

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(Grupo español de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence – LIDC)

Pº de la Castellana, 35, 2ª Planta, 20846 Madrid

Tlf. 91 788 73 91 / Fax 91 319 19 40

Comentarios al Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia (“AEDC”) agradece la oportunidad que le brinda la Comisión Europea de presentar observaciones al Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios (el “Libro Verde”). El análisis de las posibilidades de actuación a nivel comunitario en materia de indemnización de daños y perjuicios es inevitablemente complejo, dado que las distintas sensibilidades y tradiciones existentes en cada uno de los Estados Miembros deben ser ponderadas. Por estas razones, y de conformidad con las iniciativas en materia de transparencia adoptadas por la Comisión en los últimos años, la presentación del presente documento de trabajo de la Comisión Europea para su valoración pública debe ser bienvenida.

Los comentarios de la AEDC provienen de las opiniones de expertos del ámbito legal, económico y académico. Aunque expresan la opinión mayoritaria y los puntos donde existe consenso, también incluyen las opiniones divergentes para contribuir de forma enriquecedora al debate lanzado por el Libro Verde.

La estructura de los comentarios de la AEDC sigue el mismo orden del Libro Verde: (i) acceso a las pruebas; (ii) requisito de conducta culpable; (iii) daños y perjuicios; (iv) defensa “*passing-on*” y legitimación del comprador indirecto; (v) defensa de los intereses del consumidor; (vi) coste de las acciones; (vii) coordinación de la aplicación pública y privada; (viii) competencia judicial y legislación aplicable; (ix) otras cuestiones.

I. ACCESO A LAS PRUEBAS

Pregunta A. ¿Deberían existir normas especiales sobre el acceso¹ a pruebas documentales en procedimientos civiles por daños y perjuicios en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado CE?

1. La opinión mayoritaria de los miembros de la AEDC es que no es necesario desarrollar normas especiales sobre el acceso a las pruebas documentales en procedimientos de indemnización de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia

¹ Hemos preferido sustituir la palabra “divulgación” que aparece en la versión española del Libro Verde de la Comisión por “acceso”. Entendemos que el término “disclosure” no corresponde exactamente a “divulgación”, pues ésta no se limita al acceso a la documentación o su exhibición entre las partes, sino que implica la exhibición o difusión de los documentos al público en general.

comunitarias. En España, la normativa procesal vigente ofrece mecanismos suficientes para garantizar el acceso o la exhibición de pruebas.

2. No obstante, algunos comentarios ponen de manifiesto la dificultad de ejercitar en la práctica las acciones de responsabilidad debido a la rigidez de las normas procesales españolas relativas a la exhibición de documentos a las partes en el proceso. En concreto, el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)² relativo a la exhibición documental entre partes, únicamente contempla la posibilidad de solicitar a las demás partes en el proceso la exhibición de documentos que: (a) no se hallen a disposición de la parte que los solicita; y (b) se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. La solicitud debe ir acompañada de una copia simple del documento. Si ésta no existiera o no se dispusiera de ella, el solicitante debe indicar en los términos más exactos posibles el contenido del mismo.
3. Para superar estas dificultades, uno de los comentarios propone que se flexibilicen estos requisitos, de forma que la solicitud pueda extenderse a cualquier clase o tipo de documento una vez iniciado el proceso.
4. Por otro lado, varios comentarios proponen a la Comisión el sistema establecido en el artículo 329 de la LEC, que permite otorgar valor probatorio a la copia simple de un documento, o a la versión que del contenido del mismo se hubiese dado por la parte solicitante, cuando se niegue injustificadamente su exhibición por la parte a la que se ha dirigido la solicitud de exhibición. Un comentario señala que, en este caso, la confidencialidad de los documentos sensibles debería quedar especialmente garantizada, de forma que sólo el juez pudiera tener acceso a este tipo de documentos, ya sea en todo o en parte.
5. Por último, todos los comentarios recogidos coinciden en que un modelo basado en el “*discovery*” estadounidense no sería una alternativa apropiada a nivel europeo. Por el contrario, toda reforma debería ir encaminada hacia la potenciación de los procedimientos ya existentes.

Pregunta B. ¿Son útiles las normas especiales en cuanto al acceso a documentos en poder de una autoridad de competencia en caso de indemnizaciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia?

(i) Sobre el acceso a documentos y las necesarias garantías de confidencialidad

6. En general, los miembros de la AEDC se inclinan por la Opción 7 del Libro Verde, es decir, que se permita a los tribunales nacionales el acceso a los documentos en poder de la Comisión. El mayor problema se plantea en torno a la confidencialidad de los documentos (secretos comerciales y otra información), para el que la práctica totalidad de los comentarios considera necesario la adopción de normas especiales. En efecto, debido al marcado carácter contradictorio de los procesos judiciales en nuestro sistema, los documentos que obran en el expediente deben ser puestos a disposición de las partes y no

² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

existen, en principio, garantías suficientes en Derecho español para la protección de la confidencialidad de los documentos sensibles en los procedimientos civiles.

