

El pasado 22 de noviembre, en el marco del Congreso sobre la Directiva de Daños organizado por el ICAB, pudimos conocer la opinión de diversos especialistas en la materia. Las intervenciones se realizaron en torno a siete grandes bloques. A continuación daré una pincelada sobre cada una de las ponencias y, seguidamente, entraremos con mayor profundidad en las cuestiones abordadas por cada uno de los intervinientes.

1. La batalla contra los cárteles y los abusos de posición dominante: la visión de las autoridades de competencia.

D. CARLOS BALMISA puso de manifiesto que la [Directiva de Daños de 2014 \(Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre\)](#) puede ser evidencia de que el mercado se protege mejor a sí mismo que cuando lo hace una autoridad de competencia. Por su parte D. MARC REALP afirmó que la Directiva deja muy claro que el clemente (empresa que, formando parte de un cártel, pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia su existencia haciéndose así beneficiaria de un programa de clemencia) es responsable de los daños y que, si dejamos de tener clementes que levanten cárteles, las autoridades de competencia van a tener que ser mucho más proactivas, sin tener que estar esperando a que venga el denunciante o el clemente.

2. Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia.

D^a VALERIA ENRICH, tras explicar que en España la Directiva se traspone mediante el [Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo](#), y que la trasposición se realiza mediante normas sustantivas (introduce el Título VI en la Ley de Defensa de la Competencia) y mediante normas procesales (se modifica la LEC), señaló tres puntos importantes de la nueva Ley: el derecho al pleno resarcimiento, la responsabilidad solidaria en caso de que hayan participado varias empresas, y el efecto vinculante de las decisiones de autoridades y órganos jurisdiccionales.

A continuación, D^a CARMEN HERRERO explicó que en el ámbito administrativo del Derecho de la competencia el principio de unidad económica (la pertenencia de una empresa a un grupo de sociedades) tiene incidencia jurídica en tres aspectos: en cuanto al privilegio de grupo; en lo que se refiere al mecanismo de cómputo, para calcular la concentración o la posición dominante; y en el ámbito del Derecho público sancionador, en el que se produce



la extensión de responsabilidad a la matriz por los actos anticompetitivos cometidos por las sociedades filiales¹.

Cerrando este bloque, D. ALBERT POCH abordó los problemas que nos encontramos a la hora de vehicular las reclamaciones por ilícitos de Derecho de la competencia: la inseguridad jurídica; el miedo a demandar; el paso del tiempo (hay resoluciones que destapan cárteles de 15 años atrás); y que el sistema es de pleno resarcimiento de modo que, en cierto modo, cartelizarse sale barato.

3. Discovery.

D. CHRISTIAN HERRERA, tras explicar que el *discovery* es una institución procesal en virtud de la cual las partes se requieren recíprocamente información en la fase inicial de un pleito civil, realizó una comparativa entre *Common Law* y *Civil Law* que resumo en el siguiente cuadro.

<i>Common Law</i>	<i>Civil Law</i>
La prueba está extraordinariamente codificada.	Menor codificación de la prueba.
Importante componente privado.	Participación activa del Juez.
Modelo acusatorio (<i>adversarial</i>).	Papel muy significativo del Juez.
Proceso civil separado en dos fases: <i>pre trial</i> y <i>trial</i> .	El proceso civil se presenta como secuencia lineal.
Los actos introductorios son muy esquemáticos.	Escritos rectores exhaustivos: delimitan objeto procesal.
Menor protección de secreto empresarial y privacidad.	El secreto empresarial, el <i>core bussines</i> , es intocable.
Deber de colaboración de terceros y de las partes.	Apenas se sanciona la falta de colaboración.
El Juez se contenta con la verdad que emana de un debate equilibrado entre las partes	El Juez busca la reconstrucción de los hechos.

Por su parte, D. CÉSAR RIVERA puso de manifiesto que, con la trasposición de la Directiva, aquí no tenemos *discovery* a la americana sino un *disclosure* o exhibición, que en el mundo del arbitraje comercial internacional funciona razonablemente bien, si bien a veces hay

¹ Precisamente, el mismo día que se celebraba el Congreso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, Sección Tercera, dictó la Sentencia 1783/2017 de 22 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico cuarto se alude a la sentencia de la misma Sala de 25 de abril de 2016 en la que se afirmaba: “Con arreglo a las consideraciones jurídicas de la citada sentencia del TJUE [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Enero de 2011 (asunto C-90/09 P)], cabe interpretar que en el caso concreto de que una sociedad matriz sea titular al 100% de del capital de una filial de su grupo, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial, y que ambas constituyen una única empresa a los efectos de la aplicación del derecho de la competencia.”

choque cultural. Con la regulación de los artículos 283 bis a) a k) LEC se pretende superar la asimetría de información, a fin de “igualar el partido”.

Para concluir este bloque D. RAÚL GARCÍA OREJUDO señaló que no va a ser fácil encajar el art. 283 bis LEC en las estructuras de nuestro proceso civil. Será compleja la convivencia de este acceso a las fuentes de prueba del art. 283 bis con el resto de la LEC, que no ha sido modificada. También hizo hincapié en que tanto la Directiva como el Real Decreto-ley consagran el derecho al pleno resarcimiento debiendo el juzgador remover todos los obstáculos procesales que impidan este pleno resarcimiento. Pero hay que poner un límite a esa flexibilidad y ese límite estará en el derecho de defensa.

4. Acciones colectivas.

Comenzó el bloque D. PABLO FERRÁNDIZ distinguiendo tres tipos de legitimación activa: la individual, la colectiva en sentido estricto y la difusa (las *class actions*), y manifestó que en la práctica, hasta ahora, las acciones colectivas de daños por prácticas restrictivas de la competencia han tenido escasa relevancia.

D. ALEX FERRERES explicó que, cuando un número importante de consumidores se han visto afectados por un hecho dañoso común, se desplaza la legitimación de los damnificados en favor de un tercero si hablamos de intereses patrimoniales homogéneos. En nuestro sistema esto es un monopolio de las asociaciones de consumidores y usuarios y del Ministerio Fiscal. Como conclusión señaló que hay sistemas mejores que las acciones de clase, por ejemplo en Dinamarca y Suecia el sistema del *ombudsman* funciona muy bien (no tiene nada que ver el Defensor del Pueblo). Según D. Alex Ferreres las acciones de clase sólo sirven para que haya muchos intermediarios.

D. FRANCISCO CAAMAÑO afirmó que el objetivo de la acción de clase es que quién daña masivamente pague las consecuencias del daño causado, lo que se puede conseguir en base a dos modelos distintos, el de EEUU (sistemas de *Common Law*) y el modelo continental europeo (sistemas de *Administrative Law*) cuyos principales rasgos detalló y quedan resumidos en el cuadro que sigue.



Modelo de EEUU (<i>Common Law</i>)	Modelo continental europeo (<i>Administrative Law</i>)
La fuerza surge de los sujetos privados.	La fuerza sale del poder público.
Las acciones operan mayoritariamente <i>stand alone</i> .	La mayoría de acciones son <i>follow on</i> .
Cada parte soporta sus costas.	Principio del vencimiento objetivo en cuanto a costas.
Si alguien no quiere formar parte de la reclamación, se ha de excluir de la acción que se emprende.	Para formar parte de la reclamación hay que adherirse.

