

SÍLVIA GÓMEZ TRINIDAD
(Dir.)
LLUÍS CABALLOL ANGELATS
(Coord.)

**RESARCIMIENTO
DE DAÑOS POR INFRACCIÓN
DE LAS NORMAS
CONCURRENCIALES
EN EL REAL DECRETO-LEY
9/2017 DE TRANSPOSICIÓN
DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE**

Prólogo de
Sílvia Gómez Trinidad

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2020

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| PRÓLOGO , por <i>Sílvia Gómez Trinidad</i> | 7 |
| ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA , por <i>Teresa Franquet Sugrañes</i> | 11 |
| Antecedentes directos..... | 11 |
| Análisis del precepto..... | 11 |
| Jurisprudencia..... | 14 |
| Bibliografía..... | 14 |
| ARTÍCULO 71 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA , por <i>María Asunción Gual Dalmau</i> | 15 |
| Antecedentes directos..... | 15 |
| Análisis del precepto..... | 16 |
| 1. Infracciones del Derecho de la competencia que permiten ejercer acciones de reclamación de daños..... | 17 |
| 2. Infractores de las normas de Derecho de la competencia..... | 17 |
| Jurisprudencia..... | 19 |
| Bibliografía..... | 19 |
| ARTÍCULO 72 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA , por <i>María Asunción Gual Dalmau</i> | 21 |
| Antecedentes directos..... | 22 |
| Análisis del precepto..... | 23 |
| 1. Daños punitivos y sobrecompensación..... | 25 |
| 2. Legitimación activa..... | 26 |

| | Pág. |
|--|------|
| Jurisprudencia..... | 27 |
| Bibliografía..... | 27 |
| ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Cristina Roy Pérez</i> | 29 |
| Antecedentes directos..... | 30 |
| Análisis del precepto | 31 |
| Jurisprudencia..... | 34 |
| Bibliografía..... | 34 |
| ARTÍCULO 74 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Teresa Franquet Sugrañes</i> | 35 |
| Antecedentes directos..... | 36 |
| Análisis del precepto | 36 |
| Jurisprudencia..... | 41 |
| Bibliografía..... | 42 |
| ARTÍCULO 75 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Sílvia Gómez Trinidad</i> | 43 |
| Antecedentes directos..... | 44 |
| Análisis del precepto | 47 |
| Jurisprudencia..... | 53 |
| Bibliografía..... | 53 |
| ARTÍCULO 76 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Cristina Roy Pérez</i> | 55 |
| Antecedentes directos..... | 56 |
| Análisis del precepto | 56 |
| Jurisprudencia..... | 60 |
| Bibliografía..... | 61 |
| ARTÍCULO 77 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por M.^a Concepción Hill Prados</i> | 63 |
| Antecedentes directos..... | 64 |
| Análisis del precepto | 65 |
| Bibliografía..... | 67 |
| ARTÍCULO 78 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Pablo Miguel Garrido Pérez</i> | 69 |
| Antecedentes directos..... | 70 |
| Análisis del precepto | 70 |

| | Pág. |
|---|------|
| 1. Delimitación de la naturaleza de los daños ocasionados por sobre-costes..... | 71 |
| 2. La defensa <i>passing-on</i> | 72 |
| Jurisprudencia..... | 74 |
| Bibliografía..... | 74 |
| | |
| ARTÍCULO 79 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Teresa Franquet Sugrañes</i> | 77 |
| Antecedentes directos..... | 78 |
| Análisis del precepto..... | 79 |
| Jurisprudencia..... | 81 |
| Bibliografía..... | 81 |
| | |
| ARTÍCULO 80 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Sílvia Gómez Trinidad</i> | 83 |
| Antecedentes directos..... | 84 |
| Análisis del precepto..... | 84 |
| Jurisprudencia..... | 88 |
| Bibliografía..... | 88 |
| | |
| ARTÍCULO 81 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por M.ª Concepción Hill Prados</i> | 91 |
| Antecedentes directos..... | 91 |
| Análisis del precepto..... | 92 |
| Bibliografía..... | 92 |
| | |
| ARTÍCULO 283 BIS A) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Lluís Caballol Angelats</i> | 95 |
| Antecedentes directos..... | 97 |
| Análisis del precepto | 97 |
| 1. Aproximación al concepto de medidas de acceso a las fuentes de prueba..... | 97 |
| 2. Ámbito de vigencia y régimen jurídico..... | 98 |
| 3. La solicitud de acceso a las fuentes de prueba | 99 |
| 3.1. Legitimación | 99 |
| 3.2. Contenido de la solicitud | 100 |
| 4. Los requisitos de las medidas de acceso solicitadas. La proporcionalidad..... | 103 |
| Jurisprudencia..... | 106 |
| Bibliografía..... | 106 |