7. Algunos comentarios proponen que sean las autoridades administrativas (españolas o comunitarias) las que velen por la confidencialidad de los documentos, pudiendo denegar las solicitudes o requerimientos de documentación de los órganos jurisdiccionales cuando consideren que es necesario preservar su carácter confidencial.
8. Otros comentarios proponen un sistema en el que fueran los órganos judiciales los encargados de velar por la confidencialidad de los documentos. En este escenario, las autoridades administrativas estarían obligadas a poner a disposición judicial los documentos requeridos. Los jueces tendrían así pleno conocimiento de toda la documentación, y podrían denegar el acceso a las partes si considerase necesario preservar su confidencialidad.
9. En ambas soluciones, sería necesario realizar una reforma de la legislación española aplicable.
10. Por último, un comentario apunta a que el acceso a los documentos en poder de las autoridades administrativas debería limitarse a los documentos generados por estas últimas, excluyendo los documentos que hayan sido aportados a las autoridades por los particulares.

(ii) Sobre las situaciones en las que el juez solicitaría a la Comisión información que también podrían facilitar las partes

11. En cuanto a la pregunta de la Comisión relativa a las condiciones en las que los tribunales nacionales solicitarían a la Comisión información que también podrían facilitar las partes, en Derecho español: (a) cuando así lo haya solicitado una de las partes en el proceso; y (b) de oficio, en circunstancias excepcionales.
12. En la situación (a) -a instancia de parte-, aunque el juez normalmente se dirigiría en primer lugar a la parte en cuyo poder esté la documentación, puede haber situaciones en las que el juez considere necesario dirigirse a las autoridades administrativas (nacionales o comunitarias), por ejemplo, *a posteriori*, cuando la parte niegue la exhibición de la referida documentación (agotados los mecanismos del artículo 329, apartado 2 de la LEC), y/o *a priori*, cuando el juez tenga razones para pensar que la parte en cuyo poder se encuentra la documentación no va a ser aportada al procedimiento.
13. En cuanto a la situación (b) -de oficio-, en virtud del principio de justicia rogada que inspira el proceso civil español, la actuación de oficio del juez se limita a circunstancias excepcionales. Así, el artículo 282 de la LEC establece que las pruebas se practicarán a instancia de parte, “[s]in embargo”, señala la LEC, “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. A este respecto, conviene destacar el artículo 435, apartado 2 de la LEC, que contempla la posibilidad de requerir de oficio la práctica de la prueba sobre hechos relevantes “oportunamente alegados” en el caso de que los actos de prueba anteriores “no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”. En consecuencia, los

requisitos para la actuación de oficio son estrictos y limitan considerablemente esta posibilidad en la práctica.

14. La AEDC considera que sería preciso flexibilizar la normativa española en la materia, de forma que el juez pudiera determinar sobre la base de criterios de eficiencia procesal, generalmente a instancia de parte, pero también de oficio, si es preferible dirigirse a las autoridades administrativas o a las partes en el procedimiento.
15. La AEDC considera asimismo necesario que la Comisión aclare el tratamiento que dispensaría a las solicitudes de información cursadas por los jueces nacionales acerca de asuntos cerrados sin que una decisión final haya sido adoptada. En este sentido, sería conveniente que la Comisión aclarase el tratamiento que daría a las posibles solicitudes que tengan por objeto el pliego de cargos, entre otros elementos que obran en el expediente.

Pregunta C. ¿Debería reducirse la carga de la prueba de una infracción de defensa de la competencia para el solicitante de una reparación de perjuicios? En caso afirmativo, ¿cómo?

(i) Sobre la reducción de la carga de la prueba en caso de decisión administrativa previa

16. La mayoría de los miembros de la AEDC considera necesaria la reducción de la carga de la prueba cuando existe una decisión administrativa previa que constata la existencia de una infracción del Derecho de la competencia. En efecto, en los casos en que la infracción de las normas de competencia se constatará administrativamente, la decisión administrativa no debería tener un valor meramente declarativo, sino que debería otorgarse a la misma un valor significativo como elemento de prueba de la existencia de una infracción en el procedimiento civil subsiguiente.
17. En opinión de la AEDC, el valor que debe reconocerse a las decisiones administrativas previas en el procedimiento civil subsiguiente no debería llegar hasta el punto de imponer su fuerza vinculante ni otorgarles el valor de prueba absoluta. Se propone como solución óptima que la existencia de una decisión administrativa previa opere como una presunción *iuris tantum* de la existencia de la infracción, de forma que la carga de la prueba de la inexistencia de la misma recaería sobre la parte infractora.
18. Tan solo uno de los comentarios de los miembros de la AEDC aboga por que la decisión administrativa previa sea considerada como una prueba cualificada a efectos de una reclamación de daños y perjuicios, sin necesidad de invertir la carga de la prueba.
19. Adicionalmente, la AEDC considera que la presunción *iuris tantum* no debería abarcar la existencia de un daño resarcible (ni mucho menos el *quantum* de mismo), que en todo caso deberá probarse conforme a los principios sustantivos de la responsabilidad civil con arreglo a las normas generales de la carga de la prueba.