5. Valoración del daño y *Passing-on Defense*.

D. CARLOS PASCUAL introdujo el bloque exponiendo que en los cárteles se presume el daño, aunque es una presunción rebatible, y que la relación entre cártel y elevación de los precios no es tan automática, por ello el informe pericial deberá analizar o justificar en qué medida tiene sentido la presunción del daño en el mercado correspondiente y, sobretodo, cómo se forman los precios en ese mercado.

D^a NADINE WATSON puso el acento en que tanto la Directiva como el Real Decreto-ley establecen que, cuando resulte excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños, los tribunales estarán facultados para estimar el importe. Afirmó también que cuantificar los daños no es difícil porque hay unas pautas ya establecidas en las Guías Prácticas de la Comisión Europea, pudiendo cuantificarlos en dos sencillos pasos: primero conocer el mercado y, seguidamente, definir el contrafactual (escenario en ausencia de la infracción).

Siguió la intervención de D. EDUARD SAURA que manifestó que el *pass-on* implica facilitar una argumentación a los infractores y por ello el regulador ha invertido la carga de la prueba, de modo que es el demandado quién ha de probar que ha existido un *pass-on*. Además el comprador indirecto (consumidor final), que no tiene ninguna relación comercial con el infractor, podría llegar a reclamar a la empresa infractora.

6. Cuestiones procesales.

D. ENRIQUE SANJUAN comenzó su intervención poniendo de manifiesto que la trasposición de la Directiva introduce en nuestro ordenamiento jurídico herramientas y elementos nuevos y haciendo algunas consideraciones al respecto. Seguidamente centró su intervención en la legitimación, la prescripción y la retroactividad.

A continuación D. CARLOS NIETO abordó las cuestiones de la jurisdicción y de la competencia judicial internacional, así como la competencia objetiva y territorial. En materia de jurisdicción hizo especial hincapié en que, conforme al artículo 117 de la Constitución

Española, la potestad jurisdiccional corresponde a los Tribunales españoles para los litigios que se sustancien en España. Esa jurisdicción únicamente retrocede en supuestos de inmunidad de jurisdicción, o bien cuando la cuestión haya sido sometida a arbitraje y, planteada por él mismo la cuestión de si es posible la sumisión a arbitraje en materia de Derecho de la competencia, explicó detalladamente cual es la situación en España.

7. Análisis de los problemas de la prueba.

Y ya para concluir el Congreso, D. Jesús Sánchez presentó a la Magistrada D^a María del Mar Hernández que hizo un interesante análisis de los problemas de la prueba. Hasta ahora no teníamos regulación específica y había que acudir a los principios generales de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del Código Civil que exigía acción u omisión imprudente, la generación de un daño y el vínculo causal entre ambos (responsabilidad subjetiva).

Ahora, en cambio, sí tenemos una regulación específica que no sólo introduce reglas de carácter procesal, sino también importantes normas sustantivas que determinan qué es lo que deberá probarse en el procedimiento y a quién le va a corresponder probarlo.

En opinión de D^a María de Mar en el art. 71. 1 LDC se asume una concepción objetiva de la responsabilidad por daños y esto tiene incidencia clara en qué ha de ser objeto de prueba en el ulterior procedimiento: se excluye la necesidad de probar el dolo o la culpa.



Ponencias del Congreso sobre la Directiva de Daños

Bloque I: La batalla contra los cárteles y los abusos de posición dominante, la visión de las autoridades de la competencia.

D. CARLOS BALMISA GARCÍA-SERRANO

Director del Departamento de Control Interno de la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).

D. Carlos comenzó manifestando que la defensa del interés público subyace en el Derecho de la competencia. Lo que no está tan claro es que este interés se proteja mejor desde lo público. Se va a producir una pseudo-privatización de la labor pública de las autoridades de competencia. La Directiva de Daños puede ser evidencia de que el mercado se protege mejor a sí mismo que cuando lo hace una autoridad de competencia.

En nuestro entorno de la UE la política disuasoria se basa en la maximización de la cuantificación de las sanciones. Pero la resolución de las autoridades de competencia va a tener consecuencias también en el ámbito civil, más allá de la sanción (intangibles, reputacionales, etc.). Atender especialmente a la enmienda que afecta al art. 11.3 LEC.

La generalización de las acciones de daños puede desincentivar la política de clemencia, pero esto puede ser una oportunidad para que la autoridad de competencia actúe con mayor independencia, sin que la figura del clemente oscurezca su actividad instructora.

El Juez de lo Mercantil se va a encontrar con las premisas que le vienen dadas por una autoridad de competencia, lo que puede suponer un ataque al ejercicio autónomo y pleno de su potestad jurisdiccional.

D. MARC REALP I CAMPALANS

Director General de la Autoridad Catalana de la Competencia.

En opinión de D. Marc Realp los mecanismos disuasorios para evitar los ilícitos en Derecho de la competencia son las multas, pero también la sanción a directivos que, sin ser muy cuantiosas (máximo de 60.000€), lo importante es que se hace al directivo responsable de la sanción de daños *a posteriori*.

La Directiva de daños deja muy claro que el clemente (empresa que, formando parte de un cártel, pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia su existencia haciéndose así beneficiaria de un programa de clemencia) es responsable de los daños. Si dejamos de tener clementes que levantan cárteles, las autoridades de competencia van a tener que ser mucho más proactivas, sin tener que estar esperando a que venga el denunciante o el clemente.

La Directiva nada dice sobre cómo se deben cuantificar los daños. La autoridad de competencia debería orientar al Juez en cuanto a esta cuantificación de los daños, pero habrá que evitar que las autoridades de competencia se conviertan en el perito.

Bloque II: Introducción a las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de la competencia.

D^a VALERIA ENRICH SCHRÖDER

Vocal de la Sección de Derecho de la Competencia del ICAB.

La [Directiva de Daños de 2014 \(Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre\)](#) establece una serie de normas para garantizar que los perjudicados por incumplimientos de Derecho de la competencia puedan resarcirse.

La UE ha tratado de armonizar todo el conjunto normativo. Actualmente hay muchas más reclamaciones de este tipo en Inglaterra, Holanda y Alemania que en España, posiblemente porque en aquellos países es más fácil procesalmente interponer las acciones.

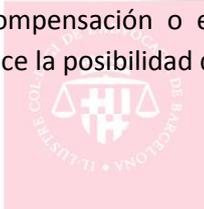
En España la Directiva se traspone, con 6 meses de retraso, mediante el [Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo](#), y la trasposición se realiza mediante normas sustantivas (introduce el Título VI en la Ley de Defensa de la Competencia) y mediante normas procesales (se modifica la LEC).

Tres puntos importantes de la nueva Ley:

1.- Derecho al pleno resarcimiento

El perjudicado por un ilícito anti *trust* tiene derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos. Concretamente tendrá derecho a reclamar el daño emergente (por ejemplo, el sobrecoste que has pagado porque han subido los precios los miembros del cartel), el lucro cesante (por ejemplo, como el precio de tus productos ha subido has dejado de vender más productos) y los intereses: la Ley no especifica a partir de cuándo se calculan los intereses, la Directiva sí que lo hace y dice que es a partir de qué ocurre el daño.

Se insiste mucho, tanto desde la Directiva como desde el Real Decreto-ley, en que no haya sobrecompensación o enriquecimiento injusto, que no se indemnice de más, por ello se introduce la posibilidad de alegar la defensa del *passing-on*.



