

Hace ya meses que expiró el plazo previsto para la adaptación al derecho español de 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 infracción del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. El artículo 21 de la Directiva señaló el 27 de diciembre de 2016 como fecha límite para su incorporación a los derechos nacionales. La fecha ha pasado y la Directiva no ha tenido todavía ninguna repercusión en el derecho positivo español.

No somos los únicos. Según la información que facilita la Comisión Europea ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html)), en el momento de escribir estas líneas han cumplido en plazo menos de la mitad de los Estados destinatarios de la norma (Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido). La misma Comisión Europea informa que el pasado 24 de enero de 2017 envió a los Estados que no han adaptado todavía la Directiva el aviso por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados al que se refiere el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que es previo al inicio de actuaciones contra el incumplidor ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La información sobre el estado de las adaptaciones nacionales permite prever, de todos modos, que la lista de Estados cumplidores con la obligación de adaptar la Directiva se incrementará en los próximos meses, pues algunas propuestas de adaptación ya han entrado en los respectivos parlamentos nacionales (así en Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia y la República Checa). La Directiva, que es relevante a efectos del Espacio Económico Europeo, deberá ser adaptada también por Islandia, Liechtenstein y Noruega.

En España nos queda todavía mucho por hacer. La información que facilita la Comisión Europea solo da razón de la existencia de una propuesta, sin fecha, de adaptación de la Directiva a nuestro derecho que elaboró la Comisión General de Codificación.

La Directiva es una norma relevante, en especial por el impacto que su incorporación a los ordenamientos europeos puede tener en los derechos nacionales de daños. Contiene tanto normas materiales como procesales. Las primeras reconocen una pretensión indemnizatoria a las víctimas de infracciones del derecho de la competencia. Las segundas tienen por objetivo facilitar a las víctimas el acceso a la documentación administrativa y otras pruebas pertinentes para el ejercicio de su pretensión indemnizatoria. También se incluyen previsiones sobre el proceso de solución extrajudicial de la reclamación contra los agentes del daño.

Hace ya años que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la existencia de una pretensión de daños (*follow-on claims*) a las víctimas de acuerdos entre competidores que excluyen la competencia entre ellos (entre los casos más recientes en su sentencia de 5 de junio de 2014, (C-557/12), asunto Kone). También la Sala Primera del Tribunal Supremo en, señaladamente, la STS 651/2013, Sala Civil, de 7 de noviembre de 2013 (Roj: 5819/2013), que resolvió la reclamación contra el cártel del azúcar.

Interesa fomentar este tipo de reclamaciones a la acción pública de defensa de la competencia en el mercado y añadir al control público de la libre concurrencia la tutela privada (*private enforcement*) del derecho de la competencia. Todo suma. Una vigila la estructura del mercado y sanciona su alteración. Otra indemniza los daños causados a los participantes en el mercado. La regulación de la pretensión de reparación de este tipo de daños habrá de facilitar su reclamación y, en línea de principio, debería facilitarse que donde no llegue la acción pública lo haga la privada. Se completa así una combinación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho de daños que es habitual en ámbitos intensamente regulados y que completará en el específico de la libre competencia en nuestro país el deber genérico de reparación contenido en el artículo 1902 Cc.

La Propuesta de regulación española busca acomodo para la Directiva en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El modelo que siguieron los redactores de la primera (y, por el momento, única) propuesta española de adaptación de la Directiva es similar al que han adoptado Italia, Francia, Holanda y Suecia, que han dado cabida a la Directiva con la reforma de leyes sectoriales. Otros Estados, como Luxemburgo, Reino Unido o Irlanda, han optado por incorporar la Directiva en una ley especial sobre acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia.

La Propuesta española es, con todo, mejorable. En lo que concierne a las normas procesales, pasa por añadir una nueva Sección 1ªbis que con la rúbrica «Del acceso a las fuentes de prueba» amplía con carácter general los medios probatorios al alcance del demandado. Es una buena cosa en un sistema procesal excesivamente rígido como el nuestro y que provoca, con frecuencia, que las pruebas que requiere el demandante hayan de ordenarse en el procedimiento instado por él y una vez iniciados los trámites procesales. Ampliar los medios de prueba es (casi) siempre positivo: mejorará el ejercicio de las pretensiones y, acaso, desincentive la demanda cuando la prueba evidencie su falta de fundamento. Sin embargo, la técnica legislativa que adopta la Propuesta debe revisarse. La nueva regulación incorporaría 25 nuevos artículos a la LEC. Todos ellos serían, sin embargo, nuevos artículos 283 que pasaría a estar organizado del siguiente modo: artículo 283bis (con preceptos independientes referidos por letras, desde la «a» hasta la «n»), artículo 283ter (con preceptos independientes referidos por letras, hasta la «f») y, en fin, un nuevo artículo 283quater (con preceptos hasta la letra «e»). Hay que pensar en otra organización.

También debería ser revisada la incorporación de las normas materiales relativas a la pretensión derivada de la infracción del derecho de la competencia, de la que interesa destacar algunos aspectos en esta breve noticia sobre la materia. La Propuesta elige la Ley de Defensa de la Competencia como sede de la nueva pretensión. Tiene lógica en cuanto

que la Directiva establece un régimen específico para las reclamaciones derivadas de un cártel y éste -su identificación y sanción- es materia propia de la Ley de Defensa de la Competencia, preocupada por la estructura del mercado. Conforme a la Propuesta, y tras su eventual aprobación en los términos en que se presenta, la Ley de Defensa de la Competencia pasaría también a regular las condiciones de ejercicio de la pretensión de indemnización de los daños causados a los particulares. Una pretensión que es extraña a una norma de derecho público y que disciplina un procedimiento típicamente administrativo.