(ii) Sobre otras consideraciones en torno a la reducción de la carga de la prueba

20. En cuanto a la inversión de la carga de la prueba en otras situaciones procedimentales, algunos miembros de la AEDC consideran necesario que opere esta institución procesal en concreto: (i) cuando se requiera al demandado para presentar determinada documentación y éste se niegue injustificadamente (de forma similar a lo previsto en el artículo 329, apartado

2 de la LEC; ver *supra* § 4); y (ii) cuando la prueba sea más fácilmente realizable por el demandado que por el demandante.

21. Por último, conviene destacar que, sin perjuicio de que fuera conveniente matizar estas cuestiones en la legislación aplicable en cada uno de los Estados miembros, según los miembros de la AEDC en Derecho procesal español existen mecanismos suficientes (tales como el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, la admisión de prueba indirecta, la prueba por presunciones, *etc.*) para garantizar que la carga probatoria no constituya una barrera insalvable para la interposición de reclamaciones de daños y perjuicios.

II. REQUISITO DE CONDUCTA CULPABLE

Pregunta D. ¿Debería existir el requisito de conducta culpable en la reparación de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia?

22. En general, la AEDC considera que, por razones de coherencia con el Derecho procesal civil español, el requisito de conducta culpable debe mantenerse. Las acciones de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos son habitualmente acciones de responsabilidad extracontractual que implican una responsabilidad basada en la culpa, y no de carácter objetivo.
23. Igualmente, el mantenimiento del requisito de conducta culpable es necesario por razones de eficiencia procesal: (i) por un lado, constituye un elemento disuasorio frente a la presentación de acciones infundadas; y (ii) por otro lado, permite valorar situaciones en que la posible infracción del Derecho de competencia sea producto de la ambigüedad de determinadas normas, o de la instigación directa o indirecta de una autoridad pública, que lleven a la parte infractora a estimar de buena fe que está actuando conforme a Derecho.
24. Así, la mayoría de los miembros de la AEDC se inclinan por la Opción 13 del Libro Verde, en el sentido de reconocer al demandado la posibilidad de demostrar la existencia de un error excusable de hecho o de Derecho conforme con el ordenamiento jurídico español, en cuyo caso no se generaría un derecho de reparación en la/s víctima/s³.
25. En todo caso, conviene señalar a la Comisión que, en Derecho español, el mantenimiento del requisito de culpabilidad no parece representar una barrera insalvable para la interposición de reclamaciones por daños y perjuicios en aquellos casos más flagrantes o infracciones más graves (ej. cárteles), de los que normalmente puede inferirse sin excesiva dificultad la concurrencia de culpa.

³ Este podría ser el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en los que la empresa diligentemente haya estudiado la licitud de conducta al amparo de la normativa y directrices vigentes, concluyendo que su actuación es conforme a su Derecho (por ejemplo, a través de la petición de informes legales o económicos). En el caso de que posteriormente, tras un procedimiento administrativo o jurisdiccional, se declare su ilegalidad, sería discutible la concurrencia del elemento culpable, puesto que no debería poder achacarse a la empresa dolo o negligencia. Por el contrario, podría representar un error excusable que habría viciado el consentimiento del demandado.

26. Finalmente, algunos comentarios minoritarios mantienen una postura más cercana a la Opción 11 del Libro Verde, conforme a la cual la prueba de la infracción debería ser suficiente para generar la responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

III. DAÑOS Y PERJUICIOS

Pregunta E. ¿Cómo deberían definirse los daños y perjuicios?

27. En lo que respecta a la definición de daños y perjuicios, la AEDC considera que debería tenerse en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante⁴. Para su determinación, serían suficientes las consideraciones que la jurisprudencia española imprime a cada figura. Un miembro de la AEDC propone cuantificar el daño como “todo beneficio adicional que se hubiera obtenido en ausencia de la conducta sancionada, capitalizado a la tasa de rendimiento interno de la empresa en los años que duró la infracción”.
28. Igualmente, en opinión de la AEDC, deberían añadirse al *quantum* de la indemnización los intereses a contar, *cuando menos*, desde el momento en que la existencia de una infracción haya quedado acreditada mediante decisión por una autoridad de competencia, ya sea nacional o comunitaria, o desde el momento de interposición de la demanda en acciones civiles⁵. Un comentario minoritario considera que los intereses deberían calcularse desde la fecha en la que se produjo el daño. *A priori*, el cálculo de los intereses desde entonces tendría cabida en el sistema procesal español, aunque no existe unanimidad al respecto en la doctrina. Por otra parte, la posibilidad de incluir los intereses en el *petitum* de la demanda viene recogida en el artículo 575 de la LEC, que permite al demandante incrementar la indemnización por daños y perjuicios pretendida hasta un máximo de un 30% en atención al devengo de intereses.
29. La AEDC considera que la introducción de un sistema de daños punitivos a nivel comunitario como el propuesto en la opción 16 conforme al modelo norteamericano es de difícil encaje en el sistema español y además no es necesario. La mayoría coincide en que las multas por incumplimiento en el ámbito administrativo sancionador cumplen un efecto disuasorio suficiente y más adecuado a nuestro sistema legal.