2.- Responsabilidad solidaria en caso de que hayan participado varias empresas.

Los miembros del cártel responderán solidariamente. El cartelista que haya indemnizado tendrá acción de regreso contra los otros cartelistas para pedirles la parte que les corresponda por su responsabilidad relativa en el incumplimiento. Ni la Ley ni la Directiva especifican cómo calcular esa responsabilidad relativa (podrá hacerse por volumen de ventas, por el tiempo que ha estado participando en el cártel, etc.).

Dos excepciones a la regla de la solidaridad:

- Los beneficiarios de un programa de clemencia sólo serán responsables de forma solidaria ante sus compradores o proveedores directos o indirectos. Frente al resto de perjudicados sólo responderán de forma subsidiaria.
- Las PYMES sólo serán responsables de forma solidaria ante sus compradores directos e indirectos si su cuota de mercado, en el mercado relevante mientras dure la infracción, es inferior a un 5% de modo que la aplicación de la regla de solidaridad pondría en grave riesgo su viabilidad económica. Y esto siempre que la PYME no haya liderado la infracción y siempre que no sea reincidente.

3.- Efecto vinculante de las decisiones de autoridades y órganos jurisdiccionales.

- Una decisión o sentencia de una autoridad u órgano jurisdiccional español se considera prueba irrefutable de la existencia de ilícito (cártel o abuso de posición de dominio).
- Si la decisión viene de otro Estado miembro, el ilícito se presume *iuris tantum* y se admite prueba en contrario.

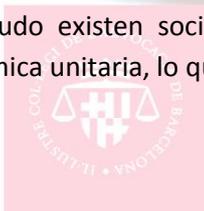
Esta vinculación sólo está relacionada con los hechos que constituyen el ilícito, pero no con la responsabilidad civil que se pudo derivar de ello.

D^a CARMEN HERRERO SUÁREZ

Profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.

La proliferación de acciones por ilícitos en Derecho de la competencia ha puesto de manifiesto una serie de cuestiones complejas, entre ellas la aplicabilidad del principio de unidad económica que ha permitido la extensión de la responsabilidad entre matrices y filiales en el ámbito del Derecho público sancionador.

A menudo existen sociedades jurídicamente independientes pero sujetas a una dirección económica unitaria, lo que ocurre en los grupos de subordinación.



En el ámbito administrativo del Derecho de la competencia el principio de unidad económica (la pertenencia de una empresa a un grupo de sociedades) tiene incidencia jurídica en tres aspectos:

1.- Privilegio de grupo: la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no se aplica a los acuerdos celebrados entre las empresas de un mismo grupo empresarial. Los acuerdos entre filiales y matrices serían meros acuerdos internos o de organización de la empresa.

2.- Mecanismo de cómputo: la suma de magnitudes del volumen de negocio de las distintas entidades que pertenecen al mismo grupo puede servir para calcular la concentración, o la posición dominante.

3.- Extensión de responsabilidad a la matriz por los actos anticompetitivos cometidos por las sociedades filiales: esta extensión de responsabilidad no se prevé en los tratados ni en la normativa europea sino que es fruto de la práctica decisional de la Comisión y del Tribunal de Justicia, práctica no exenta de polémica. En el Derecho español sí existe una norma expresa.

Se imputan los actos anticompetitivos de una entidad a otra, jurídicamente independiente, que no los ha realizado basándose en la idea de control. Para que a la matriz se le puedan imputar responsabilidades por los actos cometidos por la filial es necesario que se produzca alguno de estos escenarios:

- que la matriz haya participado directamente en la conducta anticompetitiva;
- o que haya participado indirectamente impartiendo instrucciones (autor intelectual);
- o que haya infringido el deber de cuidado (responsabilidad *in vigilando*, responsabilidad organizativa o responsabilidad empresarial).

Por lo que se refiere a la aplicación privada del principio de unidad económica, la Directiva no ha tomado en consideración la pertenencia a un grupo de empresas. La mayoría de legislaciones no regula la responsabilidad civil de la matriz por los actos de las filiales, dejando la cuestión de la imputación subjetiva de la responsabilidad en manos de los jueces y tribunales.

En España y Portugal hemos ido más allá de lo exigido por la Directiva estableciendo un régimen de comunicación de responsabilidad de la filial a la matriz.

Art. 71.2 de la [Ley de Defensa de la Competencia](#), de redacción poco afortunada, puede dar lugar a fricciones ente el procedimiento administrativo y el procedimiento civil, pues introduce confusión sobre la posible responsabilidad civil de empresas que no hayan sido consideradas responsables por la autoridad de competencia.

Más discutida es la cuestión del levantamiento de velo inverso, o responsabilidad aguas abajo, haciendo responder a la filial por los ilícitos cometidos por su matriz. En Inglaterra se reconoció la legitimación pasiva de la filial en base al criterio de unidad económica y pese a que la filial no conocía la existencia de la infracción, y lo hizo en base a la idea de control (se llega a hablar de “una mente, una voluntad”).

D. ALBERT POCH TORT

Abogado

D. Albert abordó los problemas que nos encontramos a la hora de vehicular las reclamaciones por ilícitos de Derecho de la competencia:

1.- La inseguridad jurídica

¿Cómo afecta el RDL a las reclamaciones en curso? El régimen transitorio prevé modificaciones de la LEC y la LDC.

La modificación de la LEC dice que se aplicará a los procedimientos incoados con posterioridad. ¿Se refiere a los procedimientos administrativos? Albert Poch entiende que se refiere a los procedimientos civiles.

La modificación de la LDC dice que no tendrá efecto retroactivo. ¿A qué se refiere? Los perjudicados por un cártel ya declarado ¿sería posible que se beneficiaran de la norma? Albert Poch entiende que sí sería posible si la conducta no ha cesado. La sanción no es siempre presupuesto del cese de la actividad. Muchas veces la conducta ilícita no cesa pese a la sanción.

Si el derecho a reclamar no ha prescrito conforme a la antigua legislación, podríamos beneficiarnos del nuevo plazo de prescripción.

La declaración de la infracción en el procedimiento administrativo no debería ser el único condicionante de los daños. Una cosa es la sanción pública y otra los daños.

2.- El miedo a demandar

¿Cómo voy a demandar a mi comprador, o a mi proveedor, si mañana le tengo que seguir vendiendo o comprando? Si reclamo ahora tengo un riesgo comercial inmediato frente a un resarcimiento a largo plazo, si es que llega.

Frente a ello la Directiva presenta las siguientes aportaciones positivas:

- Crea un marco jurídico que facilita la reclamación, ahora tengo una acción clara para reclamar.

- Crea una posición favorecedora de los derechos de las víctimas en la medida de que estas reclamaciones se convertirán en “habituales”. En reclamaciones que provengan de sanciones de la Comisión Europea van a suponer una revolución. En reclamaciones sensibles habrá que ir vía recurso colectivo.

3.- El sistema es de pleno resarcimiento

Cartelizarse sale barato. Hasta la LDC salía gratis, a día de hoy sale barato. La reclamación del lucro obtenido sería la solución.

