

Se estrecha el cerco a los cárteles: transposición en España de la Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia

El Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que transpone en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/104/UE, de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia en España. Con la adopción de esta normativa se pretende fomentar la aplicación del Derecho de la competencia ante los tribunales nacionales a través de las acciones de daños interpuestas por los particulares. Esta aplicación "privada" del Derecho de la competencia reforzará, sin duda, la actual aplicación pública realizada por la Comisión Europea y la CNMC, en un contexto en el que, además, acaba de lanzarse una propuesta para reforzar las potestades de las Autoridades Nacionales de la Competencia para la investigación y sanción de este tipo de conductas en Europa.

El Real Decreto-ley 9/2017 realiza importantes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Enjuiciamiento Civil al objeto de facilitar la reclamación de daños y perjuicios sufridos por la infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Es previsible que, con la entrada en vigor de la nueva normativa, se produzca un incremento significativo de las acciones de daños y perjuicios derivados de la infracción del derecho de la competencia en nuestro país.

I. Introducción

El sábado 27 de mayo se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la esperada norma de transposición en España de la Directiva 2014/104/UE de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia (la "**Directiva de Daños**"). Dado el retraso en la transposición, que debió ser ultimada a más tardar el pasado 26 de diciembre de 2016, la norma se ha adoptado a través de la figura del Real Decreto-ley.

Las reformas sustantivas han sido incorporadas en nuestro ordenamiento a través de la introducción de un nuevo título en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("**Ley de Defensa de la Competencia**" o "**LDC**"). Las modificaciones procesales, por su parte, se han llevado a cabo a través de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("**Ley de Enjuiciamiento Civil**" o "**LEC**") y serán aplicables a las acciones iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, el pasado 27 de mayo de 2017.

II. Las reformas sustantivas: modificación de la Ley de Defensa de la Competencia

En cuanto a la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo tercero del Real Decreto-ley 9/2017 incorpora un nuevo Título VI a la LDC, bajo la rúbrica "*De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia*", compuesto por once nuevos artículos (artículos 71 a 81 de la LDC). Resulta especialmente interesante la modificación del artículo 64.3, letra c), de la LDC a fin de recoger que el resarcimiento efectivo de los daños causados constituirá una atenuante cualificada que la autoridad de defensa de la competencia deberá tener en cuenta a la hora de fijar la multa correspondiente. Por otra parte, se modifica la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, a fin de ampliar la definición de "cártel" e incluir nuevas definiciones relativas a las acciones de daños y perjuicios reguladas en el nuevo Título VI.

Las principales modificaciones de la LDC implementadas por el Real Decreto-ley 9/2017 son las siguientes:

1. Derecho del perjudicado al pleno resarcimiento por parte del infractor (nuevos artículos 71 y 72 de la LDC)

Después de establecer la responsabilidad de los infractores de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("**TFUE**") o de los artículos 1 y 2 de la LDC de los daños y perjuicios causados como consecuencia de dicha infracción y de aclarar que dicha responsabilidad se extiende también a las empresas o personas que controlan al infractor (artículo 71 de la LDC), se reconoce al perjudicado el derecho al pleno resarcimiento de los daños sufridos, entendido como el derecho a estar en la misma situación en la que se encontraría de no haberse cometido la infracción (artículo 72 de la LDC).

Dicho resarcimiento comprenderá el derecho a ser indemnizado por el daño emergente y por el lucro cesante sufridos, así como por los intereses. El Real Decreto-ley 9/2017 no concreta el *dies a quo* para el cálculo de dichos intereses, lo cual prevemos que abra un amplio debate, atendido al considerando 12 de la Directiva de Daños, el cual establece que éste "*debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización*".

En cualquier caso, en línea con lo dispuesto en la Directiva de Daños, el artículo 72, apartado 3º, de la LDC deja claro que el derecho al pleno resarcimiento en ningún caso conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo (como serían los "*treble damages*" previstos en Estados Unidos, donde la obligación de resarcimiento puede elevarse al triple del daño realmente sufrido para garantizar el efecto disuasorio del sistema).

