

Transposición de la Directiva de daños por infracciones al Derecho de la competencia

La creación de un marco propicio para las reclamaciones de los daños y perjuicios causados por infracciones de competencia en la UE ha sido uno de los ejes prioritarios de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea durante los últimos años. La expresión más evidente de esta preocupación es la aprobación de la Directiva de daños por infracción de las normas de la competencia que los legisladores de los distintos Estados miembros deben transponer a sus ordenamientos a lo largo del año 2016.



Sergio Baches Opi
Socio de BROSETA
y Director del Área de
Competencia

Aunque las acciones de daños contra los infractores de la normativa de la competencia son ya posibles en España, la adaptación del Derecho español a la Directiva conllevará la introducción en nuestras normas procesales de nuevas herramientas que, previsiblemente, facilitarán el ejercicio de este tipo de demandas por los perjudicados.

Exhibición de pruebas

En relación con la exhibición de pruebas en un procedimiento de reclamación de daños, la Directiva faculta a los jueces nacionales para ordenar al demandado, al demandante o a un tercero, la exhibición de las pruebas pertinentes a las que tengan acceso. Esta exhibición se somete al principio de *proporcionalidad*, de forma que los jueces valorarán las peticiones ponderando los intereses de las partes, y teniendo en cuenta la necesidad de proteger la información confidencial y el alcance y coste de la exhibición. Estos principios actúan como garantía procesal frente a peticiones de exhibición de prueba genéricas y sin fundamento. La Directiva prevé también la posi-

bilidad de que los jueces nacionales ordenen la exhibición de pruebas obrantes en un expediente de las autoridades de competencia. No obstante, la Directiva limita las facultades de los jueces excluyendo las “declaraciones” efectuadas en el marco de un “programa de clemencia” por el solicitante de clemencia, así como las solicitudes de “terminación convencional” (cuando la parte investigada solicita a la autoridad la terminación de un expediente sancionador a cambio de unos compromisos).

Las Resoluciones de la CNMC

La norma de transposición de la Directiva reforzará el valor probatorio que ya tienen las resoluciones firmes que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adopta en el marco de un expediente sancionador, al disponer que la constatación de una infracción en una resolución firme se debe considerar “prueba irrefutable” ante los jueces. Por tanto, la acción de daños que se ejercite con base a una resolución firme de la CNMC va a tener *a priori* una mayor probabilidad de éxito. Respecto de aquellas resoluciones

Que los hechos que haya fijado una autoridad de competencia vinculen o constituyan principio de prueba para el juez no significa, sin embargo, que la parte demandante no deba demostrar y cuantificar el daño sufrido, lo que ha constituido hasta la fecha el principal motivo de discusión entre las partes litigantes

adoptadas en otro Estado de la UE, la Directiva dispone que podrán ser presentadas como “principio de prueba” de la existencia de una infracción, y se valorarán junto con las otras pruebas.

Plazo para el ejercicio de la acción de daños

La Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar un plazo de prescripción para las acciones de daños de al menos 5 años. En este punto, la transposición de la Directiva supondrá un cambio significativo en nuestro ordenamiento, pues el plazo de prescripción vigente en España, tan solo de un año, dificulta el ejercicio de este tipo de acciones. El plazo de prescripción no comenzará a correr hasta el momento en el que haya cesado la infracción y el perjudicado tenga conocimiento, o haya podido razonablemente conocer, de la conducta que le ha ocasionado el perjuicio, de que constituya una infracción del Derecho de la competencia y de la identidad del infractor.

Responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores

La Directiva también contempla una responsabilidad conjunta y solidaria para las empresas condenadas conjuntamente por la comisión de una infracción (por ejemplo, por haber participado en un cártel). Esto significa que cada una de estas empresas está obligada a reparar la totalidad del perjuicio causado, y sin perjuicio de