4.- El paso del tiempo

La Comisión Europea funciona mejor, pero en las reclamaciones que derivan de resoluciones de la CNMC los plazos son frustrantes porque nos encontramos con una vía administrativa y una vía contencioso-administrativa. Hay resoluciones que destapan cárteles de 15 años atrás. ¿Cómo reclamamos esos daños? La gente se muere, las empresas desaparecen, las facturas se queman... Y además disminuye la sensación de perjuicio, sobre todo cuando el perjudicado es una empresa y ha cambiado el equipo directivo.

La nueva normativa influye poco en ello, pero al menos desaparece la incertidumbre sobre la prescripción puesto que se establece un marco claro sobre ella.

Para mitigar el paso del tiempo una solución sería la reclamación judicial de los daños antes de la firmeza de la resolución de la autoridad administrativa de competencia (acciones *stand-alone*). La otra opción es esperarse. Hay medidas de *discovery* que podrían ayudar.

Bloque III: Discovery.

D. CHRISTIAN HERRERA PETRUS

Vocal de la Comisión Normativa del ICAB

D. Christian abordó en su intervención tres apartados diferenciados:

1.- Origen y significado del *Discovery*

El *discovery* es una institución procesal en cuya virtud las partes se requieren recíprocamente información en la fase inicial de un pleito civil, con objeto de preparar el pleito, conocer las pruebas, evitar sorpresas y, en su caso, conseguir un acuerdo o transacción que evite el pleito.

En el *Common Law* desde antiguo ha existido un *disclosure* documental parecido a nuestro art. 328 LEC (que regula el deber de exhibición documental entre las partes). Sin embargo, a

principios del siglo XX en EEUU, con ocasión de un pleito anti *trust* contra la Standard Oil Company, el TS Confederal estableció por primera vez un *discovery* amplio permitiendo que el demandado solicitara categorías amplias de documentos, no sólo documentos concretos vinculados a lo que se discutía.

Hoy el *discovery* se refiere no sólo a la práctica documental, sino también a las testificales, a los *experts*, etc. En USA el *discovery* es prueba en sentido amplio, pero la prueba en sentido estricto (desde el momento en que se va hacia el juicio ante el Jurado) no incluye el *discovery*.

2.- Comparativa entre *Common Law* y *Civil Law*

- En el *Common Law* la prueba está extraordinariamente codificada porque funcionan a través del Jurado. Precisamente para proteger al Jurado les preocupa mucho regular cómo llegan las pruebas al Jurado, cómo se desarrollan, cuáles son las cargas probatorias y cómo se valoran. La preparación de la prueba a través del *discovery* también está muy codificada. En cambio en nuestro sistema la prueba está menos codificada, y en el arbitraje internacional es escasísima.
- En EEUU la prueba tiene un importante componente privado, durante todo el tramo inicial se concibe como una práctica privada. En *Civil Law*, en cambio, la prueba es expresión de la jurisdicción y la soberanía, con la participación activa del Juez que preside, dirige el debate, hace preguntas al final, etc.
- El modelo probatorio en el mundo anglosajón es acusatorio (*adversarial*): el Juez, tanto en la preparación de la prueba como en el desarrollo, está un paso atrás, no es protagonista, porque se entiende que la pasividad judicial fortalece la imparcialidad. Asume un rol secundario y los protagonistas son los abogados. En nuestro sistema continental, sin que tengamos un sistema propiamente inquisitivo, del que venimos, el Juez tiene un papel muy significativo (en Alemania la prueba testifical la practica el Juez).
- El proceso civil en EEUU está estructurado en dos fases completamente separadas: una fase *pre trial* (fase inicial preparatoria) y una fase *trial* (puesta en escena ante el Jurado). En el *pre trial* es dónde se desarrolla el *discovery* y el 80% de los asuntos se cierran durante esta fase, sin llegar al *trial*. Este *settlement* se produce porque se han puesto todas las cartas sobre la mesa y está todo tan codificado que es más fácil prever lo que ocurrirá en el *trial*, por lo que es más lógico negociar. Además el *discovery* es tan agresivo e intrusivo que muchos litigantes prefieren negociar antes que someterse a eso. En nuestro sistema no tenemos el proceso civil partido en dos, tenemos una secuencia lineal.
- En cuanto a los actos introductorios del procedimiento, en EEUU los *initial pleadings* son meramente esquemáticos y con ellos, en escuetos escritos de tres páginas, las

1.- Experiencia en el mundo del arbitraje comercial internacional

En el ámbito continental no hay *discovery*. Cuando participan los americanos tampoco hay siempre petición de *discovery*, es lo raro. Lo que se utiliza es un *disclosure* muy amplio que puede generar grandes costes.

En el arbitraje no hay regulación de la prueba, lo más parecido que hay son las reglas sobre la práctica de la prueba de la IBA (International Bar Association) con las que se trató de establecer una regulación común que tuviera en cuenta los principios de eficiencia y economía, tanto procesal como de costes, y de aproximar tradiciones jurídicas distintas.

Todo parte de una solicitud de documentos a la parte que los tiene en su poder, custodia o control. Hay un concepto amplio de documento y se incluyen categorías concretas y específicas. Los motivos de objeción están tasados.

El *disclosure* es una práctica que en arbitraje funciona razonablemente bien por lo general, si bien a veces hay choque cultural y no es fácil la exhibición, sobretodo de documentos especialmente dañinos. Además es un proceso en que se deja fuera al tribunal arbitral, las partes han de entenderse y el tribunal arbitral sólo interviene cuando hay alguna objeción que las partes no pueden solventar.

2.- El objeto de esas nuevas fuentes de prueba

Con la regulación de los artículos 283 bis a) a k) LEC se pretende superar la asimetría de información, a fin de igualar el partido. Superamos así los arts. 328 y 330 LEC que se referían a documentos concretos.

- **Ámbito subjetivo:** pueden solicitar el *disclosure* tanto el demandante, que intentará acreditar los daños cuando es una acción *follow-on*, como el infractor, que tratará de acreditar la repercusión del sobre coste (*el passing on*). El destinatario va a ser una de las partes o un tercero.
- **Ámbito objetivo:** la prueba ha de ser pertinente. La pertinencia se refiere a posibles datos con los que pueda estar relacionada la prueba: la identidad del infractor, la identidad de los perjudicados, la identidad de los productos o servicios afectados, la identidad de los precios y la identificación del grupo de afectados. Así el objeto pueden ser tanto piezas específicas como categorías que han de ser limitadas y acotadas.

Se incluye la información confidencial salvo aquellas protegidas por privilegios. En estos casos el Juez ha de hacer un juicio de necesidad y aplicar unas medidas eficaces.

Incluye también el acceso al expediente de una autoridad de competencia, y aquí debemos mencionar la lista gris y la lista negra:

- Lista gris: documentos que sólo puedes aportar cuando concluya el procedimiento administrativo, y que son la documentación preparada por cualquiera de las partes para ese procedimiento, la documentación preparada por la autoridad para ese procedimiento y las propuestas de transacción retiradas;
- Lista negra: no se puede pedir nada que tenga que ver con una declaración de clemencia y tampoco la exhibición de ninguna propuesta de acuerdo transaccional no retirada.

El Juzgador deberá valorar los intereses legítimos y evitar cargas innecesarias para que no haya búsquedas indiscriminadas (*fishing expedition*).

D. RAÚL GARCÍA OREJUDO

Magistrado del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona

No va a ser fácil encajar el art. 283 bis LEC en las estructuras de nuestro proceso civil.

