfrentando a grandes dificultades que hacen que sea difícil que puedan prosperar. De ahí que hubiera sido preferible, y más todavía teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y de varios tribunales supremos nacionales, concentrar las acciones de daños en los compradores directos, como también ocurre en las demandas de daños “federales” de EE.UU. desde la sentencia del *US Supreme Court* en *Illinois Brick Co. v. Illinois* de 1977. Las razones del Supremo norteamericano —eliminar las complicaciones derivadas de repartir el sobreprecio entre compradores directos e indirectos; eliminar el resarcimiento múltiple y promover la aplicación vigorosa del Derecho de la competencia— son tanto y más válidas para las acciones de daños en los países de la UE.

La Directiva tampoco abarca otros elementos constitutivos de este tipo de acciones como el requisito de culpa (jurisprudencia *Schenker*³⁵) o de causalidad (salvo las reglas sobre *passing-on*) ni las acciones de terceros compradores basados en el denominado efecto paraguas (*umbrellaeffect*), entretanto analizadas por el TJUE en la sentencia *Kone*³⁶. Hay importantes cuestiones sin resolver, como por ejemplo el *dies a quo* del plazo de prescripción (el art. 10 sólo trata algunos aspectos de este espinoso problema), y otras muchas que se suscitarán a partir de la transposición y aplicación práctica de las disposiciones de la Directiva. No tenemos dudas de que las complejas excepciones a la responsabilidad solidaria, el *passing-on* o las acciones de daños de los compradores indirectos pronto darán lugar a cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013 en el asunto C-681/11 *Schenker y otros*. ECLI:EU:C:2013:404.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2014 en el asunto C-557/12 *Kone y otros*. ECLI:EU:C:2014:1317.

Además de las normas de Derecho material que exigirán una importante adaptación de nuestro ordenamiento jurídico interno, la Directiva supone una primera incursión del legislador comunitario en el Derecho procesal de los Estados miembros, hasta ahora una prerrogativa del legislador nacional. Habrá que ver cómo encajan estas nuevas normas en nuestras reglas procesales, hasta dónde habrá que adaptarlas a las exigencias de la Directiva y si estas modificaciones pueden limitarse al restringido ámbito de las acciones de daños por infracciones de las normas de la competencia o no debieran ser más bien de una aplicación generalizada.

Aparte de una cierta armonización de los regímenes nacionales en materia de acciones de daños, la otra gran finalidad de la Directiva es compaginar esta aplicación privada de las normas de la competencia con la aplicación pública de las mismas por las autoridades de la competencia, nacionales y comunitaria. En la medida en que la Directiva se inclina por facilitar las acciones privadas de daños, sin perjuicio de conferir una cierta protección a los procedimientos de clemencia ante las autoridades administrativas, la aplicación práctica de las nuevas reglas sentadas por el legislador comunitario tendrá que demostrar que este fortalecimiento de los potencialmente damnificados por prácticas anticompetitivas no incide negativamente sobre las políticas de clemencia de las autoridades públicas. Sin el descubrimiento voluntario de los cárteles por parte de algún partícipe no habrá ni procedimientos administrativos que pongan fin a los mismos ni acciones consecutivas de daños. La Directiva apunta (aunque se quede corta) hacia una posible solución de esta disyuntiva entre aplicación pública y privada: la consideración del daño resarcido en la cuantificación de la multa. Nada impide que nuestro legislador nacional profundice en esta senda.