

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA IRRUMPE EN NUESTRO PROCESO CIVIL

El régimen de exhibición probatoria introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece al afectado por prácticas anticompetitivas la posibilidad de obtener los elementos de prueba con los que fundar su pretensión



Andoni DE LA LLOSA

Javier GARCÍA MARRERO

Abogado de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

Counsel de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca, Magistrado en excelencia

El pasado 27 de mayo se publicó en el BOE la ansiada trasposición de la denominada Directiva de Daños (la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014), cuyo plazo expiraba el 27 de diciembre de 2016.

Debemos recordar que la referida Directiva fue concebida por la Unión Europea como un instrumento para fomentar y armonizar la denominada «aplicación privada del derecho de la competencia» o, lo que es lo mismo, las reclamaciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos (cárteles, abusos de posición de dominio, etc.).

Dicho estímulo europeo resultaba de todo necesario ya que, por obvio que parezca, es importante reseñar que los damnificados por estas prácticas (ya sean consumidores o empresas) no obtienen ningún resarcimiento del perjuicio que hayan sufrido cuando se sanciona a los infractores. Las eventuales multas que se impongan, que se incluyen en la denominada «aplicación pública del derecho de la competencia», se destinan exclusivamente a engrosar el erario público.

Por tanto, la única vía que resta a aquellos damnificados por este tipo de prácticas es la de interponer una acción civil de reclamación de daños. Este tipo de acciones han tenido, hasta ahora, muy poca popularidad en España dadas las enormes trabas prácticas que implicaban y que

partían de una indefinición legal de la acción (¿extracontractual o contractual? ¿complementariedad con la aplicación pública del derecho de la competencia? ¿días a quo del plazo de prescripción?).

Y es aquí donde entra la Directiva, definiendo la acción y regulando sus aspectos procesales básicos con sumo detalle para ofrecer al damnificado una posibilidad real de obtener el resarcimiento del perjuicio que ha sufrido como consecuencia de una práctica anticompetitiva.

Uno de los principales escollos a los que tradicionalmente se han enfrentado este tipo de reclamaciones es la dificultad del damnificado/demandante para acceder a los medios de prueba que le permitan fundar su pretensión. El motivo resulta evidente: los medios de prueba que el demandante precisa en este tipo de procedimientos suelen estar en poder, bien del infractor y potencial demandado, bien de la autoridad de competencia que haya tramitado el expediente sancionador. A estos efectos, además, nuestro sistema de

DICHO ESTÍMULO ERA NECESARIO YA QUE LOS AFECTADOS NO OBTIENEN NINGÚN RESARCIMIENTO POR EL DAÑO SUFRIDO

diligencias preliminares ha demostrado ser excesivamente rígido como para poder ofrecer una solución real a este problema.

Remediar este gran inconveniente es de tal relevancia que el legislador ha optado por diferenciarlo del resto de elementos traspuestos, que han formado un nuevo título en la Ley de Defensa de la Competencia (el sexto), para crear una sección específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil que regule el acceso a las fuentes de prueba para este tipo de reclamaciones.

Esta decisión del legislador fue en un primer momento mucho más ambiciosa, pues en la primera propuesta de ley de trasposición de la Directiva de Daños, publicada por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, se preveía incluso que este novedoso sistema de exhibición probatoria fuera aplicable a todo tipo de reclamaciones y no sólo a las de daños derivados de infracciones anticompetitivas.

No obstante, finalmente se ha optado por una solución parecida a la alcanzada en materia de propiedad intelectual, limitando la reforma de los sistemas de acceso a la prueba a las acciones de una determinada materia. En consecuencia, al menos por ahora, sólo se podrán aprovechar de este nuevo procedimiento aquellos que pretendan interponer una acción de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia.

Antes de exponer lo que es este nuevo proceso de exhibición probatoria es preciso matizar lo que no es: no estamos ante un «discovery» a la americana. Por mucho que se facilite el acceso a las pruebas que obran en poder del demandado o potencial demandado, no estamos ante un proceso de exhibición completo como aquel del que gozan (o sufren, según las versiones) nuestros compañeros anglosajones.

Este nuevo sistema regula, en nada menos que 11 artículos, todo un procedimiento a través del cual un demandante o potencial demandante puede solicitar



la exhibición por parte del demandado, potencial demandado o por un tercero, de pruebas que obren en su poder y que se consideren necesarias para la viabilidad de una acción de daños derivados de ilícitos anticompetitivos que se esté tramitando o se vaya a tramitar. Dicha petición admite asimismo el sentido inverso: el demandado o potencial demandado también podrá requerir al demandante que exhiba determinadas pruebas para fundar su contestación y acreditar, por ejemplo, que el daño que se dice haber sufrido ha sido realmente repercutido a otro agente de la misma cadena de producción o al consumidor final.