Es cierto que la Directiva presume la causación de daños en casos de cártel (artículo 17.2) y que la Propuesta, con buen criterio, prevé la vinculación del juez civil a la declaración administrativa de su existencia. Sin embargo, la Directiva parece tener un ámbito de aplicación más amplio que el derivado de los daños causados por un cártel (así, también, la Propuesta), pues el derecho al pleno resarcimiento se refiere a perjuicios ocasionados «por una infracción del derecho de la competencia», en general (cfr. artículo 3.1 de la Directiva). Un resarcimiento que el artículo 3.2 de la Directiva define en el sentido más puro en el que puede entenderse la tutela del denominado «interés negativo», tradicionalmente atribuido a los remedios extracontractuales («El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del derecho de la competencia. (...)»)

La inclusión de las nuevas normas en la Ley de Defensa de la Competencia puede limitar sistemáticamente la aplicación de unas reglas que podrían dar contenido, entre otras, a la pretensión de daños prevista en el artículo 32.5º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Una norma que tipifica ilícitos concurrenciales, pero que puede suscitar la actuación de las autoridades de defensa de competencia cuando la magnitud del ilícito afecte al interés público (cfr. artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia). La Propuesta parece haberlo tenido en cuenta. En su presentación (adelanto de una futura exposición de motivos), se afirma que «Igualmente, se ha considerado conveniente extender la posible reclamación a los daños derivados de una infracción del artículo 3 de la Ley de defensa de competencia, relativa al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, precepto sin equivalente en la normativa comunitaria, aunque los daños derivados de dichos actos tengan también abierta una acción de daños propia en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.» Por tal razón, sería conveniente adaptar también el contenido de esta última norma a la nueva pretensión de daños promovida por la Directiva. En este sentido, puede ser problemática en la práctica la convivencia de un plazo de prescripción de 1 año para la reclamación de daños derivados de actos de competencia desleal (artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal) y del plazo de 5 años que incorpora la Propuesta en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Directiva. Al fin y al cabo, se trata en ambos casos de pretensiones de daños que pueden tener, además, un origen común en una misma infracción.

Para el derecho de daños español resulta especialmente interesante la previsión de responsabilidad solidaria de los integrantes de un cártel prevista en el artículo 11 de la Directiva. Sus redactores hubieron de buscar un difícil (acaso imposible) equilibrio entre el

fomento de los programas de clemencia, que benefician al delator del cártel en el procedimiento administrativo, y la protección de la víctima del cártel. Se asume que podrían desincentivarse tales programas si el promotor de la clemencia fuera después plenamente responsable de los daños causados. Sin entrar en el eventual acierto de la Directiva, el texto europeo contiene una compleja regla sobre la relación del beneficiario de clemencia con el resto de corresponsables solidarios que limita su responsabilidad por los daños causados por el cártel. Una regla que no puede ser incorporada al derecho español mediante el cómodo expediente de traspasar a uno o varios preceptos de nuestro sistema legal la versión en español del texto de la Directiva. Se requiere un esfuerzo de adaptación.

Parece que se trata de una regla que debería operar en la relación interna entre corresponsables y así la concibe correctamente la Propuesta. También podría actuar como una excepción oponible frente al acreedor común, víctima del cártel. En todo caso, ni la Directiva ni la Propuesta resuelven qué ocurre con la parte de la cuota de responsabilidad que se ahorre el beneficiario de clemencia. La adaptación de la regla al derecho español debería cubrir tales extremos y regular la aplicación de los beneficios privados de la clemencia, pues no podemos confiar en la perfectible regulación general sobre la relación entre codeudores solidarios que se contiene en los artículos 1143 a 1148 Cc. Podría, además, aprovecharse para resolver algunos de los problemas prácticos que tales preceptos plantean en el derecho español de daños.

La Propuesta es, además, poco operativa cuando se limita a incorporar las 24 definiciones del artículo 2 de la Directiva a una Disposición adicional tercera de la norma de transposición. No es una buena opción. Hay definiciones irrelevantes, pues se refieren a conceptos generales, como el de «infracción» o el de «infractor», que se deben deducirse del ámbito objetivo o subjetivo de aplicación de la futura norma. Hay otras, sin embargo, que deberían modificar disposiciones legales vigentes en nuestro derecho, pues su subsistencia en los términos actuales puede plantear problemas de aplicación si acaban conviviendo con las definiciones incorporadas a la Disposición adicional de una norma puente cuyo único contenido es la modificación de otras. Problemas que una correcta actividad legislativa puede evitar a muy bajo coste. Así, señaladamente, la definición de cártel, ahora contenida en la Disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia en términos más limitados que los que propone la Directiva que añade, por ejemplo, la colusión en las condiciones comerciales de explotación de los derechos de propiedad intelectual o con motivo de licitaciones.

Queda, por tanto, mucho por hacer y el tiempo apremia.

Carlos Gómez Ligüerre