⁴ Ver, en España, la reciente sentencia de 7 de junio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, *Antena 3 de Televisión, S.A. c. Liga Nacional de Fútbol Profesional*, donde el lucro cesante fue tenido en cuenta a la hora de valorar el *quantum* de la indemnización por daños resultantes de las prácticas anticompetitivas que habían quedado acreditadas en vía administrativa. En la misma línea, en la sentencia de 11 de noviembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, *Conduit Europe, S.A. c. Telefónica de España, S.A.U.*, el órgano judicial entró a valorar el posible lucro cesante por pérdida de cuota de mercado sufrido por la demandante como consecuencia de la conducta de Telefónica, aunque finalmente determinó que este elemento no había quedado acreditado.

⁵ En la citada sentencia en el asunto *Antena 3 de Televisión, S.A.*, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid computa el devengo de los intereses legales desde el momento de la interposición de la demanda que dio origen al procedimiento civil.

Pregunta F. ¿Qué métodos debería utilizarse para calcular la cuantía de daños y perjuicios?

(i) Sobre la conveniencia de adoptar unas directrices para el cálculo de los daños

30. Excepto en lo que se refiere a la conveniencia de que se emitan directrices para la cuantificación de los daños derivados de los ilícitos anticoncurrenciales, la mayor divergencia de opiniones en el seno de la AEDC se produce en materia de cálculo de daños.
31. En efecto, la mayoría coincide con que no es posible articular un único método que permita cubrir todos los supuestos de hecho que se plantean en reclamaciones de daños y perjuicios, y prácticamente todas las contribuciones señalan que en este área la publicación de directrices orientativas por la Comisión resultaría de utilidad. Pese a su carácter no vinculante, existe la percepción de que la adopción de recomendaciones por parte de la Comisión podría ser una herramienta fundamental para que la aplicación de la política de competencia en materia de daños y perjuicios resulte plenamente efectiva en la Unión Europea.
32. Algunos miembros de la AEDC se manifiestan contrarios a la evaluación de la cuantía de los daños por los tribunales conforme a criterios de equidad, ante el riesgo de que se confiera al órgano judicial una discrecionalidad excesiva a la hora de determinar el *quantum*.

(ii) Sobre el sistema del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989.

33. En cuanto a la posibilidad existente en Derecho español de solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), autoridad administrativa, un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones en los procedimientos civiles, existen posiciones encontradas. El artículo 13, apartado 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia⁶ (“LDC”), habilita a los órganos judiciales competentes a requerir de la autoridad de competencia española un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de conductas anticompetitivas deben satisfacer a los denunciantes y terceros que hubiesen resultado perjudicados por dichas conductas. Algunos miembros resaltan la utilidad y el valor de la disposición, mientras que otros creen que debería evitarse que las autoridades de competencia se pronuncien sobre estas cuestiones desde el momento en que la reparación de daños y perjuicios corresponde a los órganos jurisdiccionales.
34. Por último, uno de los miembros considera beneficioso ofrecer varios métodos alternativos para el cálculo de los daños y perjuicios, siguiendo el modelo de los Derechos nacionales en materia de vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

⁶ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 170, de 18 de julio.

IV. DEFENSA “PASSING-ON” Y LEGITIMACIÓN DEL COMPRADOR INDIRECTO

Pregunta G. ¿Deberían existir normas sobre la admisibilidad y funcionamiento de la defensa “passing-on” o de daños repercutidos? En caso afirmativo, ¿en qué forma? ¿Debería el comprador indirecto estar legitimado?

35. En el sistema legal vigente en España, la defensa “passing-on” puede ser alegada por el infractor como defensa en contra de las reclamaciones por daños y perjuicios. Aunque se reconoce que esta defensa puede generar problemas como los señalados en el Libro Verde, la mayoría de los miembros de la AEDC considera que no es conveniente limitar ningún tipo de defensa, incluida la defensa “passing-on”. Igualmente, tanto los compradores directos como indirectos deberían poder reclamar una indemnización por daños y perjuicios al infractor (Opción 21 del Libro Verde), aunque en el caso de los compradores indirectos resultaría conveniente reforzar su posición actora.
36. La AEDC considera que las dificultades derivadas de la aceptación de esta defensa a las que se refiere la Comisión en el Libro Verde se ven parcialmente mitigadas por las siguientes consideraciones: (a) la ausencia de una presunción del traslado del daño; y (b) la posibilidad de argumentar que, incluso en el caso de que se haya producido un traslado del sobreprecio, el comprador directo sigue soportando un daño consecuencia del menor volumen de ventas.
37. En primer lugar, respecto a la ausencia de una presunción del traslado del daño a los compradores indirectos, es preciso señalar que, en Derecho español, conforme a las normas generales sobre reclamación de daños y perjuicios del Código Civil, es el demandado el que debe probar que el daño ha sido efectivamente trasladado por el comprador directo (demandante) al comprador indirecto o siguiente eslabón en la cadena.
38. En segundo lugar, en cuanto a la consideración (b), resulta que aun cuando el demandado consiga demostrar que el sobreprecio ha sido trasladado al comprador indirecto en un procedimiento de reclamación por daños y perjuicios, es posible señalar al juez que el comprador directo sufre un daño derivado del menor volumen de ventas que realiza como consecuencia del precio más elevado, consecuencia a su vez de la infracción de las normas de competencia. Así, salvo en situaciones extremas de elasticidad nula, cada eslabón de la cadena podría cuantificar la “incidencia” de la práctica anticompetitiva en su esfera jurídico-económica.
39. El mayor problema derivado de la defensa “passing-on” se plantea en relación con los compradores indirectos, que en el sistema español actual se enfrentan con serios problemas para probar tanto los daños como la relación de causalidad. La AEDC considera que, en estos casos, la solución debería venir de la mano de las asociaciones de consumidores, entablado acciones basadas en el enriquecimiento injusto del infractor de las normas de competencia, en la línea del modelo alemán, y reforzando su legitimación en el sentido de la Opción 25 del Libro Verde (ver la respuesta a la pregunta siguiente).