2. Régimen de responsabilidad de los infractores de las normas de defensa de la competencia (nuevo artículo 73 de la LDC)

Cuando la infracción de las normas de Defensa de la competencia es llevada a cabo de forma conjunta por varias empresas (como sería en el supuesto de un cártel), el artículo 73.1 de la LDC apunta que dicha responsabilidad será solidaria. Así, todos los infractores serán conjunta y solidariamente responsables del daño causado frente a todos los perjudicados, lo que implica que cualquier perjudicado puede reclamar la totalidad de los daños sufridos a cualquiera de las empresas participantes en el cártel de manera indistinta y con independencia de si guarda con ella una relación de proveedor o comprador. Mientras el apartado 1º de dicho precepto establece la responsabilidad solidaria de los infractores *ad extra* frente a los perjudicados por la conducta infractora, en el apartado 5º de la misma disposición se regula la responsabilidad *ad intra* entre los infractores, estableciéndose que todo infractor podrá repetir contra el resto de infractores por una cuantía que se determinará en función de su "*responsabilidad relativa*" por el perjuicio causado como consecuencia

de la infracción. Dicho precepto establece un nuevo concepto, el de "*responsabilidad relativa*", que, sin duda, generará intensos debates y deberá ser desarrollado vía jurisprudencial.

El régimen general de responsabilidad solidaria frente a los perjudicados tiene, no obstante, dos excepciones, una para las Pymes u otro para los beneficiarios de la exención de pago de multa en el marco del programa de clemencia.

(a) Régimen especial para las Pymes:

Cuando el infractor sea una Pyme en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, se establece que ésta sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos, siempre y cuando se cumplan de forma acumulativa las siguientes condiciones: (i) por un lado, su cuota de mercado en el mercado relevante afectado fue inferior al 5% en todo momento durante la infracción del Derecho de la competencia, y (ii) la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria mermaría irremediablemente su viabilidad económica y causaría una pérdida de todo el valor de sus activos (artículo 73.2 de la LDC). Al establecer dicho régimen especial, el artículo 73.2 de la LDC sólo se refiere a la responsabilidad de la Pyme "*ante sus propios compradores directos e indirectos*". Prevedemos que, en la práctica, surgirá el debate sobre si dicho régimen especial deberá regular también la responsabilidad que la Pyme pudiera tener frente a sus proveedores, directos o indirectos, a los que dicho precepto no se refiere de forma expresa.

En cualquier caso, la Pyme no podrá acogerse a dicho régimen especial si ejerció un papel de líder, es decir, si hubiese dirigido la infracción o coaccionado a las otras empresas para que participaran en dicha infracción, o si es reincidente, por haber sido declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia con anterioridad (artículo 73.3 de la LDC).

(b) Régimen especial para el beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia:

El apartado 4º del artículo 73 de la LDC establece que el beneficiario de la exención del pago de multa derivada de la colaboración con la Administración en el marco de un programa de clemencia sólo será responsable conjunta y solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos. Frente a otras partes perjudicadas, será responsable pero sólo de forma subsidiaria, cuando éstas no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia. Esta previsión trata de evitar que el régimen de las acciones por daños reduzca o elimine los incentivos a acogerse a los programas de clemencia diseñados por las autoridades de la competencia y a través de los que, con tanto éxito, han conseguido detectar y dismantelar un importantísimo número de cárteles ocultos.

Nótese que la excepción únicamente se aplica a los beneficiarios de una exención del pago de la multa, no así a las empresas que subsiguientemente obtengan únicamente una reducción de la multa por cooperación con la Administración.

3. Plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de daños en materia de defensa de la competencia (nuevo artículo 74 de la LDC)

De conformidad con el nuevo artículo 74.1 de la LDC, la acción de daños en materia de defensa de la competencia será de 5 años, plazo extenso en comparación con el brevísimo plazo de un año establecido en nuestro artículo 1968 del Código Civil para las acciones de responsabilidad extracontractual establecidas en el artículo 1902 del Código Civil, a través del cual normalmente se vehiculaban este tipo de acciones (salvo en aquellos casos en los que demandante y demandado estaban contractualmente vinculados, en cuyo caso la reclamación se vehiculaba vía artículos ex artículos 1101 y/o 1303 y siguientes del Código Civil y el régimen de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964 del Código Civil). Con la entrada en vigor del artículo 74.1 de la LDC, entendemos que el plazo de prescripción de cinco años establecido en dicho precepto será de aplicación a cualquier acción de daños y perjuicios ejercitada en materia de defensa de la competencia, con independencia de si infractor y perjudicado están o no vinculados contractualmente.

