



Una reforma procesal de calado en materia de reclamaciones derivadas de actos anticoncurrenciales

Autor/a

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada Especialista Mercantil

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº6 | Año 2017

Artículo nº 4

Páginas 19-24

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. Introducción

Por medio del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE 27 de mayo de 2017) se ha llevado a cabo en nuestro país la implementación, entre otras, de la Directiva 2014/104/UE (comúnmente conocida como la “Directiva de daños” -en adelante, la Directiva-). La convalidación de este Real Decreto-Ley se acordó por el Congreso de los Diputados en

su Resolución de 22 de junio de este año (BOE 30 de junio de 2017).

La transposición a nuestro Derecho de la indicada Directiva se ha realizado de forma tardía, pues en la misma se concedía a los Estados miembros un plazo para llevarla a cabo que no podía traspasar el 27 de diciembre de 2016 (artículo 21 de la Directiva). Pero, no sólo llega tarde, sino que, además del

retraso en la transposición, ésta se ha llevado a efecto recurriendo a la técnica legislativa de urgencia (excepcional) del Real Decreto-Ley (recuérdese, a tal efecto, la definición que de este tipo de norma se contiene en nuestra Constitución (CE), disponiendo el artículo 86.1 CE que “1. **En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.**”). El retardo descrito incluso motivó que la Unión Europea abriera un expediente sancionador a España en el mes de enero. Precisamente por este motivo, en la Exposición de Motivos (III) del citado Real Decreto se justifica el empleo de dicha técnica por la necesidad de “evitar la imposición de sanciones económicas a España” por la existencia de “procedimientos de infracción abiertos” por la falta de transposición de la Directiva¹, indicando, asimismo, que “*resulta acuciante efectuar la necesaria adaptación de nuestro Derecho y poner fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, considerando las consecuencias negativas que dicho retraso comporta tanto para los ciudadanos, en cuyo beneficio procede garantizar la efectividad de las acciones para el resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia*”.

2. Derecho al pleno resarcimiento de los daños ocasionados por actos anticoncurrenciales: la Directiva 2014/104/UE.

Cuestión básica en la regulación del Derecho de defensa de la competencia es la de si los particulares pueden pretender ser resarcidos por los daños y perjuicios que se les irroguen como consecuencia de la realización de actos que sean contrarios a las normas que preservan la competencia efectiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó esta cuestión en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001 — Asunto C-453/99, *Courage Ltd-* en la que concluye que cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción de las normas comunitarias vigentes en materia de defensa de la competencia (entonces, el artículo 85, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Europea, que sería posteriormente el artículo 81 CE y, actualmente, el artículo 101 TFUE), incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición, y ello en atención a que la plena eficacia del precepto 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 solicitase 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 el bien entendido que 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.

No obstante, en dicha sentencia, el TJUE, consciente de la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, exhortaba a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro a designar

los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de tales reclamaciones y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de 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) (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27)”*.

En la STJUE(Sala Tercera) de 13 de julio de 2006 (asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, conocido como Caso Manfredi), en que se da respuesta, entre otras, a la pregunta de si el artículo 81 TCE, entonces vigente, debía interpretarse en el sentido de que legitima a terceros que tengan un interés jurídicamente relevante, para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica concertada prohibidos por dicha disposición comunitaria y para solicitar el resarcimiento de los daños en el caso de que exista una relación de causalidad entre el acuerdo o la práctica concertada y tales daños y, por otro lado, si dicho precepto debía ser interpretado en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria basada en dicho artículo había de computarse a partir del día en que el acuerdo o la práctica concertada se establecían o desde el día en que cesaban, el Tribunal de Justicia concluyó que el artículo 81 CE legitimaba a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho precepto y que, caso de existir una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, el afectado podría solicitar la reparación de dicho

perjuicio. Y, respecto del plazo de prescripción aplicable, el Tribunal resolvió que ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, correspondía al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE, siempre que se respetasen los principios de equivalencia y de efectividad, incumbiendo al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse.

Recogiendo estas líneas básicas de la doctrina sentada por el TJUE en materia de aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (DOCE 5/12/2014) consagra el derecho al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por las infracciones del Derecho de la Competencia de la Unión (artículo 3), de manera que *“Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (damnum emergens), el lucro cesante (pérdida de beneficios o lucrum*

cessans), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente (...)" (Considerando 12 de la Directiva).

Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada de las normas de defensa de competencia, y reconociendo la Directiva que "la prueba es un elemento importante para el ejercicio de las acciones por daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional (Considerando 15), así como la dificultad de obtención de las pruebas necesarias para la viabilidad de tales acciones dado que "suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el demandante o no están a su alcance" (Considerando 14), caracterizándose los litigios por infracciones del Derecho de la competencia por una *asimetría de información*, dicha norma regula mecanismos para garantizar que se confiera a las partes el derecho a obtener la exhibición de pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, incidiendo en el hecho de que para que el órgano jurisdiccional acceda a ordenar tal exhibición de documentos deben observarse los principios de necesidad y proporcionalidad (Considerando 16 de la Directiva) y, de manera particular, en la exigencia de adoptar medidas precisas para proteger los secretos comerciales o cualquier otra información confidencial que pueda contenerse en aquellas pruebas relevantes (Considerando 17 y artículo 5 de la Directiva).

