

## Implementación de la Directiva de daños en España

El Gobierno ha publicado de manera urgente el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (**RDL**), por el que se transpone la Directiva 2014/04/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (**Directiva**), en el ordenamiento jurídico español.<sup>1</sup> La urgencia en este caso se debe al hecho de que la Directiva debería haber sido transpuesta a finales del año 2016, y a que el objeto de la Directiva tiene potencial para desencadenar la responsabilidad del Estado frente a los particulares por su aplicación tardía. La urgencia también se justifica por el hecho de que la Comisión Europea dio comienzo en enero a un procedimiento de infracción contra España. Por lo tanto, aunque no es recomendable que esta legislación sea aprobada sin un debate parlamentario, no es de extrañar que se haya utilizado por ello la figura del Real Decreto-Ley.

El RDL modifica (i) la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) en cuestiones sustantivas; y (ii) la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (**LEC**) en relación a cuestiones procesales.

En relación con los cambios introducidos en la LDC, el RDL incluye los siguientes cambios en la ley vigente:

- De conformidad con la Directiva, el RDL establece la regla general de la responsabilidad solidaria entre los miembros del cartel por los daños causados como resultado de las conductas anticompetitivas. Esto contrasta con el Derecho actual donde, como normal general, la responsabilidad solidaria debe estar prevista en la ley y donde no se presume que los miembros de un cartel sean responsables solidarios, siempre y cuando el daño atribuible a cada miembro del cartel pueda ser individualizado (si el grado de daño no puede ser atribuido individualmente, la jurisprudencia ha considerado que es posible interpretar la existencia de responsabilidad solidaria impropia, aunque el asunto no se ha discutido en los pocos precedentes judiciales existentes en España en materia de daños producidos por un cártel, donde la responsabilidad se ha considerado mancomunada *e.g.*, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, asunto 2183/2009 y 7 de noviembre de 2013, asunto 2472/2011 en el *Cartel del Azúcar*).
- Una interesante (y relevante) presunción introducida es la responsabilidad de las sociedades matrices, por los daños causados por sus filiales (excepto cuando la conducta económica de la sociedad filial no viene determinada por la de su matriz). Esta presunción generalmente aplicable a los casos de responsabilidad administrativa por prácticas anticompetitivas, se aplicará también *ex lege* en los casos de daños.
- Siguiendo lo establecido en la Directiva, el RDL establece un plazo de prescripción de cinco años para la reclamación de daños y perjuicios en los casos de prácticas anticompetitivas, estableciendo así una excepción al plazo general de prescripción de las reclamaciones por daños extracontractuales, que es de un año conforme al Código Civil (también aplicable, hasta la reforma legal ahora comentada, a las reclamaciones de daños y perjuicios en los casos de prácticas anticompetitivas). La corta duración del plazo de prescripción en España ha sido objeto de crítica, donde se ha cuestionado si un periodo de prescripción tan corto es compatible con el principio de efectividad de las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios. Bajo la actual legislación, puede considerarse que el plazo de prescripción empieza a contar desde la fecha en que se publica la Resolución de la Autoridad de Competencia (o, en su caso, cuando se haya notificado individualmente) determinando la existencia del cártel, sus participantes, la duración y los datos relevantes acerca de sus efectos, cuando tales elementos clave no se conocieran antes de la Resolución administrativa. Por otro lado, si los datos del cártel o de la infracción anticompetitiva necesarios para poder interponer una reclamación por daños y perjuicios son conocidos para el perjudicado antes de la publicación de la Resolución, la parte perjudicada por la conducta anticompetitiva debe tener en cuenta que el plazo de

---

<sup>1</sup> Hace dos años informábamos de un proyecto de ley embrionario, que en realidad no se convirtió en un proyecto de ley formal y nunca fue presentado al Parlamento, debido a la ausencia de mayoría parlamentaria en España en el año 2016 (<http://calloccoca.com/wp-content/uploads/2015/06/Competition-Alert-Damages-Implemen-Propv5.pdf>).

prescripción para reclamar daños y perjuicios puede haber empezado a computar antes de que se haya emitido una resolución (administrativa) o, incluso antes de que la Autoridad de Competencia haya comenzado a investigar la conducta presuntamente ilegal (esta es nuestra interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 2013, *Centrica v. Iberdrola*, asunto 528/2013). Sobre esta lógica relativa al *dies a quo*, parece razonable pensar que se seguirá aplicando bajo la legislación que transpone la Directiva, tal y como señala el artículo 10 de la Directiva.