En cuanto al *dies a quo* a partir del cual empezará a contar dicho plazo, el artículo 74 de la LDC, en su apartado 2º, establece que, para que éste empiece a correr, han de concurrir dos requisitos de forma acumulativa, uno objetivo y uno subjetivo. El requisito objetivo consiste en que la infracción del Derecho de la competencia haya cesado. Y el requisito

subjetivo consiste en que el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento, de los tres hechos siguientes (también de forma acumulativa): (i) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, (ii) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio y (iii) la identidad del infractor.

Dicho plazo quedará interrumpido si la autoridad nacional de competencia incoa un procedimiento en relación con la infracción en base a la cual se ejercita la correspondiente acción por daños. Por otra parte, la interrupción terminará un año después de que recaiga resolución firme o que se dé por concluido el procedimiento de otra forma (artículo 74. 3 de la LDC). El plazo también se interrumpirá cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias, si bien esta interrupción sólo se aplicara en relación con las partes inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia (artículo 74.4 de la LDC).

4. Efecto vinculante de las resoluciones firmes dictadas por las autoridades nacionales de defensa de la competencia (nuevo artículo 75 de la LDC)

El nuevo artículo 75 de la LDC establece, en su apartado 1º, que la resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente constatando una infracción del Derecho de la competencia será "*irrefutable*" a los efectos de una acción de daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional de ese mismo Estado. En otras palabras, la resolución firme constatando la infracción del Derecho de la competencia vinculará al órgano judicial que vaya a conocer del procedimiento de reclamación de daños derivados de la infracción.

Si dicha resolución firme fuera dictada por las autoridades administrativas o judiciales de otro Estado miembro de la Unión Europea, el apartado 2º del artículo 75 de la LDC establece que, en ese caso, la existencia de infracción se "*presumirá, salvo prueba en contrario*".

5. Cuantificación del perjuicio (nuevo artículo 76 de la LDC)

El nuevo artículo 76 de la LDC regula la cuantificación de los daños y perjuicios. Si bien se parte de que la carga de probar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del Derecho de la competencia recae sobre la parte demandante, dicho precepto establece ciertas reglas y presunciones al objeto de superar las dificultades con las que el perjudicado por una infracción de las normas de Derecho de la competencia se puede encontrar para poder determinar y cuantificar el daño sufrido por dicha infracción. Así, en el apartado 2º del artículo 76 de la LDC se establece que, en aquellos casos en los que quede acreditado que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión, los órganos jurisdiccionales han de poder "*estimar el importe de la reclamación de los daños*". Obviamente, dicha "estimación" deberá respetar en todo caso el principio de pleno resarcimiento, de forma que el órgano jurisdiccional deberá velar por que el perjudicado reciba una indemnización adecuada y justa al perjuicio sufrido, ni más ni menos. A estos efectos, el apartado 4º de dicho artículo 76 de la LDC prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional solicite a la autoridad nacional de competencia asesoramiento sobre cómo determinar la cuantía de dichos daños y perjuicios. Por su parte, el apartado 3º de dicho precepto establece la importante presunción de que los cárteles causan daños y perjuicios. Ahora bien, se trata esta de una presunción *iuris tantum*, de manera que el infractor podrá intentar rebatirla y demostrar que el perjudicado por el cártel no ha sufrido daño alguno.

6. Solución extrajudicial de controversias (nuevos artículos 64.3.c), 74.4, 77 y 81 de la LDC)

Los artículos 74.4, 77 y 81 de la LDC regulan los efectos que la solución extrajudicial de controversias tendrá en los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios.