V. DEFENSA DE LOS INTERESES DEL CONSUMIDOR

Pregunta H. ¿Deberían existir procedimientos especiales para interponer acciones colectivas y proteger los intereses de los consumidores? En caso afirmativo, ¿qué marco deberían tener estos procedimientos?

40. La AEDC considera necesario introducir procedimientos específicos que faciliten la interposición de acciones colectivas, aunque con ciertas restricciones que permitan evitar un insoportable grado de litigiosidad. En particular, se ve de forma favorable la legitimación de las asociaciones de consumidores, así como la interposición de acciones colectivas de grupos de compradores que no sean consumidores finales, en línea con la Opción 25 del Libro Verde.
41. Aunque a nivel español el artículo 11 de la LEC permitiría este tipo de acciones, algunas voces de la AEDC reclaman la armonización a nivel europeo de estos procedimientos. En su caso, cualquier acción comunitaria en la materia debería prestar especial atención a los requisitos que deben concurrir en las acciones colectivas, y en especial los relativos a la adecuación de la representación y las características comunes que deben concurrir en los miembros de una clase (“commonality”).
42. Por último, un asociado se muestra contrario a la existencia de procedimientos especiales para interponer acciones colectivas puesto que, en su opinión, éstas no resarcan a los consumidores, mientras que la sanción administrativa recobra el beneficio ilícito al tiempo que actúa de disuasión eficaz en los mercados de venta a consumidores finales.

VI. COSTE DE LAS ACCIONES

Pregunta I. ¿Deberían introducirse normas especiales para reducir el riesgo de coste para el demandante? En caso afirmativo, ¿de qué tipo?

43. En general, la AEDC considera que no es necesario introducir normas especiales para reducir el riesgo de coste para el demandante. Las normas generales sobre costas judiciales serían suficientes al preverse la posibilidad de imponerlas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho (artículo 394 de la LEC). La reducción o incluso supresión de costas podría acarrear el riesgo adicional de fomentar el uso frívolo o incluso fraudulento de los mecanismos judiciales previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales.
44. No obstante lo anterior, algunas opiniones ponen de manifiesto situaciones en las que las normas procesales vigentes en España acarrearían riesgos que podrían disuadir futuras reclamaciones por infracción de las normas de competencia. En concreto, se hace alusión al caso en el que se produzca una estimación parcial de la infracción de competencia por el Juez, y una reparación de daños y perjuicios en cuantía inferior a la reclamada. En este caso, cada parte abonaría las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo

apreciable temeridad (de difícil demostración), lo que podría disuadir el inicio de actuaciones. Otro problema vendría derivado del coste de los informes periciales. Así, se resalta la posibilidad de que el demandante precise un informe pericial para hacer valer su caso y deba acogerse a la designación judicial de perito. Si el dictamen corre a costa del solicitante y resulta excesivamente costoso en relación con la pretensión, representaría un importante elemento disuasorio a la hora de decidir entablar una acción de daños y perjuicios.

45. Una parte minoritaria de los miembros de la AEDC propugna la necesidad de introducir normas especiales para reducir el riesgo de coste para el demandante y propone un sistema que no haga soportar las costas al demandante, salvo en caso de acciones claramente infundadas, en consonancia con la Opción 27 del Libro Verde. También sugiere distinguir entre demandante/empresa y demandante/consumidor o usuario afectado por prácticas ilícitas para la reducción de las costas en función de la categoría a la que pertenezca el afectado.

VII. COORDINACIÓN DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

Pregunta J. ¿Cómo conseguir una coordinación óptima de la aplicación privada y pública?