| | Pág. |
|---|---------|
| ARTÍCULO 283 BIS B) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Lluís Caballol Angelats</i> | 109 |
| Antecedentes directos..... | 110 |
| Análisis del precepto | 110 |
| 1. Regla general de accesibilidad a la información confidencial..... | 110 |
| 1.1. Excepciones a la regla de acceso | 111 |
| 2. Datos o información confidencial objeto de las medidas de acceso..... | 112 |
| 3. Medidas de protección de la información confidencial | 113 |
| Jurisprudencia..... | 114 |
| Bibliografía..... | 115 |
| ARTÍCULO 283 BIS C) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Noemí Jiménez Cardona</i> | 117 |
| Antecedentes directos..... | 117 |
| Análisis del precepto | 118 |
| Jurisprudencia..... | 119 |
| Bibliografía..... | 119 |
| ARTÍCULO 283 BIS D) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Mariona Falcón Figuerola</i> | 121 |
| Antecedentes directos..... | 122 |
| Análisis del precepto | 122 |
| 1. Tribunal competente para conocer de las medidas de acceso a fuentes de prueba | 122 |
| 2. La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer sobre la reclamación por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia..... | 123 |
| 3. La competencia territorial de los tribunales españoles para conocer sobre la reclamación por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia..... | 124 |
| 4. La declinatoria en las medidas de acceso a fuentes de prueba en procedimientos de reclamación por daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia | 126 |
| Jurisprudencia..... | 127 |
| Bibliografía..... | 127 |
| ARTÍCULO 283 BIS E) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Lluís Caballol Angelats</i> | 129 |
| Antecedentes directos..... | 130 |
| Análisis del precepto | 130 |
| 1. Momento para la solicitud | 130 |

| | Pág. |
|---|------|
| 1.1. Solicitud de medidas anterior a la presentación del proceso. | 130 |
| 1.2. Plazo de veinte días de presentación de la demanda..... | 131 |
| 1.3. Consecuencias de la no presentación de la demanda en el plazo establecido..... | 131 |
| a) Consecuencias imponibles de oficio..... | 131 |
| b) Consecuencias adoptables a instancia de parte | 132 |
| c) Posibilidad de iniciar el proceso tardíamente | 133 |
| 2. Solicitud de las medidas pendiente el proceso | 133 |
| Jurisprudencia..... | 134 |
| Bibliografía..... | 134 |
| ARTÍCULO 283 BIS F) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Lluís Caballol Angelats</i> | 135 |
| Antecedentes directos..... | 136 |
| Análisis del precepto | 136 |
| 1. La vista..... | 137 |
| 2. La resolución | 138 |
| 3. Las costas..... | 138 |
| 4. Recursos..... | 138 |
| Jurisprudencia..... | 139 |
| Bibliografía..... | 139 |
| ARTÍCULO 283 BIS G) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Lluís Caballol Angelats</i> | 141 |
| Antecedentes directos..... | 142 |
| Análisis del precepto | 142 |
| 1. Constitución de la caución con carácter previo a la práctica de las medidas | 142 |
| 2. La puesta en práctica de las medidas..... | 142 |
| 3. Terminación de la práctica de las diligencias | 143 |
| Jurisprudencia..... | 144 |
| Bibliografía..... | 144 |
| ARTÍCULO 283 BIS H) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Noemí Jiménez Cardona</i> | 145 |
| Antecedentes directos..... | 146 |
| Análisis del precepto | 146 |
| Jurisprudencia..... | 147 |
| Bibliografía..... | 148 |