Por un lado, y como ya hemos apuntado al comentar el plazo de prescripción, éste quedará interrumpido y no se reanudará hasta tanto no concluya el procedimiento de solución extrajudicial de controversias que se hubiera instado. Dicha suspensión, lógicamente, sólo se aplicará en relación con las partes que estén o estuvieran involucradas en el proceso de solución extrajudicial de la controversia. Asimismo, el artículo 81 de la LDC prevé la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales acuerden suspender el procedimiento de daños por un periodo máximo de dos años para facilitar la conclusión del proceso de solución extrajudicial de controversia.

En cuanto al nuevo artículo 77 de la LDC, éste regula los efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños. Así, se establece que el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios del perjudicado que hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial con uno/s de los infractor/es se reducirá en la parte proporcional que los infractores con los que hubiera alcanzado el acuerdo tuvieran en el perjuicio sufrido como consecuencia de la infracción (apartado 1º del artículo 77 de la LDC). Asimismo, los infractores con los que no se hubiera alcanzado el acuerdo no podrán repetir frente al infractor que sí fue parte en dicho acuerdo una contribución por la indemnización restante. Ahora bien, salvo que en el acuerdo extrajudicial se hubiera pactado lo contrario, el perjudicado podrá reclamar al infractor con el que hubiera llegado a un acuerdo la indemnización restante si los demás coinfractores no partes de dicho acuerdo no pudieran hacer frente a la misma.

A modo de incentivar que los infractores lleguen a un acuerdo extrajudicial con los perjudicados por su actuación, se establece que la autoridad de defensa de la competencia, a la hora de imponer la multa correspondiente, deberá tener en cuenta como atenuante cualificada que el infractor hubiera llevado a cabo el efectivo resarcimiento del daño causado con su conducta infractora con anterioridad a que se dicte la resolución (nueva letra c) del artículo 64.3 de la LDC).

7. Defensa basada en la repercusión de sobrecostes ("*passing-on defence*") (nuevos artículos 78 a 80 de la LDC)

A fin de evitar cualquier tipo de sobrecompensación del perjudicado, el artículo 78 de la LDC aclara que el derecho al resarcimiento reconocido al perjudicado se refiere sólo al "*sobrecoste efectivamente soportado*" y que no hubiera sido repercutido. Asimismo, se reconoce a los infractores/demandados la posibilidad de invocar que el perjudicado/demandante habría repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de probar dicha repercusión del sobrecoste recaerá sobre el infractor/demandado, para lo cual deberá poder solicitar la exhibición de pruebas en poder del demandante/perjudicado o de terceros.

En línea con lo anterior, el nuevo artículo 79 de la LDC regula la posibilidad de que los compradores indirectos también puedan reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de que los compradores directos les hubieran repercutido el sobrecoste producido por la infracción del Derecho de la competencia. A este respecto, se clarifica que será dicho comprador indirecto quién tendrá la carga de acreditar "*la existencia y la cuantía de tal repercusión*", para lo cual podrá hacer uso de la exhibición de pruebas que se estime necesaria y adecuada.

A fin de facilitar las reclamaciones de dichos compradores indirectos, se establece la presunción *iuris tantum* de que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste si concurren los tres hechos siguientes de forma acumulativa: (i) que el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia, (ii) que dicha infracción tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado y (iii) que el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. Por tanto, si el comprador indirecto acredita adecuadamente estos tres hechos se presumirá que se le ha repercutido un sobrecoste y, por tanto, se presumirá que el comprador indirecto ha sufrido un daño.

Consciente del riesgo de que se produzca una sobrecompensación de los damnificados y una responsabilidad múltiple de los infractores, el artículo 80 de la LDC establece la necesidad de que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción de daños tengan en cuenta la existencia de otros procedimientos de daños que se hubieran ya tramitado o que se encuentren tramitándose paralelamente y que hubieran sido instados por compradores situados en distintos niveles de la cadena de suministro.