- Las resoluciones de las autoridades de competencia o de los tribunales españoles constituyen una prueba irrefutable de la existencia de una infracción ante cualquier tribunal español que conozca de un caso de daños y perjuicios causado por conductas anticompetitivas. Por el contrario, las resoluciones de las autoridades de competencia o de los tribunales de cualquier Estado miembro distinto de España suponen la existencia de una presunción de una infracción del derecho de la Competencia.
- Por otro lado, el RDL establece que el resarcimiento efectivo de los daños a un perjudicado por parte de un infractor deberá considerarse como una circunstancia atenuante *cualicada* por parte de la Autoridad de Competencia para decidir la cantidad de la multa en los casos pendientes (sin que esté claro cómo debe interpretarse a estos efectos el término “cualicada”).
- Finalmente, el RDL no incluye (a diferencia de la propuesta inicial sobre la que informamos hace dos años<sup>2</sup>), dentro del ámbito de los daños y perjuicios en casos de prácticas anticompetitivas, aquellos daños que se derivan de las infracciones del artículo 3 LDC, una disposición específica de la ley española que prohíbe las conductas de competencia desleal con impacto en la competencia y en el mercado. Incluye en su ámbito de aplicación las infracciones de las disposiciones de Derecho nacional equivalentes a los artículos 101 y 102 TFUE.

En lo que se refiere a las cuestiones de procedimiento, el RDL implementa en la LEC las normas sobre el acceso a las fuentes de pruebas incluidas en la Directiva. Por lo tanto, no se ha introducido un nuevo conjunto de normas sobre la prueba en relación con los litigios civiles (como se adelantaba en la propuesta inicial).<sup>3</sup>

Las nuevas reglas específicas para acceder a las fuentes de prueba en los casos de daños y perjuicios por prácticas anticompetitivas pueden resumirse someramente como sigue: cualquier demandante podrá solicitar al tribunal de forma motivada que le conceda el acceso a determinadas fuentes de prueba (incluyendo documentos, grabaciones digitales, información cuantitativa, testigos e informes de expertos, entre otros) en poder de otra parte o de terceros. La solicitud puede ser presentada antes de iniciar el procedimiento o durante el mismo. El demandante deberá justificar que (a) las fuentes de prueba de las que solicita el acceso son necesarias para la resolución del proceso; y (b) que no tiene medios para acceder a las fuentes de prueba en cuestión por sí mismo, sin la intervención judicial. Si la solicitud es presentada antes del inicio del procedimiento, el demandante deberá hacer constar los hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños. Cabe señalar que el tribunal podrá conceder a la parte demandada el acceso a fuentes de prueba del demandante.

Los tribunales deberán resolver las reclamaciones respetando el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes involucradas, y en particular (i) que la solicitud esté justificada a la vista de los hechos y pruebas disponibles; (ii) el alcance y los costes del acceso a las pruebas (especialmente en el caso de terceras partes), evitando búsquedas indiscriminadas de información no relevante; y (iii) si la información solicitada es confidencial.

En consecuencia, el RDL incluye normas sobre la divulgación de documentos de contrapartes y terceras partes (incluso antes de que se inicie el procedimiento); normas que los tribunales deberán tener en cuenta a la hora de evaluar la proporcionalidad de las solicitudes de divulgación; posibles

<sup>2</sup> <http://calloco.com/wp-content/uploads/2016/02/Competition-Alert-Damages-Implemen-vespv3.pdf>

<sup>3</sup> Ver nota anterior.

medidas coercitivas; la posibilidad de solicitar medidas adicionales; o la protección de documentos protegidos (es decir, declaraciones de clemencia y solicitudes de transacción), entre otros.

Finalmente, en relación al momento de entrada en vigor de las nuevas normas, el RDL establece que las nuevas modificaciones introducidas en la LDC no se aplicarán de forma retroactiva. En nuestra opinión (inicial), la disposición debe interpretarse como una indicación de que las nuevas normas se aplican a las acciones derivadas de daños generados después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (el 27 de mayo de 2017). Esto significa que las normas generales sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil se seguirán aplicando a los asuntos iniciados después del régimen preexistente. En cuanto a las reformas de la LEC, serán de aplicación a los procedimientos iniciados después del 27 de mayo.

---

Para más información de nuestro despacho vaya a [www.callolcoca.com](http://www.callolcoca.com)

*La información contenida en este documento es solamente informativa y no constituye asesoramiento.*