| | Pág. |
|---|---------|
| ARTÍCULO 283 BIS I) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Cristina Roy Pérez</i> | 149 |
| Antecedentes directos | 151 |
| Análisis del precepto | 151 |
| Jurisprudencia..... | 154 |
| Bibliografía..... | 154 |
| ARTÍCULO 283 BIS J) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Noemí Jiménez Cardona</i> | 157 |
| Antecedentes directos..... | 158 |
| Análisis del precepto | 158 |
| Jurisprudencia..... | 159 |
| Bibliografía..... | 159 |
| ARTÍCULO 283 BIS K) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, <i>por Mariona Falcón Figuerola</i> | 161 |
| Antecedentes directos..... | 162 |
| Análisis del precepto | 162 |
| 1. Las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba | 162 |
| 2. Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso en las fuentes de prueba..... | 163 |
| 3. El incumplimiento grave y no grave de las obligaciones de confi- dencialidad y uso de las fuentes de prueba..... | 165 |
| 4. La sustanciación de la solicitud de medidas por incumplimiento de la confidencialidad | 166 |
| 5. La obligación de la confidencialidad y la acción de responsabili- dad penal por desobediencia a la autoridad judicial | 167 |
| Bibliografía..... | 167 |
| APARTADOS 2 Y 3 DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, <i>por Teresa Fran- quet Sagrañes</i> | 169 |
| Antecedentes directos..... | 172 |
| Análisis del precepto | 172 |
| Jurisprudencia..... | 175 |
| Bibliografía..... | 175 |
| DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DEL REAL DECRETO-LEY 9/2017, <i>por Silvia Gómez Trinidad</i> | 177 |
| Análisis del precepto | 178 |

| | Pág. |
|---|---------|
| DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL REAL DECRETO- LEY 9/2017, por Sílvia Gómez Trinidad | 179 |
| Antecedentes directos | 180 |
| Análisis del precepto | 183 |
| Jurisprudencia..... | 184 |
| Bibliografía..... | 185 |
| DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DEL REAL DECRETO- LEY 9/2017, por Teresa Franquet Sagrañes | 187 |
| Análisis del precepto | 188 |
| Jurisprudencia..... | 191 |
| Bibliografía..... | 192 |
| ANEXO I. BIBLIOGRAFÍA GENERAL NO CITADA A LO LARGO DE LA OBRA | 193 |
| ANEXO II . DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PAR- LIAMENT AND OF THE COUNCIL | 195 |

PRÓLOGO

Los pronunciamientos Courage (2001) y Manfredi (2006) emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea supusieron la preparación y desarrollo por parte de la Comisión Europea de los libros verde y blanco sobre acciones judiciales por daños derivados de la infracción de los arts. 81 y 82 del TCE. Su objetivo fue introducir el acervo comunitario existente en la materia, en concreto, en el reconocimiento a la plena compensación económica de los perjudicados por una conducta anticompetitiva mediante el respeto a los principios de efectividad y equivalencia en el ejercicio de acciones judiciales por daños en sede interna.

El planteamiento de partida era alcanzar ese objetivo con un sistema de medidas efectivas y homogéneas aplicables en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sistema que debería ser respetuoso con las diferentes tradiciones jurídicas de la Unión Europea y sin interferencias en la aplicación de las normas de competencia por parte de las Autoridades Nacionales de Competencia y la CE.