III. Las reformas procesales: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Por su parte, el artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2017 modifica la LEC introduciendo una nueva Sección 1ª bis dentro del Capítulo V (titulado "*De la prueba: disposiciones generales*") del Título I ("*De las disposiciones comunes a los procesos declarativos*") del Libro II ("*De los procesos declarativos*"). Esta nueva Sección 1ª bis se titula "*Del acceso a las fuentes de*

prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia" y se compone del artículo 283 bis a) al artículo 283 bis k).

En ordenamientos como el nuestro rige, con carácter principal, el principio de que sobre el actor recae la carga de probar los hechos sobre los que basa su acción (artículo 217 de la LEC). En el caso de las acciones de reclamación de daños ello conlleva que el actor deba probar: la existencia de un ilícito (la infracción del Derecho de la competencia), la existencia de un daño (ya sea éste el daño emergente o el lucro cesante) y la relación de causalidad entre el ilícito cometido y el daño reclamado. Ahora bien, la víctima de una infracción de las normas de defensa de la competencia puede encontrarse con serias dificultades a la hora de acreditar su existencia y el daño que ello le habría ocasionado, pues las pruebas que necesitarían para ello pueden no obrar en su poder, sino en la parte infractora y/o terceros.

A fin de intentar solventar esta "*asimetría de información*" (como se la califica en el considerando 15 de la Directiva de Daños), se ha establecido una regulación específica para la prueba de exhibición documental en las acciones de daños y perjuicios en materia de la competencia.

La exhibición de pruebas podrá ser solicitada no sólo por el perjudicado de una infracción de las normas de Derecho de la competencia que pretenda incoar una acción de daños y perjuicios, sino también por el demandado en dicha acción (el supuesto infractor), quien puede tener también interés en solicitar la exhibición de pruebas del demandante o de terceros para formular su defensa, principalmente si desea invocar en su defensa "*la repercusión de sobrecostes*" (la denominada en inglés "*passing-on defence*") a la que nos hemos referido anteriormente.

La solicitud de exhibición de pruebas deberá estar justificada, debiéndose presentar "*una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños derivados de infracción del Derecho de la competencia*", en el caso del demandante (artículo 283 bis a).1) de la LEC), o de su defensa, en caso del demandado. En la solicitud se deberán concretar "*piezas específicas de prueba*" o de "*categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible*" (apartado 2º del artículo 283 bis a) de la LEC).

En cuanto al momento en el que dicha solicitud debe formularse, ésta podrá solicitarse tanto de forma previa a la incoación del correspondiente procedimiento de reclamación de daños, para preparar el mismo, en la demanda o durante la pendency del proceso (artículo 283 bis e) de la LEC). Ahora bien, si se solicita el acceso a las fuentes de prueba antes de la incoación del proceso, el solicitante deberá presentar la demanda en los 20 días siguientes a la terminación de su práctica. El órgano judicial competente para conocer de dicha solicitud será el que ya esté conociendo de la acción de daños o el que sea competente para conocer de la demanda principal si ésta aún no hubiera sido interpuesta (artículo 283 bis d) de la LEC). En caso de que la solicitud sea *ante demanda*, el apartado 2º del artículo 283 bis d) de la LEC expresamente indica que no cabrá declinatoria, sin perjuicio de que el tribunal de oficio se inhíba por entender que no es competente.

Al acordar dicha exhibición, el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta "*los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados*" (artículo 283 bis a) de la LEC, apartado 3º) y velará que las personas a quienes se les interesa la exhibición documental puedan ser oídas antes de que se ordene la exhibición (artículo 283 bis f) de la LEC). A este respecto, en el artículo 283 bis b) de la LEC expresamente se apunta que el interés de una empresa a evitar que se interponga contra ella acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia "*no constituirá un interés que justifique protección*".

Asimismo, se establece que el órgano judicial deberá evitar que la exhibición suponga una "*búsqueda indiscriminada de información*" (artículo 283 bis a) 3º b) de la LEC) o, en términos coloquiales, una "*fishing expedition*", y deberá preservar la confidencialidad de la información cuya exhibición se solicite, "*especialmente en relación con terceros*" (artículo 283 bis a) 3º c) de la LEC). Precisamente, con la finalidad de evitar posibles abusos, el artículo 283 bis c) de la LEC prevé la posibilidad de que el órgano judicial imponga al solicitante de la medida la prestación de una caución con carácter previo a su ejecución.