La buena noticia es la flexibilidad del Juzgador. Tanto la Directiva como el Real Decreto-ley consagran el derecho al pleno resarcimiento debiendo el juzgador remover todos los obstáculos procesales que impidan este pleno resarcimiento.

La mala noticia está en la rigurosidad. Hay que poner un límite a esa flexibilidad y ese límite estará en el derecho de defensa. Los escritos exclusivamente destinados a solicitar el acceso a las fuentes de prueba, fuera de los escritos de alegaciones, deberán sujetarse a los principios de concreción y especialidad, motivación razonada, proporcionalidad, menor onerosidad, y además deberán ofrecerse garantías para proteger la confidencialidad y caución para los gastos que ese acceso pudiera ocasionar.

Ámbito de aplicación del art. 283 bis a): no sólo las acciones consecutivas, derivadas de una previa declaración de la autoridad administrativa de competencia, sino también acciones aisladas, pudiendo estar tramitándose un expediente administrativo e incluso haber acabado éste por resolución que esté recurrida en proceso contencioso-administrativo.

Además puede haber acumulación de acciones (por ejemplo con acción de competencia desleal) y también podría alguien invocar el principio de equivalencia del Derecho Comunitario.

Será también compleja la convivencia de este acceso a las fuentes de prueba con el resto de la LEC, que no ha sido modificada, donde tenemos diligencias preliminares, diligencias de

comprobación de hechos, el régimen de anticipación y de aseguramiento de prueba y el régimen de exhibición documental, también aplicable para defensa de la competencia.

Ahora se diferencia entre medios de prueba y fuentes de prueba. Habrá que atender al principio de instrumentalidad, en el sentido de que no toda fuente de prueba deba ser incorporada obligatoriamente como medio de prueba, pero sí que exista esa posibilidad. Además a toda solicitud de acceso a las fuentes de prueba se le deberán aplicar las reglas de pertinencia y utilidad generales de todo medio de prueba de la LEC.

Todo ello planteará problemas prácticos a la hora de combinar este doble sistema: el nuevo, de acceso a las fuentes de prueba, y el que ya teníamos, de aportación de los medios de prueba, sobre todo en lo que se refiere a la documental y la pericial:

- El art. 265 LEC es muy riguroso respecto al momento de aportación de la prueba documental. Por contra, el art. 283 bis LEC es mucho más flexible y permite que el acceso a las fuentes de prueba se pueda solicitar en “cualquier momento”, podría solicitar incluso en la segunda instancia.
- En cuanto a la pericial las dificultades pueden ser aun mayores puesto que seguimos teniendo los artículos 336 y siguientes de la LEC. Además, el Juzgador deberá ser más exigente con el demandante en cuanto a la delimitación del objeto de la pericia, para que desde el inicio indique de qué manera se tendrán que cuantificar los daños y perjuicios, de modo que no se produzca vulnere del derecho de defensa.

Cuestiones procesales que se pueden plantear:

- ¿El demandado, en algún momento anterior a la presentación de la demanda, puede solicitar el acceso a las fuentes de prueba? D. Raúl entiende que no.
- Si el demandante solicita el acceso a las fuentes de prueba en la demanda mediante otrosí, según D. Raúl, el demandado debería poder también pedir ese acceso a las fuentes de prueba con el efecto de suspensión del plazo para contestar a la demanda.
- Si se solicita la celebración de una vista, según D. Raúl debería desarrollarse al final de todos los escritos de alegaciones, por razones de economía procesal y para que no se vayan celebrando vistillas cada vez que alguien lo solicita.



Bloque IV: Acciones colectivas.

D. PABLO FERRÁNDIZ AVENDAÑO

Abogado

En la reclamación de daños y perjuicios la legitimación activa corresponde a quién sufre un daño a consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia, que bien puede ser por una práctica colusoria entre empresas o por un abuso en la posición de dominio.

Ejemplos: el cártel del azúcar que culminó con dos sentencias de TS de 2012 y 2013; las restricciones verticales en el contexto de contratos de distribución, franquicia, agencia, etc., siendo paradigmático el caso de las estaciones de servicio frente a los suministradores de hidrocarburos; el cártel del seguro decenal; y el cártel de los camiones, declarado por la Comisión Europea en julio de 2016, cártel producido durante más de 14 años y en el que la Comisión condenó a varios fabricantes de camiones a una cifra aproximada de tres mil millones de euros.

Se pueden distinguir tres tipos de legitimación activa:

- Legitimación individual para la defensa o protección individual de uno o varios damnificados, que pueden ser o no consumidores o usuarios. Puede ser cualquier agente económico: fabricantes (así fue con el cártel del azúcar), los distribuidores mayoristas o minoristas, y finalmente los adquirentes finales, que pueden ser consumidores o usuarios o no (podrían ser empresarios o profesionales que adquieren esos bienes, no para incorporarlos a su proceso productivo, sino para su uso o consumo final).

El art. 80 de la LDC distingue entre compradores directos e indirectos.

Pueden ser varios los damnificados que ejerciten la acción individual conjuntamente pudiendo darse una acumulación subjetiva de acciones en base art. 72 LEC.

Dos razones por las que las acciones individuales pueden no ser eficaces:

- 1.- Demandas de escasa cuantía (cártel de los sobres de papel)
- 2.- Las periciales son muy rigurosas y costosas.

- Legitimación colectiva en sentido estricto, que es la que establece el art. 11.2 LEC para la protección colectiva de un grupo de consumidores que esté perfectamente determinado o sea fácilmente determinable. Conforme al art. 15.2 LEC el demandante está obligado a notificar a todos los posibles afectados su intención de presentar esa demanda. Tener en cuenta la [Sentencia del TC 96/2012](#) que hizo primar el art. 18.4 CE.

- Legitimación difusa (las *class actions*) del art. 11.3 LEC, prevista para la protección colectiva de un grupo de consumidores indeterminado o que sea de difícil determinación.

En la práctica, las acciones colectivas de daños por prácticas restrictivas de la competencia han tenido escasa relevancia: entre 1999 y 2012 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia contabilizó 323 acciones de daños, casi todas ellas acciones de *stand alone* y, dentro de éstas, el 80% fueron en el ámbito de las gasolineras, y el otro 20% en el mercado de las telecomunicaciones, propiedad intelectual y la “guerra del fútbol”. Únicamente hubo 18 acciones *follow on*, y una sola acción fue ejercitada por una asociación de consumidores y usuarios.

D. ALEX FERRERES COMELLA

Abogado

Todo sistema de tutela colectiva (acción de clase) busca la eficiencia judicial y tiene la dificultad intrínseca de que, cuando un número importante de consumidores se han visto afectados por un hecho dañoso común, se desplace la legitimación de los damnificados en favor de un tercero cuando hablamos de intereses patrimoniales homogéneos. En nuestro sistema esto es un monopolio de las asociaciones de consumidores y usuarios y del Ministerio Fiscal.

En el sistema americano existe la Ley Federal 23 que establece una serie de requisitos que tiene que tener toda acción de clase, entre ellas la homogeneidad.

En las acciones *follow on*, si se dice por la autoridad de competencia española que habido una infracción de la competencia, lo único que habrá que hacer en el ámbito civil será calcular los daños. Y si lo planteamos así la homogeneidad nunca va a ser cuestionada.