(i) Sobre la complementación de la aplicación pública y privada

46. Las contribuciones recibidas se hacen eco de lo que se considera una anomalía procesal del derecho de la competencia español, donde conforme al artículo 13, apartado 2 de la LDC la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la normativa española de competencia requiere una declaración previa en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional contencioso-administrativa, constatando la existencia de dicha infracción. Este requisito de procedibilidad supedita, por tanto, la aplicación privada de la normativa española de competencia a la previa intervención pública; limita gravemente la posibilidad de entablar acciones individuales de indemnización de daños y perjuicios⁷ y contrasta con el efecto directo de los artículos 81 y 82 CE en materia de reclamaciones de daños.
47. En efecto, el requisito de procedibilidad de la normativa española no resulta aplicable a los procedimientos de reclamación basados en los artículos 81 y 82 CE, al ser los tribunales nacionales competentes para su aplicación, incluidas las reclamaciones por daños y perjuicios por infracciones de dichos artículos. Por tanto, en lo que se refiere a los artículos 81 y 82 CE, en España es posible obtener una declaración de la existencia de una infracción tanto de las autoridades administrativas como de los órganos jurisdiccionales, con la diferencia de que al órgano jurisdiccional es posible reclamar directamente los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la restricción de competencia. En situaciones de

⁷ El Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, a través del cual se está articulando la reforma de la normativa española no contempla ya dicho requisito de procedibilidad. El Anteproyecto puede ser consultado en <http://www.dgdc.meh.es/legislacion/AnteproyectoLDC-10-3-2006%20.pdf>.

conflicto entre las actuaciones de las autoridades administrativas, nacionales o comunitarias, y los órganos jurisdiccionales en aplicación de los artículos 81 y 82 CE, el Reglamento 1/2003 establece una serie de mecanismos de cooperación satisfactorios, permitiendo tanto la actuación pública como la privada, ambas valiosas y efectivas para la lucha contra las prácticas restrictivas.

48. De hecho, la mayoría de los comentarios de los miembros de la AEDC se refieren expresamente a la utilidad de las decisiones administrativas previas para la constatación de la existencia de una infracción en los procedimientos civiles posteriores para la reparación de daños y perjuicios; por ejemplo, mediante la inversión de la carga de la prueba al establecer una presunción *iuris tantum* de la existencia de una infracción (ver comentarios *supra* §§ 15 y siguientes).
49. Un miembro de la AEDC opina que las decisiones o resoluciones administrativas serían también muy útiles para cuantificar los daños y probar la relación causal entre éstos y la infracción. Para ello, las autoridades administrativas deberían proceder a la constatación exhaustiva de los elementos fácticos esenciales en los que se basen sus resoluciones. Ello facilitaría un punto de partida privilegiado para el acceso a los tribunales en acciones de seguimiento, al aliviar la carga de la prueba salvaguardando en todo caso los derechos de las partes tanto en el marco del procedimiento como del procedimiento civil.

(ii) Sobre el papel de las autoridades nacionales regulatorias

50. La AEDC también se hace eco del papel que pueden desempeñar las autoridades nacionales regulatorias en la aplicación de las normas de competencia y solicita a la Comisión que aclare el valor de las resoluciones de aquéllas y, de ser necesario, establezca los cauces de coordinación oportunos⁸.

⁸ La sentencia de 11 de noviembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, *Conduit Europe, S.A. c. Telefónica de España, S.A.U* consideró que Telefónica había infringido la Orden 711/2002 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (“CMT”) junto con el artículo 82 CE, al abusar de su posición dominante en el mercado de consulta telefónica sobre números de abonado al considerarlo esencial para el acceso al mercado conexo de la prestación de servicios de información telefónica. En la sentencia el juez dispone expresamente que no le corresponde la revisión de las resoluciones adoptadas previamente por la CMT ni queda vinculado por las mismas en los asuntos de su competencia, pero sí se apoya en dichas resoluciones como elemento de acreditación de la infracción cuando afirma que “las conclusiones de los Servicios de la CMT (...) acreditan las deficiencias invocadas (...)”, y añade que “no existe motivo alguno para separarse de las afirmaciones contenidas en las resoluciones de la CMT constatadas fácilmente (...) que no han sido desvirtuadas por la parte demandada”.

(iii) Sobre el tratamiento de los solicitantes de clemencia

51. En cuanto al intercambio de información y a la cooperación entre autoridades de competencia y órganos jurisdiccionales, la AEDC comparte la preocupación de la Comisión en lo relativo a las solicitudes de clemencia. El acceso de las partes en un litigio por reclamación de daños a la solicitud de clemencia de una determinada empresa pondría a disposición de ellas una confesión de culpabilidad y un esquema detallado de la infracción de competencia, situando al solicitante de clemencia en peor posición que el resto de participantes en la infracción. Este problema es particularmente acuciante en el sistema español por las consideraciones expuestas en los apartados 6 y siguientes de estos comentarios.
52. La AEDC considera que al objeto de garantizar el éxito de los programas de clemencia se deberían realizar reformas legislativas para proteger a los solicitantes. Las reformas deberían abarcar una combinación de los elementos propuestos por la Comisión en las Opciones 28 y 30. Así, por un lado, la AEDC considera que ni los jueces, ni por supuesto las partes en un litigio civil, deberían tener acceso a las solicitudes de clemencia ni a los documentos aportados como consecuencia de la solicitud⁹; y, por otro lado, también debería suprimirse la responsabilidad solidaria del solicitante de clemencia, limitando su exposición a las acciones de indemnización de daños y perjuicios a su cuota correspondiente de participación en el cártel.
53. Un comentario individual sugiere de forma alternativa la posibilidad de que el solicitante de clemencia se instituya como responsable subsidiario, y que por tanto únicamente haga frente al pago de indemnizaciones en el caso de que el resto de participantes en la infracción no pueda hacer frente a la compensación, hasta el límite de lo que sería su responsabilidad.
54. Por otro lado, un comentario hace referencia a los posibles problemas que puede plantear la propuesta incluida en la Opción 29 del Libro Verde, al considerar que la obtención de un descuento condicional por el solicitante de clemencia sin que lleve aparejado el correspondiente incremento de la compensación a pagar por el resto de infractores implicaría el detrimento de los derechos del demandante y la imposibilidad de obtener la reparación íntegra del daño.