La culminación normativa de estos trabajos legislativos llegó con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349, de 5 de diciembre de 2014). A pesar de introducir unas medidas novedosas tanto de ámbito sustantivo como procesal, el legislador comunitario dejó al margen de su contenido la delimitación de un sistema de cuantificación del daño o la fijación de un sistema de acciones colectivas, postergado a una ulterior regulación con un carácter más transversal. No obstante estas exclusiones, no es menos cierto que sin este texto legal sería aún más complejo, si cabe, el ejercicio de los derechos subjetivos que reconoce el Derecho europeo.

Tras los trabajos elaborados por la Sección Especial para la Transposición de la Directiva 2014/104/UE de la Comisión General de Codificación para la transposición, el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en el ámbito financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE de 27 de mayo de 2017), incorpora la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico en sus arts. 3 y 4, junto con las disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª y la disposición transitoria 1.ª

El Real Decreto-ley modifica dos cuerpos legales, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, se ve modificada con la introducción de un Título VI que bajo la rúbrica De la compensación de daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la denominada «defensa passing-on» o de repercusión de los sobrecostes y su prueba; regula, en especial, la responsabilidad civil por daños por las infracciones de las normas concurrenciales y prueba de la cuantificación de daños, entre otros. Junto a la anterior modificación incluida en el Título VI se reconoce una atenuante cualificada en la sanción administrativa cuando los infractores hayan resarcido el daño causado en el art. 64 LDC, añadiendo una disposición adicional que incluye, de nuevo, un conjunto de definiciones acordes con el resarcimiento de daños en sede concurrencial.

Por su parte, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se ha visto modificada por la introducción de un sistema del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación por daños por infracción del Derecho de la competencia. El art. 283 bis representa la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de acceso a fuentes de prueba, novedoso en la materia, si bien protegido con diversas cautelas que pasan por el acceso limitado a cierta documentación, el momento de solicitud de acceso y su procedimiento hasta la delimitación de las reglas de confidencialidad que deben seguirse en este trámite procesal. Finalmente, cierran el texto de la transposición dos disposiciones adicionales y una transitoria que regulan la aplicación territorial y el régimen transitorio del Real Decreto-ley junto con la introducción de los principios de efectividad y equivalencia europeos para su aplicación como garantía de los derechos subjetivos de los perjudicados en procedimientos como los descritos.

La obra que presentamos efectúa un análisis de cada uno de los preceptos integrantes de la norma de transposición. La estructura sistemática seguida en la obra revisa los antecedentes directos y efectúa un análisis de cada precepto transpuesto, compila jurisprudencia de ámbito comunitario y español relevante por precepto, y junto a los anteriores apartados, se presenta una enumeración bibliográfica vinculada a cada precepto en particular, si la hubiere. Al cuerpo de la obra se han añadido dos anexos, un primer anexo que contiene bibliografía más general publicada hasta la

fecha de cierre de la obra sobre la transposición y un segundo anexo en el que se recoge la versión inglesa del texto de la Directiva 2014/104/UE. El objetivo general de esta obra pasa por ubicar al lector en el estado de la cuestión que cada precepto plantea y la posible problemática que algunos artículos suscitan. Si bien ciertos preceptos aún no se han aplicado en la práctica judicial, otros generan una problemática que no es menor, tales como el art. 71 LDC con la extensión de la responsabilidad de matrices a filiales no declaradas infractoras o el art. 74 LDC sobre el cálculo del plazo de prescripción para el ejercicio de una acción judicial por daños, por cuanto ambos preceptos ya han sido objeto de solicitudes de decisión prejudicial ante el TJUE por órganos jurisdiccionales nacionales de distintas instancias. Baste citar que se han elevado otras decisiones prejudiciales vinculadas a la propia transposición en materia de competencia territorial y exhibición de pruebas.