En relación con la información confidencial, el artículo 283 bis b) de la LEC establece que los órganos judiciales deberán adoptar las medidas que estimen necesarias para proteger su confidencialidad. Entre dichas medidas, el apartado 5º del

artículo 283 bis b) de la LEC establece las siguientes: la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial, redactar una versión no confidencial de la resolución judicial o limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad. Asimismo, en el apartado 3º del artículo 283 bis b) de la LEC se garantiza el pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto.

El artículo 283 bis k) de la LEC regula las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba, las cuales tienen una clara finalidad disuasoria. Aparte de las responsabilidades penales en las que se podrían incurrir, dicho precepto prevé la posibilidad de que se desestime total o parcialmente la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal por el infractor de la confidencialidad, declararle civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y condenarle a su pago, además de condenarle al pago de las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y al de las costas del proceso principal. Asimismo, se establece que si el tribunal considera que el incumplimiento "*no es grave*", en lugar de acceder a alguna/s de las medidas anteriores, podrá imponer al infractor de la confidencialidad una multa de entre 6.000 y 1.000.000 de euros. Además, podrá también entender como "infractor" a sus representantes y defensores legales, pudiendo imponer multas separadas a cada uno de ellos.

Antes de acordar el acceso a las pruebas solicitado, el órgano judicial oír a las partes en una vista oral. La decisión que se adopte podrá ser recurrida en reposición con efectos suspensivos y, si éste se desestimara, la parte perjudicada podrá hacer valer sus derechos en segunda instancia, o interponer directamente recurso de apelación si la solicitud hubiera sido formulada *ante demanda*. La apelante podrá en ese caso solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada, suspensión sobre la que el Tribunal de apelación deberá pronunciarse tan pronto reciba los autos, quedando entre tanto en suspenso la resolución impugnada (artículo 283 bis f) de la LEC, titulado "*Procedimiento*").

De acordarse el acceso a determinadas fuentes de prueba, éste se ejecutará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 283 bis g) a 283 bis h) de la LEC, los cuales establecen cómo se ejecutarán las medidas acordadas judicialmente y las consecuencias de la obstrucción a la práctica de dichas medidas, obstrucción que puede conllevar responsabilidad penal y multas de entre 600 y 60.000 euros por día de retraso en el cumplimiento de las medidas, además del reconocimiento de los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían y/o el allanamiento tácito a las pretensiones formuladas o que se fueran a formular por el solicitante de la medida.

La exhibición de pruebas que, con carácter general, estaría regulada en el artículo 283 bis a) de la LEC, presenta una serie de limitaciones cuando lo que se pretende es acceder a un expediente de una autoridad de la competencia.

A este respecto, el punto de partida es que en las acciones de daños se podrá ordenar "*en todo momento*" la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia (artículo 283 bis i) 9º de la LEC), pudiendo el tribunal requerir a dichas autoridades su exhibición si ninguna parte o tercero es capaz de aportar dichas pruebas en una "*medida razonable*" (artículo 283 bis i) 10º de la LEC). No obstante ello, hay una serie de documentos obrantes en los expedientes administrativos que quedan excluidos de dicho deber de exhibición, de forma absoluta en algunos casos, o temporal, mientras dure el procedimiento, en otros, y ello con la finalidad de proteger los programas de clemencia (artículos 283 bis i) y 283 bis j) de la LEC).

(a) La "lista negra": categorías de pruebas que quedan excluidas de la exhibición de pruebas

El apartado 6º del artículo 283 bis i) de la LEC establece una "lista negra" de documentos que no podrán ser objeto de exhibición: (i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, es decir aquellas declaraciones en las que el clemente se autoinculpa y realiza una descripción detallada de su participación en el cártel, y (ii) las solicitudes de transacción ("*settlements*"), las cuales también suponen un reconocimiento de infracción por parte de su solicitante. La necesidad de incluir dichas categorías de pruebas en la "lista negra" viene dada por el hecho de que, como la Comisión Europea apunta en el considerando 26 de la Directiva de Daños, tanto los programas de clemencia como los procedimientos de transacción son instrumentos importantes para la "*detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones de las infracciones más graves del Derecho de la competencia*" y, de no protegerse, las empresas podrían verse

disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias que prestan sólo a los efectos de cooperar con las autoridades de defensa de la competencia.