La Directiva y su trasposición establecen presunciones *iuris tantum*, refutables por el empresario. De los artículos 76 y 79.1 LDC resulta lo siguiente:

- La carga de la prueba, sobre la existencia y cuantía de los daños, sigue recayendo sobre quién reclama, pero si es un supuesto de cártel se presume que el ilícito competencial da lugar a daños y perjuicios.
- Cuando la determinación de si existe un daño depende de si ha habido un sobrecoste, también hay presunciones: el demandante tiene que probar el sobrecoste que reclama y, si acredita ese sobrecoste, entonces se entiende que el sobrecoste es un daño.
- Aunque exista el ilícito competencial, el empresario podría probar que en el caso concreto no se ha producido el daño. En Reino Unido se ha dictado una importante sentencia en 2017 resolviendo sobre una *follow on action* a raíz de la sanción que se impuso a Master

Card. El tribunal desestimó la acción de clase por falta de homogeneidad. Entendió que para poder ejercitar la acción de clase es necesario que existan grupos homogéneos de reclamantes y que éstos sean suficientemente numerosos.

Hay sistemas mejores que las acciones de clase: en Dinamarca y Suecia el sistema del *ombudsman* funciona muy bien (no tiene nada que ver el Defensor del Pueblo). Las acciones de clase sólo sirven para que haya muchos intermediarios.

D. FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Abogado y exministro de Justicia

El objetivo de la acción de clase es que quién daña masivamente, pague las consecuencias del daño causado. Esto se puede conseguir de dos maneras:

- Modelo de los EEUU (Ley Federal 23 de 1938) y de los sistemas de *common law*:
 - La fuerza sale de los sujetos privados a la hora de controlar este tipo de daños.
 - Las acciones operan allí mayoritariamente *stand alone*: hay que acreditar que se ha producido la vulneración de la norma y no sólo cuantificar el daño, porque no existe esa resolución administrativa previa imponiendo la sanción.
 - Cada parte soporta sus costas.
 - Si alguien no quiere formar parte de la reclamación, se ha de excluir de la acción que se emprende.
- Modelo continental europeo (sistemas de *administrative law*):
 - La fuerza sale del poder público.
 - La mayoría de acciones son *follow on*, después de que el Estado, a través de alguna autoridad administrativa, ha determinado que existen indicios razonables de vulneración de Derecho de competencia o de consumidores y usuarios, aunque no haya todavía cosa juzgada en vía judicial pero sí administrativa.
 - Rige el sistema del vencimiento objetivo en cuanto a las costas.
 - Para formar parte de la reclamación hay que adherirse.

Elementos principales de la acción de clase en EEUU:

- Tiene que ser una acción que afecta y va a cubrir los daños de una gran multitud de personas, aunque también pueden ser menos pero estar muy dispersos geográficamente, o incluso, aunque fueran pocos, de pocos recursos, se estimaría suficiente.
- Homogeneidad, no en el sentido de uniformidad sino en el sentido de semejanza, que implica que los damnificados hayan sido dañados de forma muy parecida para constituir el grupo o la clase.

- Que quien asume la representación de la clase interponga lo que sería la acción típica que interpondrían el resto de damnificados.
- La adecuación o idoneidad de quién reclama, que ha de reunir los elementos básicos de la clase a la que representa.

En el modelo europeo hay que adherirse a la acción de clase y es *follow on*.

En Reino Unido en 2015 se aprobó una reforma que cambia del sistema de adhesión al sistema en que has de excluirte si no quieres formar parte de la acción de clase. Además se creó un Tribunal especial que conoce de las acciones por infracciones de Derecho de la competencia. Dicho Tribunal puede establecer una indemnización global de toda la clase sin que tenga que entrar a realizar el reparto. El dinero no reclamado se dedica a una Fundación.

BLOQUE V: Valoración del daño y *passing-on* defense.

D. CARLOS PASCUAL PONS

Socio de KPMG Forensic

En los cárteles se presume el daño, aunque es una presunción rebatible. En tanto que es una infracción por objeto, el cártel puede existir aunque no haya desplegado sus efectos o incluso, aunque los haya desplegado, puede que no exista daño para todo aquel que lo reclama.

La relación entre cártel y elevación de los precios no es tan automática, por ello el informe pericial deberá analizar o justificar en qué medida tiene sentido la presunción del daño en el mercado correspondiente y, sobretodo, cómo se forman los precios en ese mercado, lo que afectará tanto a la estimación del sobrecoste como del *passing-on*.

D^a NADINE WATSON

Senior Vicepresidente de Compass Lexecon

La Directiva y el Real Decreto-ley establecen que, cuando resulte excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños, los tribunales estarán facultados para estimar el importe. Con esto se está intentando hacer más fácil la cuantificación del daño, pero sería mejor establecer unos mecanismos que faciliten al Juez el entendimiento de los informes periciales de las partes, que normalmente serán discrepantes, para que pueda valorar adecuadamente esas discrepancias y así llegar a una opinión informada. Y eso es más útil que limitarse a estimar el importe.

Cuantificar los daños no es difícil porque hay unas pautas ya establecidas en las Guías Prácticas de la Comisión Europea. Los pasos son sencillos:

- Primero, hay que entender muy bien el mercado donde se está produciendo la conducta.
- Segundo, hay que definir muy bien el contrafactual: cuál sería el escenario en ausencia de la infracción, cómo se habrían comportado los precios. Las Guías Prácticas explican tres métodos:
 - Método comparativo:
 - Comparamos los precios durante la infracción, con los precios antes y después de la misma.
 - Comparamos los precios con otro mercado donde no hubo infracción.
 - Método de simulación: utilizamos modelos teóricos para simular como se hubiera comportado el mercado en ausencia de la infracción.
 - O bien podemos simplemente utilizar datos contables: identificar cuáles son los costes y aplicar un margen competitivo.

De estos tres métodos el que más se utiliza a nivel europeo es el comparativo. La ventaja es que es el método que menos suposiciones requiere, la desventaja es que se necesita más información.

D. EDUARD SAURA ESTAPÀ

Socio Director de España Accuracy

La *passing-on defense* es una de las novedades importantes.

A, infractor, vende a B, comprador directo, que a su vez vende a C, comprador indirecto (y consumidor final). Cuando A es acusada de la práctica anticompetitiva, a la hora de cuantificar el daño se defiende, frente a B, diciendo que B ha repercutido el sobreprecio a C, de modo que B no tiene daño, o tiene menos daño. En la práctica es mucho más complejo.

Permitir el *pass-on* implica facilitar una argumentación a los infractores y por ello el regulador ha invertido la carga de la prueba, de modo que es el demandado (la empresa A) quién ha de probar que B ha hecho un *pass-on*. Además el comprador indirecto (consumidor final), que no tiene ninguna relación comercial con el infractor, puede reclamar a la empresa infractora si prueba que ha comprado productos que estaban sujetos a la práctica anticompetitiva y que ha habido este *pass-on*.



Bloque VI: Cuestiones procesales Legitimación, prescripción y retroactividad. Competencia internacional, objetiva y territorial.

