

# La Directiva de Daños y Perjuicios: génesis, aspectos principales y futuro

1

El 18 de noviembre de 2014 se celebró en la [Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa \(Fide\)](#) esta sesión de debate en la que participaron abogados, asesores jurídicos, economistas y magistrados.

Bajo la moderación de **Elena Zoido**, Economista. Directora de Compass Lexecon, intervinieron inicialmente **Filip Kubik**, Policy analyst en la DG de Competencia de la Comisión Europea y **Fernando Lorente**, Counsel de Uría Menéndez

En el presente documento se recogen las conclusiones alcanzadas en la sesión.

*Estas conclusiones han sido elaboradas por Vera Sopeña\**

## *La Directiva de Daños y Perjuicios: génesis, aspectos principales y futuro*

Se estima que el daño total causado por las infracciones de las normas de competencia en el seno de la UE asciende a 20 billones de euros. Y, sin embargo, aunque en el cómputo general han aumentado en Europa las acciones privadas relacionadas con infracciones del Derecho de la Competencia, éstas se concentran en unos pocos Estados Miembros (Reino Unido, Alemania, Holanda) siendo prácticamente inexistentes o poco representativas en el resto de Estados de la UE.

2

La Directiva de Daños y Perjuicios y los textos que la acompañan, son el resultado de una reacción de las autoridades comunitarias ante la falta de acciones privadas y los distintos obstáculos que éstas encuentran en mayor o menor medida a lo largo de la UE.

Se destacan algunas cuestiones especialmente relevantes abordadas por el nuevo texto comunitario:

1. *Legitimación activa amplia:* La Directiva está basada en la jurisprudencia de los tribunales de la UE que ha reconocido un derecho amplio de los particulares para acudir a los tribunales reclamando los daños y perjuicios sufridos, también entendidos en sentido amplio, por infracciones de las normas de competencia de la UE (derecho de reclamar de cualquier perjudicado, ya sea directo o indirecto, o incluso aquello perjudicados por el llamado efecto paraguas, solicitando no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante y los intereses).
2. *Acceso a las pruebas:* La Directiva ha buscado el equilibrio entre un mejor acceso a las pruebas y los excesos del sistema americano (disclosure, que supone un alto coste para las empresas), al tiempo que pretende garantizar la protección de los documentos e información confidencial o meritoria de protección de las empresas. Se apuntan otras medidas que fueron contempladas durante el proceso, como por ejemplo el acceso a la documentación sensible por parte de un tercero independiente o por los abogados de las partes.
3. *Carácter vinculante de las decisiones administrativas* de las autoridades de competencia en los procesos civiles. Se comenta que la Comisión quería reconocer el carácter vinculante de estas decisiones para todos los jueces de la UE. Sin embargo, finalmente las reticencias nacionales lo han limitado a los jueces del Estado miembro de la misma autoridad de competencia competente.
4. *Prescripción:* Se unifica el periodo de prescripción de las acciones a 5 años desde que se tiene conocimiento del daño y a 1 año desde que la decisión de la autoridad de competencia adquiere firmeza.
5. *Presunción iuris tantum* de daños en el caso de los cárteles. Se señala que algunos países como Hungría cuantifican esa presunción de daño en un 10% del precio de venta de los productos cartelizados y que en UK se pretendió incluso elevar este porcentaje hasta el 20% pero no prosperó.
6. *Pass-on-defense:* Se comenta que la filosofía de trabajo que subyace a la regulación de esta defensa es que reclamen el daño los que efectivamente lo soportan y, en la mayoría de los casos, éste es soportado por los consumidores. Se planteó el problema específico de la acumulación de acciones cuando existan demandas simultáneas de compradores directos, compradores indirectos y otro tipo de víctimas (como por ejemplo aquellos que soportan los "efectos paraguas" del cártel).

7. *Fomento de soluciones extrajudiciales*: La directiva pretende también fomentar las soluciones extrajudiciales a esta demanda a través de, por ejemplo, la mediación, arbitraje y conciliación. Prevé medidas específicas, como por ejemplo, la suspensión del proceso judicial durante las negociaciones o su exclusión de la eventual responsabilidad solidaria junto al resto de infractores que pueda dictaminar el juez (excepto que todos los demás se encuentren en situación de quiebra).
8. *Excepciones limitadas – Clemencia y Settlements*: Se señalan algunas excepciones de las medidas diseñadas en la Directiva para facilitar las reclamaciones privadas de daños y perjuicios, fundamentalmente en relación con los solicitantes de clemencia. Así, por ejemplo, se limita el acceso a las declaraciones obtenidas en el marco de una solicitud de clemencia en el expediente administrativo o se les protege de las reclamaciones privadas excluyéndoles de la responsabilidad solidaria, salvo en el extremo supuesto de que todas las demás empresas participantes en el cártel estén en situación de quiebra.

3

También se comentaron las razones por las que se excluyeron finalmente de la regulación de la Directiva las acciones colectivas de reclamación de daños. Se trataba en definitiva de un tema demasiado sensible desde el punto de vista político y los distintos Estados miembros mantenían posiciones muy dispares.