que la empresa que indemnice pueda posteriormente reclamarles a las otras empresas participantes el reembolso de la parte que les corresponda. Sin embargo, las empresas infractoras que se hayan beneficiado del programa de clemencia reciben un tratamiento especial con el objetivo de no comprometer el buen funcionamiento de estos programas. La responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores beneficiarios de la clemencia se aplica solo respecto de sus compradores o proveedores directos o indirectos. Frente a los “otros perjudicados”, la responsabilidad conjunta y solidaria únicamente se aplica cuando estos no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas infractoras. También se contempla que la pequeña y mediana empresa solo sea responsable ante sus compradores y proveedores directos e indirectos, siempre que cumpla todas estas condiciones: a) que su cuota en el mercado sea inferior al 5% durante la infracción; b) que la aplicación de la responsabilidad conjunta y solidaria merme irremediadamente su viabilidad económica y cause una pérdida de todo el valor de sus activos; c) que no haya sido instigadora de la infracción; y d) que no sea reincidente.

La defensa del *passing-on*

La Directiva persigue garantizar el derecho al pleno resarcimiento de todos aquellos perjudicados por una infracción del Derecho de la competencia, pero obliga a los Estados miembros a introducir mecanismos que impidan la sobrecompensación (que el resarcimiento del daño emergente sea superior al perjuicio por el sobre coste sufrido). Ello significa que los Estados miembros deberán permitir a la parte demandada alegar la defensa del



passing-on; es decir, que la empresa infractora pueda oponerse a la demanda alegando que el demandante no sufrió perjuicio alguno o cuestionando el grado de perjuicio que este pretende haber sufrido, porque para compensar la conducta infractora, el demandante repercutió el sobreprecio en sus propios productos.

La carga de la prueba de que se ha producido la traslación del sobreprecio aguas abajo corresponde a la empresa demandada y, en la práctica, puede resultar difícil. Aunque se pueda probar que los compradores directos subieron los precios, como fue el caso en una acción de reclamación de daños en el conocido como “cártel del azúcar”, se puede dar la circunstancia de que no se haya probado que lo hicieran en la “cantidad suficiente” como para compensar el sobreprecio aplicado por los cartelistas, pues es probable que el aumento de precios por los perjudicados provocara un retraimiento de la demanda y en consecuencia una pérdida de ventas.

Fomento de la resolución extrajudicial de las acciones de daños

La Directiva introduce la posibilidad de que quede en suspenso el plazo para ejercitar la acción de da-

ños durante un máximo de dos años cuando las partes deciden iniciar un procedimiento de negociación extrajudicial. Asimismo, se limita la responsabilidad solidaria y conjunta de los demandados que hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial con el demandante.

En estos casos, el demandado con el que se haya logrado acuerdo extrajudicial pagará únicamente la indemnización acordada, mientras que los restantes infractores con los que no se haya alcanzado un acuerdo responderán conjunta y solidariamente de la cuantía que se determine finalmente.

Antitrust Compliance

La contingencia que supone para las empresas las posibles indemnizaciones a terceros por los daños causados por posibles conductas *antitrust*, además de las posibles multas, se ha ido percibiendo a lo largo de los últimos años por los directivos de nuestras empresas como algo cada vez más cercano y probable. Esa percepción se incrementará una vez que la Directiva haya sido implementada, por lo que para muchas compañías puede ser un momento propicio para implantar programas de *Antitrust Compliance* o revisar los programas ya existentes.

PREVISIONES DE FUTURO

Hasta la fecha, el ejercicio en España de acciones de resarcimiento de daños por infracciones de la normativa de competencia ha sido poco significativo. Esta es también, a grandes rasgos, la situación en la mayoría de los Estados de la UE.

Es posible que con la trasposición de la Directiva se pueda producir una activación en la presentación de este tipo de

demandas, si bien el cálculo de probabilidades de que esto ocurra debe ser prudente, ya que la reforma no eliminará algunas de las limitaciones que el sistema procesal español presenta para el ejercicio de este tipo de acciones, como son las costas procesales (la parte que pierde el pleito paga los costes de la parte que prevalece), o, de modo más relevante, las limitaciones al ejercicio de las

acciones colectivas que encontramos en la actual normativa, tanto en lo que respecta a los que pueden ejercitarlas como a la obligación de comunicar el inicio de la acción a todos y cada uno de los consumidores afectados, con el coste que ello conlleva cuando los afectados por una conducta anticompetitiva se cuentan por miles.