D. ENRIQUE SANJUAN MUÑOZ

Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería

La trasposición de la Directiva introduce en nuestro ordenamiento jurídico herramientas y elementos nuevos. Dos consideraciones al respecto:

- En nuestras instituciones falta adecuación para responder a estos nuevos elementos pero ya tenemos herramientas que nos van a servir: la obtención de las fuentes de prueba es un procedimiento nuevo que nos servirá para la cuantificación del daño. Responde a simples motivos estadísticos: en EEUU el 80% de los cárteles causan daño y el 20% no, por tanto se presume el daño, si bien es una presunción iuris tantum.
- La Unión Europea intenta ilustrar a los Jueces para que vayan aprendiendo a leer toda la terminología e información económica que se desprenderá de los Informes periciales (es igual que hablemos de sobrecoste, repercusión u *overcharge*). Se trata de que aprendamos a hablar todos el mismo lenguaje. No para que arrastremos la terminología inglesa sino por la nueva visión y perspectiva que vienen del mundo anglosajón.

1.- Legitimación.

Todas las empresas (privadas, públicas...) y todos los particulares tienen la legitimación (*upstreams* y *downstreams*: aguas arriba - aguas abajo; o mejor decir, cadena arriba - cadena abajo).

- Legitimación pasiva: la tienen tanto los que han realizado conductas colusorias como conductas de exclusión (Artículos 101 y 102 TFUE, y artículos 1, 2 y 3 LDC).
 - El art. 71.2 b) LDC habla de control ¿se refiere al artículo 42 Código Comercio? Si usted tiene el control, y ese control se define por el art. 42, usted va a responder.
 - Los art. 73 y 77 LDC tratan la responsabilidad conjunta y solidaria. El concepto *undertaking* es un concepto mucho más amplio que empresa, es “cualquier cosa” que se ponga de acuerdo para realizar estas prácticas, con ella misma o con otros. El art. 73 establece excepciones pero respecto de otros terceros, no de mis perjudicados directos. El artículo 77 permite llegar a un acuerdo. Ambos artículos necesitan un desarrollo mucho más amplio.

- Legitimación activa: la Directiva excluye la acción colectiva. Aquí tenemos un caos, no tenemos *action class*. D. Enrique defiende la bondad de la acumulación de acciones. El art. 80 LDC es muy amplio.

2.- Prescripción

El art 75 LDC establece un plazo de prescripción de 5 años. El problema son las conductas continuas, que se arrastran desde atrás. Una conducta continua termina cuando termina.

La prescripción se puede interrumpir tanto porque haya una investigación de la infracción como porque haya un intento de acuerdo.

3.- Retroactividad.

La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley establece dos apartados:

- las previsiones recogidas en el art. 3 del RDL (que es norma sustantiva: la reforma de la LDC) no se aplicarán con efecto retroactivo.
- las previsiones recogidas en el art. 4 del RDL (que es norma procesal: las modificaciones de la LEC) sólo se aplicarán a los procedimientos que se incoen a partir de la entrada en vigor de esta ley.

D. CARLOS NIETO DELGADO

Magistrado del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid

Jurisdicción

Art. 117 de la Constitución Española: la potestad jurisdiccional corresponde a los Tribunales españoles para los litigios que se sustancien en España. Esa jurisdicción únicamente retrocede en estos supuestos:

- 1- Inmunidad de jurisdicción, que ahora no nos afecta (estados extranjeros, representantes diplomáticos y consulares, etc.).
- 2- Que la cuestión haya sido sometida a arbitraje. ¿Es posible la sumisión a arbitraje en materia de Derecho de la competencia?

El art. 2 Ley de Arbitraje establece que resultan arbitrables todas las materias en que las partes tienen la libre disponibilidad de sus derechos. En materia de Derecho de la competencia no es evidente, porque concierne a los intereses del mercado y hay una dimensión pública de la competencia.

En EEUU hasta 1985 no se permitía el arbitraje en materia de Derecho de la competencia. El Tribunal Supremo norteamericano permitió por primera vez la arbitrabilidad de pleitos por sentencia de 2 de julio de 1985 (caso Mitsubishi Motors). En Europa no tenemos una resolución tan clara.

Volviendo al art. 2 de la Ley de Arbitraje, no sería arbitrable cualquier cuestión que esté sujeta a la decisión de autoridades públicas (por ejemplo, control de concentraciones o control de ayudas de estado); en cambio sí cabría el arbitraje en disputas de índole contractual cuando se planteen cuestiones concernientes a prácticas colusorias o abuso de posición de dominio. Dos sentencias de referencia en España en que se admitió la arbitrabilidad de la contienda: sentencias de la AP Barcelona de 7 de junio de 2000 y de 30 de junio de 2009.

Cuando se promueve un pleito entre privados que traiga causa de un contrato en el que existe una cláusula de sumisión a arbitraje, si luego se suscita un pleito porque alguna estipulación del contrato infringe normas de Derecho de la competencia ¿esa pretensión queda sujeta a la cláusula de sumisión a arbitraje? Por Auto de la Sección 28ª AP de Madrid de 25/09/2015 se dice que esa sumisión a arbitraje, recogida para todos los pleitos que puedan surgir por la interpretación o aplicación del contrato, no cubriría los hipotéticos supuestos de reclamaciones de daños por infracción de Derecho de la competencia.

Competencia judicial internacional

El Considerando 9º de la Directiva alude expresamente a la frecuente dimensión transfronteriza de este tipo de procedimientos por infracciones de Derecho de la competencia.

Respecto a la competencia judicial internacional la Directiva no dice nada. Debemos acudir a las reglas generales del [Reglamento \(UE\) nº 1215/2012, de 12 de diciembre](#), partiendo de la consideración de que este tipo de procedimientos son procedimientos en materia de responsabilidad por hecho ilícito, también llamada responsabilidad extracontractual.

La sentencia del [TJUE de 21 de mayo de 2015 \(caso Cártel Damage Claims\)](#):

- En cuanto al *forum loci delicti commissi* nos aclara que, en materia de Derecho de la competencia, el lugar de producción del hecho dañoso incluye tanto el lugar de conclusión del acuerdo anticompetitivo como el lugar de la sede de cada una de las víctimas. Por tanto, si los demandantes desean centralizar todas las reclamaciones podrán hacerlas valer bien ante los tribunales del domicilio del demandado, o bien, en base al *forum loci delicti*

commissi, ante esos otros dos foros: lugar de conclusión del acuerdo anticompetitivo, o lugar de la sede de cada una de las víctimas.

- En cuanto al alcance de las cláusulas de elección de tribunal competente contenidas en el contrato, el TJUE entiende que la elección del tribunal competente sólo afecta a la interpretación y ejecución del contrato, pero no a las reclamaciones de índole extracontractual que pudieran deducirse al amparo de la normativa sobre competencia. Si lo que se hace valer es la reclamación extracontractual por los daños derivados de infracción de Derecho de la competencia, no se aplicaría la cláusula y quedaría libre la elección de cualquier otro tribunal, salvo que expresamente se mencione en la cláusula que también los daños están incluidos en esa elección de tribunal.

Competencia objetiva

Art. 86 ter LOPJ: la competencia objetiva corresponde a los Juzgado Mercantiles.

Esta competencia ha generado líos en los procedimientos de gasolineras porque las empresas de hidrocarburos demandadas deducen reconvención y hacen valer pretensiones de la índole más diversa (por ejemplo, tener por extinguido el derecho de superficie, etc.). La Audiencia Provincial de Madrid entendió que también estas pretensiones son competencia de los Juzgado Mercantiles por ser consecuencia directa de la pretensión principal de infracción de normas de competencia.