⁹ Uno de los miembros propone que las pruebas de una infracción no se consideren confidenciales, salvo cuando (i) hayan sido obtenidas en el contexto de una primera solicitud de clemencia; o (ii) en ulteriores solicitudes si, a juicio de la Comisión, las pruebas en cuestión han aportado un valor añadido significativo.

VIII. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE

Pregunta K. ¿Qué derecho objetivo debería aplicarse en las indemnizaciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia?

(i) Sobre la competencia judicial

55. La AEDC recoge en este punto los comentarios de la Comisión en el apartado 2.8 del Libro Verde y propugna un instrumento legislativo que regule esta cuestión a nivel comunitario.

(ii) Sobre la legislación aplicable

56. En el seno de la AEDC existen ciertas discrepancias en relación a cuál debería ser el Derecho aplicable, lo que probablemente es reflejo de la importancia de adoptar normas flexibles en esta materia. No obstante, la mayoría de las aportaciones se decantan por la Opción 33 del Libro Verde; es decir, la aplicación del Derecho del foro a los procedimientos de resarcimiento por daños y perjuicios derivados de infracciones de competencia, dado que: (a) no existen diferencias insalvables entre los Derechos de los Estados miembros, en particular con respecto a conductas claramente anticompetitivas como los cárteles; (b) dicho sistema plantea una menor complicación procesal; y (c) se facilitaría la ejecución en territorios distintos a aquél/los donde se ha ejercitado la acción.

57. No obstante, algunos miembros de la AEDC consideran que sería más adecuado que el demandante eligiera el Derecho aplicable y optase por el del lugar donde se produzcan los daños y perjuicios o por el del domicilio del demandado. Otros miembros consideran que para la determinación de la legislación aplicable sería oportuno acogerse a los puntos de conexión establecidos por el Convenio de Roma sobre la responsabilidad extracontractual conforme al cual se podría optar en esta materia por un doble foro: el del país del perjudicado y el del infractor (Opción 31 del Libro Verde). Ello permitiría, en la primera opción, la aplicación del Derecho del país que tenga más interés en hacer efectivo su Derecho en razón del perjuicio sufrido; y, en la segunda opción, una mayor garantía de éxito de la ejecución de la eventual decisión sobre el infractor sometido a la ley del foro.

58. Por último, uno de los asociados se inclina por la Opción 34 del Libro Verde, y considera que la elección de la legislación aplicable debería quedar a la libre elección de demandante, con ciertas limitaciones para excluir la posibilidad de que se pueda elegir una legislación aplicable para cada perjuicio.

IX. OTRAS CUESTIONES

Pregunta L. ¿Debería el tribunal nombrar un experto, si éste fuera necesario?

59. En relación con la designación de peritos a instancia de los tribunales, algunos asociados proponen la creación a nivel nacional de listas de expertos en cuestiones de competencia, que estarían a disposición de los órganos judiciales. En el marco de la cooperación reforzada entre las autoridades de competencia y los órganos judiciales, podría también acudir a funcionarios de las autoridades nacionales de competencia, que actuarían en el proceso en calidad de expertos. En todo caso, los miembros de la AEDC consideran que la

elección de un experto mediante acuerdo de las partes debería primar sobre la designación de peritos por el propio tribunal.

Pregunta M. ¿Deberían suspenderse los plazos de prescripción? En caso afirmativo, ¿a partir de qué momento?

60. La opinión mayoritaria de la AEDC considera oportuna la suspensión de los plazos de prescripción a partir del momento en que el procedimiento sea incoado por las autoridades nacionales o comunitarias de competencia, en el caso de procedimientos administrativos, y a partir del momento de la interposición de la demanda, en acciones civiles.
61. Algunos comentarios señalan que la interrupción del plazo de prescripción no debería surtir efectos respecto a terceros afectados por la misma infracción o práctica.

Pregunta N. ¿Es necesario aclarar el requisito jurídico de causalidad para facilitar la reparación de daños y perjuicios?

62. En opinión de los miembros de la AEDC, la causalidad es un requisito necesario para la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. La jurisprudencia española establece el contenido y alcance del requisito jurídico de la causalidad, por lo que respecto al sistema procesal español no sería necesaria tal aclaración.