3. La introducción del artículo 283bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La llamada "Directiva de Daños" recuerda en su Considerando (4) que el derecho al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la Competencia de la Unión Europea y nacional requiere que "*todos los Estados miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo*", lo que entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (y, en el ámbito interno, por el artículo 24 de la Constitución Española).

En la Exposición de Motivos (II) de la Propuesta de ley de la Sección Especial de Codificación para la transposición de la Directiva 2014/104/CE, y centrándome exclusivamente en el aspecto procesal de las reformas necesarias para la transposición de la Directiva, expresamente se reconoce que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) no contenía una regulación plenamente coherente en esta materia, a los efectos de facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia, y compatible con las exigencias del Derecho europeo². Y decía, en su literalidad, que "*Al contrario, conviven en ella, de un lado, las normas sobre diligencias preliminares, con un contenido en buena parte fruto de acarreos históricos y, de otro lado, las normas sobre exhibición de documentos, todas ellas con una eficacia a menudo frustrante en la práctica*", concluyendo que "*Forzar ahora la inclusión, dentro de estas categorías preexistentes, de los mandatos que*

Una reforma procesal de calado en materia de reclamaciones derivadas de actos anticoncurrenciales

en esta materia impone la Directiva 2014/104/UE habría sido abundar en un tratamiento parcial del problema, que asimismo generaría distorsiones y agravios comparativos respecto de los demás ámbitos de la litigación civil y mercantil, en que los justiciables se encuentran escasos de herramientas eficaces para acceder a fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros, en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva". En efecto, las diligencias preliminares y la exhibición de documentos no son suficientes para la garantía del derecho a la tutela en este ámbito del derecho. Por un lado, las diligencias preliminares, que pueden considerarse como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia, tienen por finalidad aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad, rigiendo un criterio restrictivo en cuanto a su admisión, siendo necesario, además, para decidir si están justificadas y son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y que concurre justa causa en su petición e interés legítimo, que el demandante fije, precise y determine con claridad y concreción cual es el objeto del juicio que se propone entablar, para qué pide la diligencia preliminar y contra quién se propone dirigir la futura demanda. Por otro lado, la exhibición de documentos, tal y como se regulaba antes de la reciente reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, planteaba el problema - del que se había eco la Directiva de Daños- de que los documentos relevantes para acreditar la infracción del Derecho de la Competencia y

sus efectos perjudiciales susceptibles de reparación se encontrasen en poder del demandado o de tercero, dificultándose su obtención.

Por ello, y con la finalidad de garantizar la máxima eficacia de las normas de defensa de la competencia, y con el objetivo de asegurar que los daños sufridos por los justiciables (ya sean empresas o consumidores) como consecuencia de dichas prácticas anticompetitivas sean efectivamente resarcidos, el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, introduce una regulación (artículo 283 bis) sobre el acceso a las fuentes de prueba en la Ley 1/2000, de 7 de enero, mediante una nueva Sección 1.ª bis («Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia») dentro del Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del Libro II («De los procesos declarativos»), *en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad.* Por otro lado, el Real Decreto-ley se refiere de forma específica al acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las administraciones públicas y entidades de derecho público previendo, para este último caso, la imposibilidad de acceso a documentación o material de carácter reservado o secreto.

Y con la finalidad de asegurar la efectiva realización del acceso, y frente a supuestos de obstrucción de dicho acceso, la

norma contempla las posibles consecuencias sobre los efectos de la prueba en el proceso en cuestión, dejando a salvo la responsabilidad penal en que pudiera incurrir quien así actuara.

Con la nueva regulación se da carta de naturaleza legal a la noción de fuente de prueba (todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno) y se aspira a que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia *tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba*. En todo caso, el litigante deberá proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente.

4. Conclusión

La nueva regulación introducida en la LEC debe estimarse que opera en la norma procesal una reforma de calado. Sin duda alguna, la reforma podría haber ido más lejos

(por ejemplo, extendiendo las reglas relativas al acceso de las fuentes de prueba no sólo a los actos contrarios a las normas sobre defensa de la competencia, sino también a los procedimientos por actos desleales). Pero, no puede dejarse de reconocer que los mecanismos contemplados para el acceso a las fuentes de prueba que se encuentren en poder de la parte contraria y/o de terceros, impulsarán el ejercicio de las llamadas acciones autónomas o stand alone que, en decir de la doctrina, constituyen *la verdadera piedra de toque para un genuino sistema de aplicación privada de las normas sobre defensa de la competencia*³.

Nos corresponde ahora a los magistrados mercantiles, que tenemos atribuido el conocimiento de esta materia (artículo 86 ter 2 LOPJ), precisar el significado de los conceptos de razonabilidad, pertinencia, necesidad y proporcionalidad que incluye el nuevo artículo 283 bis LEC al tratar del acceso a las fuentes de prueba, garantizando el necesario equilibrio entre los intereses en conflicto.

NOTAS

¹ Debe recordarse, a tal efecto, que la STC 1/2012, de 13 de enero (LA LEY 4510/2012) permite el recurso del instrumento legislativo del Decreto-Ley en supuestos de “patente retraso en la transposición” y en casos de “procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España”, siendo que la Directiva ahora transpuesta era del año 2014 y el plazo para su transposición expiraba, como se ha dicho, en el mes de diciembre de 2016.

² GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp.125-152.

³ GASCÓN INCHAUSTI, F., op cit.