La presente obra colectiva forma parte integrante del proyecto Guidelines for Spanish Judges on damages actions on Competition infringements under a Comparative perspective (GUIDAM-COMP) incardinado en el Programa de formación a jueces nacionales en Derecho de la Competencia de la UE, concesión HT.5115 2018-2020, cofinanciado por la Comisión Europea dentro del Justice Programme 2014-2020 y en el que participan la Universitat de Barcelona y la Universität Augsburg. La obra que se presenta es una de las diversas acciones desarrolladas en el marco de este proyecto de ámbito europeo y ha sido redactada por varios miembros del proyecto GUIDAM-COMP.

Finalmente me gustaría expresar mi agradecimiento personal a los autores y al coordinador de la obra por el esfuerzo llevado a cabo y por las aportaciones realizadas en un año extremo como es el 2020.

Dra. Sílvia GÓMEZ TRINIDAD
Profesora agregada Serra Húnter
Universitat de Barcelona

ARTÍCULO 64 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Teresa FRANQUET SUGRAÑES
Profesora agregada del área de Derecho
Mercantil del Departamento de Derecho
Privado, Procesal y Financiero de la Universitat
Rovira i Virgili

Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones¹.

3. *Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:*

[...]

c) [...]

«Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución».

Antecedentes directos. El precepto carece una provisión equivalente en la Directiva 2014/104/UE.

Análisis del precepto. En materia de régimen sancionador en Derecho de la competencia, cabe destacar la cuestión relativa a la cuantificación de las sanciones en Derecho de la competencia. El tema de las sanciones es

¹ Texto de la Directiva 2014/104/UE relacionado con el artículo comentado:

«Art. 18. Efecto suspensivo de la solución extrajudicial de controversias y otros efectos.

3. Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial».

ciertamente relevante pues una adecuada fijación de las sanciones debería contribuir de forma eficaz a evitar o, cuando menos, reducir este tipo de conductas. Es decir, las sanciones deben desempeñar un efecto disuasorio. A la vez, la sanción propicia la reparación en cuanto tiene en cuenta, entre otros aspectos, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos [art. 64.1.e) LDC] o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción [art. 64.1.f) LDC]. De manera que los criterios para determinar el importe de las sanciones que recoge el art. 64 LDC se basan en el daño real causado por la infracción. En definitiva, se persigue que las sanciones resulten proporcionales y suficientemente disuasorias.

La interpretación de los criterios para determinar las sanciones ha sido recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Entre ellas, destaca la de 29 de enero de 2015, donde el Tribunal Supremo recoge los criterios que ha de seguir la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en la fijación de sanciones por violación de las normas de competencia. No se trata en este comentario de analizar la interpretación de este criterio por parte del Tribunal Supremo ni de entrar en el debate surgido a raíz de las sentencias del TJUE sobre el principio de legalidad sancionadora, pero sí consideramos necesario hacer esta breve referencia a esta controversia ya surgida con anterioridad a la modificación de este precepto.

La novedad introducida por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, que nos interesa en este comentario se centra el párrafo 2.º de la letra c) del apartado 3 del art. 64 LDC. El inciso se encuadra en el apartado de las circunstancias atenuantes que deberán ser tenidas en cuenta para la determinación del importe de las sanciones. Es en este contexto en el que se considera atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución. Este tipo de medida había sido reclamada con carácter previo a la aprobación de la Directiva con el fin de promover la competencia y propiciar soluciones de carácter extrajudicial. En este sentido, se puede destacar el apartado 4 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2006/2207(INI)], donde se pedía que, «en el caso de que la parte que supuestamente ha infringido las normas de competencia sostenga y pruebe que los daños han sido compensados antes de la conclusión de los procedimientos, esto podría ser considerado como una circunstancia atenuante a la hora de fijar el importe de la indemnización».

En este sentido, la modificación normativa permite rebajar el importe de la sanción a aquellos infractores que contribuyan a reparar el daño en un momento previo a la resolución. De manera que habrá que valorar si esta circunstancia concurre en relación con cada una de las empresas responsables.