La protección de estas categorías de pruebas es absoluta. No sólo los órganos jurisdiccionales no podrán ordenar en ningún momento su exhibición, sino que, si algunas de las partes aportaran dichas categorías de pruebas al procedimiento de daños por haber tenido acceso a las mismas al haber formado parte como interesados en el procedimiento administrativo, el órgano jurisdiccional deberá declararlas inadmisibles, en todo caso (artículo 283 bis j) de la LEC).

(b) La "lista gris": categorías de pruebas que sólo se exhibirán cuando se dé por concluido su procedimiento

El apartado 5º del artículo 283 bis i) de la LEC establece una "lista gris" en la que se incluyen aquellos documentos, o categorías de pruebas, de los que el órgano jurisdiccional sólo podrá ordenar su exhibición "*después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo*". Si bien no se especifica si dicha resolución ha de ser o no firme (tampoco lo hacía la Directiva de Daños), entendemos que ésta no tiene por qué ser firme, bastando que el procedimiento administrativo haya concluido.

Dentro de esta "lista gris" están las categorías de pruebas siguientes: (i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; (ii) 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 (iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Como es de ver, las categorías de pruebas que se incluyen dentro de la denominada "lista gris" comprenden información que se habría preparado específicamente para el expediente administrativo como, por ejemplo, las respuestas de las partes al requerimiento de información remitido por la autoridad nacional de la competencia o el pliego de cargos remitido por dicha autoridad a las partes.

Hasta que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo, si dichas categorías de pruebas fueran aportadas al procedimiento por una de las partes, el órgano jurisdiccional deberá declararlas inadmisibles (artículo 283 bis j) de la LEC).

IV. Reconocimiento de los principios de efectividad y equivalencia en relación con el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia

En la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 9/2017 se reconocen los principios de efectividad y de equivalencia reconocidos por la jurisprudencia europea, estableciéndose expresamente que dichos principios deben regir el ejercicio de las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

En cuanto al principio de efectividad, el mismo implica que los Estados miembros han de velar por que las normas y procedimientos para el ejercicio de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el derecho al pleno resarcimiento.

El principio de equivalencia implica que los Estados miembros velarán por que las normas y procedimientos para reclamar los daños sufridos como consecuencia de la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE no sean menos favorables que las que regulen la reclamación de los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de las normas equivalentes a dichos preceptos a nivel nacional.

V. Ámbito de aplicación territorial y régimen transitorio de las modificaciones introducidas en la LDC y la LEC por el Real Decreto-ley 9/2017

De conformidad con la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 9/2017, las disposiciones contenidas en los artículos tercero y cuarto de dicha norma serán de aplicación a las acciones de daños ejercitadas en el territorio español, siendo del todo indiferente si la infracción del Derecho de la competencia ha sido declarada por la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional español o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Asimismo, la Disposición Transitoria Primera aclara que lo dispuesto en el artículo tercero del Real Decreto-ley 9/2017 (que modifica la Ley de Defensa de la Competencia) no se aplicará con carácter retroactivo y que las modificaciones introducidas en la LEC en virtud del artículo cuarto del Real Decreto-ley 9/2017 sólo serán aplicables a los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley 9/2017 (a saber, el 27 de mayo de 2017).

Contactos

Clifford Chance Madrid

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
Tel.: +34 91 590 75 00

Miguel Odriozola

Socio
T: +34 91 590 94 60
E: Miguel.Odriozola@cliffordchance.com

Clifford Chance Barcelona

Av. Diagonal, 682
08034 Barcelona
Tel.: +34 93 344 22 00

Miquel Montaña

Socio
T: +34 93 344 22 23
E: Miquel.Montana@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2017
Clifford Chance S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.