En este sentido, la norma ofrece una lista numerus apertus de posible información que se puede requerir (en contraposición a lo que ocurre con las diligencias preliminares, que son tasadas) y que se concederá o no en función de si se considera que la petición es proporcionada. Otra divergencia de este régimen con las diligencias preliminares es que, a diferencia de lo que ocurre con éstas, en la nueva regulación se podrá eludir la prestación de caución, que sólo se acordará si se pide por el requerido y si el Tribunal lo considera necesario.

Para que nos hagamos una idea de la vocación expansiva de este nuevo procedimiento, basta con observar cómo la confidencialidad de la información solicitada no tiene por qué implicar ineludi-



blemente la denegación de dicha prueba, sino que la nueva regulación prevé la posibilidad de que ésta sea exhibida al solicitante empleando las medidas que se consideren necesarias para mantener la referida información con carácter reservado. Aquí nuevamente el legislador ofrece un elenco abierto de facultades que incluye, por ejemplo, la posibilidad de redactar una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte suprimiendo los pasajes relativos a la información confidencial.

También se podrá solicitar información que obre en el expediente sancionador que se tramite ante la autoridad de competencia oportuna (Comisión Europea o autoridades nacionales de competencia) si bien con ciertos matices como, por ejemplo, que se precisará que el expediente esté concluido.

Ahora bien, habrá determinada información que en ningún caso podrá ser exhibida. Además de aquella que viole el secreto profesional, nunca se podrá acordar exhibir (i) una solicitud de transacción efectuada por el infractor en un expediente sancionador o (ii) una declaración efectuada en el marco de un programa de clemencia. El sentido de esta última limitación salta a la vista: si cupiera la posibilidad de obtener mediante este procedimiento la información auto-inculpatoria aportada por un solicitante de clemencia se desalentaría la utilización de este pro-

ES UN ELEMENTO DISUASORIO DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS QUE PERJUDICAN A TODA LA SOCIEDAD

grama, que ha sido el principal causante del incremento exponencial del número de prácticas anticompetitivas desarticuladas tanto en España como en el resto de la Unión Europea en los últimos años.

Una vez interpuesta la solicitud de exhibición probatoria ante el tribunal competente, que será aquel que tramite el procedimiento si ya está en curso o aquel que lo tramitaría en su caso, se dará traslado de la petición al requerido y se convocará a las partes a una vista, tras la cual el tribunal dictará un auto estimando o no la solicitud.

En caso de estimarla, además del deber del peticionario de interponer la demanda en un plazo de 20 días si no lo ha hecho ya, la norma exige que la prueba obtenida

sólo pueda ser utilizada por el solicitante para dicho procedimiento y bajo las condiciones que el tribunal acuerde. El incumplimiento de estas premisas puede acarrear severas sanciones para el solicitante, que incluyen desde la desestimación directa de la acción por este único motivo hasta multas que pueden llegar a un millón de euros (lo cual nos resulta a priori totalmente desproporcionado).

Igualmente gravosas son las penalidades previstas para el caso de que sea el requerido quien incumpla con su deber de exhibir la prueba acordada. En estos casos, el requerido podrá ser tenido por confeso, por allanado o incluso se le podrán imponer multas de hasta 60.000 euros por día de retraso deliberado en el cumplimiento de lo acordado (nuevamente, medidas exageradas desde nuestro punto de vista).

Por último, el sistema de recursos frente a la resolución definitiva en este tipo de procedimientos también presenta determinadas singularidades como, por ejemplo, la posibilidad de interponer un recurso de reposición con efectos suspensivos o la particularidad de que, en caso de tratarse de una petición previa a la interposición de la demanda, la resolución definitiva pueda ser recurrible directamente en apelación, facultándose además en este caso al recurrente para que solicite la suspensión cautelar de la medida acordada.

En definitiva, a falta de constatar su aplicación en la práctica, el régimen de exhibición probatoria introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil parece adecuado para ofrecer al afectado por prácticas anticompetitivas la posibilidad de obtener los elementos de prueba con los que fundar su pretensión. ¿Se replicará este procedimiento de exhibición probatoria para todo tipo de acciones, tal y como se preveía inicialmente en el proyecto de trasposición? Puede que nuestro legislador esté caminando en esa dirección, aunque cualquier conclusión al respecto por ahora es más que precipitada.

Por el momento, sin duda esperamos que esta reforma, junto con las otras provenientes de la Directiva de Daños y traspuestas en la Ley de Defensa de la Competencia, suponga un incremento significativo de este tipo de reclamaciones y, por ende, un nuevo elemento disuasorio para llevar a cabo prácticas anticompetitivas que, no podemos olvidarlo, perjudican en última instancia a toda la sociedad.

Para bien o para mal, nuestra previsión será contrastable en el corto plazo, ya que según el régimen transitorio previsto por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, este procedimiento de exhibición probatoria se encuentra ya en vigor, por lo que esperamos obtener muy pronto los primeros pronunciamientos judiciales al respecto.