Pregunta O. Otras cuestiones

(i) Sobre los instrumentos para la armonización de los sistemas de reclamación de daños y perjuicios

63. Con carácter general, conviene destacar la dificultad de implantar un sistema armonizado, uniforme y coherente para la reclamación de daños y perjuicios por infracciones de las normas de competencia en la Unión Europea, sin previamente armonizar el régimen de la responsabilidad extracontractual en temas tan cruciales como plazos de prescripción, la relación de causalidad, el carácter culpable u objetivo de la responsabilidad, etc.
64. Aunque quizás habría que esperar a la existencia de un régimen armonizado europeo de obligaciones y contratos, lo cierto es que hoy en día existen opciones de actuación de las instancias comunitarias a medio y largo plazo. Como ha quedado reflejado en este documento, en algunos casos el recurso a instrumentos de *soft law* parece ser la mejor alternativa para la resolución de ciertas cuestiones que limitan la plena eficacia de las acciones de resarcimiento (ej. la adopción por la Comisión de directrices relativas al cálculo de daños y perjuicios). Pese a su carácter no vinculante, los instrumentos de *soft law* se caracterizan por una mayor flexibilidad que los instrumentos legislativos tradicionales. El recurso a directrices y recomendaciones también podría resultar de utilidad para clarificar el acceso a documentos de carácter confidencial y su uso por los tribunales, o para delimitar las pautas comunes en acciones individuales a fin de facilitar la interposición de este tipo de acciones en vía judicial.
65. Respecto al posible recurso a instrumentos de *hard law* a medio y largo plazo, debería tenerse en cuenta la necesidad de integrar las normas comunitarias en materia de daños y perjuicios con las ya existentes en cada Estado miembro para reclamaciones de daños por

infracción de las normas nacionales de competencia. En caso de armonización total o parcial a través de instrumentos de *hard law*, debería considerarse también en qué medida el artículo 83 CE supone una base legal suficiente, o se hace necesario acudir también al artículo 65 CE. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el uso de directivas – que confieren un margen a los Estados miembros para adaptar la normativa comunitaria a la realidad nacional – parece *a priori* más apropiado que el recurso a reglamentos, dado que muchos de los temas tratados por el Libro Verde tienen aspectos con un fuerte componente nacional, y afectan directamente a la idiosincrasia procesal de los Estados miembros.

66. Dicho lo anterior, el Libro Verde abre la puerta a un debate que seguramente se extenderá a lo largo de varios años, pero ello no significa que la Comisión deba permanecer inactiva hasta obtener de los Estados miembros nuevos mecanismos procesales para sus jueces. En el corto plazo, la Comisión dispone ya de una serie de instrumentos que podrían facilitar el recurso privado a la vía judicial y debe explotarlos a conciencia, hasta el límite de sus posibilidades, desde ahora mismo.
67. En este sentido, algunos miembros de la AEDC consideran necesario que la Comisión Europea fomente una mayor visibilidad de los procedimientos civiles de aplicación de los artículos 81 y 82 CE, por ejemplo mediante la emisión de comunicados de prensa acerca de los principales asuntos que haya conocido a través de los mecanismos de cooperación con los jueces nacionales (artículo 15.2 del Reglamento 1/2003).

(ii) Sobre el sometimiento a arbitraje de las cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia y, en particular, las indemnizaciones de daños y perjuicios

68. Algunos miembros de la AEDC consideran que el sometimiento por las partes a arbitraje de las cuestiones relativas a la reclamación de daños y perjuicios por infracciones de Derecho de la competencia tiene importantes ventajas y podría paliar algunos de los problemas señalados.
69. Las partes en este tipo de asuntos podrían beneficiarse muy especialmente de la celeridad de los procedimientos arbitrales y de la especialización en cuestiones de competencia de los árbitros seleccionados al efecto. Aunque en última instancia podrían necesitar recurrir a los tribunales, lo cierto es que un procedimiento arbitral representa en muchos casos una solución más rápida, eficaz y, a la postre, económica, que los procedimientos judiciales.
70. En España sería incluso posible la actuación del TDC como órgano administrativo de arbitraje. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje¹⁰, recoge en su artículo 14 apartado 1, letra a) que podrá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de árbitros a las Corporaciones de Derecho público “que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia”.
71. Por su parte, la LDC en su artículo 25, letra g) reconoce la competencia del TDC para realizar “las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad que le encomienden

¹⁰ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

las leyes (...)"'. El Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del TDC¹¹, recoge igualmente la función arbitral de éste en el artículo 4, apartado 1, letra g).

En consecuencia, aunque hasta la fecha no se haya explotado la faceta arbitral del TDC, parece claro que existe dicha posibilidad, y que la misma se revela especialmente útil en los procedimientos de resarcimiento por daños y perjuicios. El Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 26, apartado f) incluye entre las funciones de la futura Comisión Nacional de Competencia "*[r]ealizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquéllas que le encomienden las leyes*".

72. Por estas razones, algunos miembros de la AEDC sugieren a la Comisión que incluya el impulso del arbitraje en el paquete de medidas que en su caso adopte un día para fomentar las reclamaciones civiles de daños y perjuicios.

¹¹ Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.