Tras la Directiva de Daños, se planteó si las reclamaciones *stand alone*, estrictamente de reclamación de daños (es decir, que estrictamente estamos pidiendo la indemnización), son competencia de los Juzgados Mercantiles. La sentencia de la Sección 8ª AP de Madrid de 22 de junio de 2017 lo aclara y establece la competencia objetiva de los Juzgado Mercantiles.

Competencia territorial

No hay normas específicas en la LEC, así que en principio acudiríamos a las reglas generales sobre competencia territorial: domicilio del demandado, y cuando no lo tenga en territorio nacional, el de la última residencia, y si tampoco pudiera determinarse, el lugar del domicilio del actor.

Se ha planteado si cabría la aplicación analógica del art. 52. 1. 12 LEC que establece una norma específica de competencia territorial para los casos de competencia desleal y permite interponer también la demanda en el lugar dónde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos. D. Carlos Nieto se posiciona, en principio, a favor del sí.

Bloque VII: Análisis de los problemas de la prueba.

D^a MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Magistrada de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cantabria

En España la trasposición de la Directiva de Daños se ha hecho tarde, pero hemos ido bastante más allá. En lugar de crear una norma *ad hoc* (como han hecho en Dinamarca o Italia), la trasposición se ha hecho mediante la introducción de modificaciones en la Ley de Defensa de la Competencia y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hasta ahora carecíamos de una regulación específica sobre la materia. No se discutía que una infracción de Derecho de la competencia que causara daños y perjuicios tuviera, además de una vertiente pública, una privada que conllevaba que el perjudicado pudiera reclamar los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, no había una regulación específica y la única norma que existía era la del art. 3 LDC, relativo a los actos de competencia desleal. Así que había que acudir a los principios generales de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del Código Civil, con los requisitos comunes de acción u omisión imprudente, la generación de un daño y el vínculo causal entre ambos.

Ahora sí tenemos una regulación específica que no sólo introduce reglas de carácter procesal, sino también importantes normas sustantivas que determinan qué es lo que deberá probarse en el procedimiento y a quién le va a corresponder probarlo.

El Real Decreto-ley ¿ha optado por una vertiente clásica de la responsabilidad por daños (responsabilidad subjetiva del art. 1902 Código Civil) o ha acudido a un criterio de responsabilidad objetiva? Existe una cierta polémica pero, en opinión de D^a M^a del Mar, en el art. 71. 1 LDC se asume una concepción objetiva de la responsabilidad por daños y esto tiene incidencia clara en qué ha de ser objeto de prueba en el ulterior procedimiento: se excluye la necesidad de probar el dolo o la culpa. En el art. 71. 1 LDC no se exige ningún elemento intencional ni culpabilístico, no se habla de dolo, ni de culpa grave ni leve. En la legislación de patentes, marcas y diseño industrial también tenemos ejemplos de responsabilidad objetiva. Aunque la Directiva no lo establecía, nuestro legislador ha optado, en opinión de la Magistrada, por un sistema de responsabilidad objetiva, de modo que no habrá que probar el dolo o la culpa.

Así que habrá que probar:

- 1- La existencia de una infracción.
Con carácter general le corresponde al actor acreditarlo (conforme al art. 217 LEC).

Cuando ha existido un previo pronunciamiento de carácter firme que declara la existencia de un ilícito competencial el art. 75 LDC distingue, según tenga origen en autoridad o tribunal interno, o bien europeo:

- Si lo ha dictado una autoridad o tribunal español, la “constatación” de una infracción se considerará “irrefutable” a los efectos de una acción por daños. Entiende D^a M^a del Mar que se refiere a la existencia de cosa juzgada o a una presunción *iuris et de iure*.
- Si lo ha dictado una autoridad o tribunal comunitario no español, la Directiva únicamente preveía que estas declaraciones se tuvieran en cuenta a efectos probatorios, pero nuestra ley ha ido más allá y establece una especie de presunción *iuris tantum*: si se ha declarado la existencia de la infracción por autoridad o tribunal de otro Estado miembro, se presume la infracción salvo prueba en contrario.

2- La realidad de los daños y el vínculo causal entre éstos y la conducta infractora.

Art. 76.1 LDC: como regla general le corresponde acreditar la existencia de los daños y el vínculo causal al actor, conforme a la regla general del art. 217 LEC.

- Art. 73.3 LDC: establece una excepción: en los cárteles se presume *iuris tantum* la existencia de los daños.
- Cuando sean varios los infractores y con alguno de ellos se ha llegado a una solución extrajudicial con carácter previo al ejercicio de la acción (art. 77 LDC) ¿qué eficacia y alcance probatorio tiene ese acuerdo respecto al resto de infractores? Ese acuerdo será una prueba más, pero no exime de probar la infracción y los daños. La indemnización pactada se tendrá en cuenta exclusivamente para evitar un enriquecimiento injusto (que la indemnización total llegase a superar los efectivos daños indemnizables).

3- La cuantificación de los daños, a efectos de determinar la indemnización. El legislador ha tenido en cuenta que el Juez se encuentra muchas veces con varios informes periciales todos aparentemente muy solventes, por ello ha previsto:

- Como regla general la prueba de la cuantía de los daños le corresponde al actor en base al art. 76.1 LDC, conforme a la regla general del art. 217. 1 LEC.
- El art. 76.2 LDC introduce la novedad de que, atendiendo a la “dificultad probatoria”, se permite la valoración prudencial de los daños por el Juez pero sólo cuando las partes hayan utilizado todas las armas probatorias a su alcance. La valoración prudencial sólo es posible si ha venido precedida de una ágil actividad probatoria. (Esto excluye la posibilidad que excepcionalmente ha permitido el TS de reservar la concreción del daño para

ejecución de sentencia, cuando concurre especial dificultad probatoria en propiedad industrial).

El sobrecoste es esencial para la efectiva cuantificación de los daños y perjuicios. Puede ser invocado:

- por el actor, cuando reclama el perjuicio derivado de que se le haya repercutido un sobrecoste;
- por el demandado, cuando pretende que se reduzca la reclamación por el sobrecoste que el actor ha repercutido a un tercero (en evitación de un enriquecimiento injusto del actor).

La prueba del sobrecoste corresponderá a la parte que lo invoca, pero, cuando se trate del actor, se establece una presunción *iruis tantum* de efectivo perjuicio, de que efectivamente se ha repercutido el sobrecoste, cuando el demandado haya cometido una infracción del Derecho de la competencia. Ahora bien, no es una presunción de la cuantía del perjuicio, que sí deberá ser objeto de acreditación.

El art. 73.2 LDC, al establecer la responsabilidad solidaria de los infractores, prevé una excepción cuando se trate una pequeña empresa infractora, que sólo responderá ante sus propios compradores directos e indirectos en caso de concurren ciertas circunstancias.

En cuanto a la práctica de la prueba, D^a M^a del Mar remarcó que hay que buscar la eficacia y evitar la abundancia probatoria, especialmente en el ámbito de los informes periciales. En lugar de aportar contra-informes hay que aprovechar el acto de la vista al informe pericial para solicitar aclaraciones.

Resumen de las ponencias elaborado por Ana Marqués Vilalloga. Abogada.