En abril de 2014 se aprobó el texto final de la nueva Directiva, en noviembre de 2014 se aprobaron las distintas versiones traducidas del texto aprobado en abril y se prevé la publicación de los distintos textos en el DOUE en la primera semana de diciembre para su entrada en vigor antes del fin del año 2014. El objetivo de la DG Comp es controlar de cerca el procedimiento de transposición de la Directiva en cada país. Además, se comentó la intención de elaborar en un futuro próximo unas Directrices para regular la figura de la “Pass-on defense” y de someter toda la regulación a revisión para valorar su implantación y eficacia a los 4 años de su entrada en vigor (2017 en el caso de la Recomendación sobre acciones colectivas).

#### *Aspectos prácticos de la implantación de la Directiva de Daños y Perjuicios en España*

Tras la exposición sobre los elementos fundamentales que pretende la Directiva de la UE, se pasa a comentar los aspectos prácticos sobre su futura implantación en España.

Con carácter preliminar, se comenta la posible realidad de una aplicación privada en España mucho más intensa de lo que suele admitirse, superior incluso si se añaden también los procedimientos resueltos extrajudicialmente. Y ello en un marco legal sin regulación específica de este tipo de acciones. Así, las normas generales de aplicación de nuestro ordenamiento jurídico, como la determinación de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de indemnizar, la responsabilidad solidaria impropia ante este tipo de infracciones o el litisconsorcio pasivo necesario, han permitido un nivel de tutela judicial efectiva aceptable para este tipo de acciones, potenciadas especialmente tras la desaparición de la prejudicialidad administrativa operada por la Ley 15/2007.

Así las cosas, pese a las ventajas que introduce la Directiva, es posible que en nuestro país la Directiva provoque problemas específicos que ahora no existen, fundamentalmente por el carácter excesivamente casuístico de la Directiva (de corte marcadamente anglosajón) y las reminiscencias de su carácter punitivo, que introducen figuras de difícil encaje en nuestro ordenamiento. En concreto, se señala lo siguiente:

- La clara prevalencia en la Directiva de la protección de la aplicación pública del Derecho de la Competencia frente a la privada, podría eliminar algunos mecanismos actuales de utilidad en las reclamaciones privadas de daños y perjuicios por infracciones de competencia en nuestro país (ie. normas de acceso al expediente o suspensión de procedimientos).

- *La transformación de un sistema de responsabilidad solidaria impropia a un sistema de responsabilidad solidaria propia.* Sobre este aspecto, se señala concretamente la dificultad del concepto de responsabilidad relativa en las acciones de retorno entre los infractores sobre todo en lo que se refiere a la base para su determinación (ie. la cuota de mercado, el volumen de negocios, el protagonismo en el dolo o negligencia, etc.).
- *La prejudicialidad administrativa vinculante tiene* muy difícil encaje en nuestro sistema jurídico y el principio de separación de poderes. En este sentido, se recuerda que la STS en el cártel del azúcar, admite la vinculación a la sentencia en sede contencioso-administrativa, fundamentalmente en lo que se refiere a los hechos. Pero resultará problemática en nuestro país la vinculación de los jueces a la calificación jurídica realizada por la una Administración Pública no revisada por los tribunales. Lo mismo podría ser extraído del ordenamiento jurídico comunitario via ex. Art. 267 TFUE.
- *La combinación de la presunción iuris tantum de la existencia de un daño* que establece la directiva en los casos de cártel, junto con la *cuantificación judicial del quantum* (la práctica judicial existente no aporta criterios y sí soluciones poco fundamentadas, como es la mera aceptación o rechazo por cuestiones formales de los informes de los peritos), podría llevar a cierta indefensión del infractor si pudiese llevar a una exención de la prueba del daño.
- En relación con la *prohibición de la defensa del passing-on* y la *presunción de la repercusión del daño aguas abajo* se señalan las dificultades que existirán en España para reclamar los daños derivados del lucro cesante en este escenario.

Por otro lado, se critica que la Directiva no haya introducido procedimientos específicos más atrevidos para regular problemas comunes a todas las jurisdicciones. En concreto, en relación con las acciones concurrentes de distintos actores en diferentes cadenas de soporte del daño contra los mismos infracciones en los supuestos de passing-on (especialmente sensibles al riesgo de pronunciamientos contradictorios) se propone la instauración de un sistema de “tender” u oferta de acciones que permita aunar en un solo proceso todas las acciones coordinándolas debidamente y evitando solapamientos y contradicciones.

Por último, en relación con el legislador español, sobre todo de cara a la futura transposición de la Directiva, se critica la aparente ignorancia del texto comunitario en la elaboración de la propuesta de Código Mercantil, de especial impacto en los próximos años (por ejemplo, en lo que se refiere a los plazos de prescripción o la consideración del cómputo del plazo en el caso de infracciones continuadas).

\*Vera Sopeña, Abogada especializada en Derecho de la Competencia. Ha sido asesora del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, asesorando al Presidente, su Gabinete y el Consejo de esta entidad, ahora integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Anteriormente trabajó en el Departamento de Derecho de la Competencia y Derecho Comunitario de Garrigues, tanto en su oficina de Madrid como en la de Bruselas. Es Licenciada en la especialidad Jurídico-Comunitario de la Universidad San Pablo CEU; investigadora doctoral de la Facultad de Derecho de la UAM y realizó un Máster en Derecho, LLM, en la Universidad de Chicago, en EEUU. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y de Madrid, y es autora de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.