



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Goya 29, 7º pl., 28001 Madrid
www.aedc.es

OBSERVACIONES DE LA AEDC SOBRE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014, RELATIVA A DETERMINADAS NORMAS POR LAS QUE SE RIGEN LAS ACCIONES POR DAÑOS EN VIRTUD DEL DERECHO NACIONAL, POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE LA UNIÓN EUROPEA

(Propuesta de ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la transposición de la Directiva 2014/104/UE sobre daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia)

Madrid, a 10 de enero de 2017

Observaciones generales

1. El pasado 21 de diciembre de 2016 el Ministerio de Justicia sometió a consulta pública, a través de su sitio web, y de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (la “Directiva” o la “Directiva 2014/104”) El plazo concedido para presentar observaciones expira el 11 de enero de 2017.
2. Dada la trascendencia que la adaptación del Derecho español a la Directiva 2014/104 representa en la futura aplicación de la normativa de la competencia española y de la Unión Europea (la “Unión” o la “UE”) en nuestro ordenamiento, la Asociación Española para la Defensa de la Competencia (la “AEDC”) ha encargado a un Grupo de Trabajo¹ que prepare unos comentarios de urgencia a la consulta pública del Ministerio de Justicia.
3. Al objeto de que nuestras observaciones revistan la máxima utilidad, los comentarios siguen el orden del articulado de la Propuesta de ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la transposición de la Directiva 2014/104/UE sobre daños derivados de

¹ El Grupo de Trabajo ha sido coordinado por Sergio Baches Opi y han formado parte del mismo, por orden alfabético, por Marcos Araujo, Sergio Baches Opi, Helmut Brokelmann, Pedro Callol, Agustín Capilla, Eduardo Gómez de la Cruz, Íñigo Igartua, Jorge Manzarbeitia y Patricia Vidal.

infracciones del Derecho de la Competencia (la “PL”), disponible en el siguiente vínculo de la página web del Ministerio de Justicia:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>

4. Estos comentarios recogen las opiniones de los integrantes de dicho Grupo de Trabajo, sin que pueda deducirse que representan la posición unánime de los mismos, ni de la propia AEDC. Como en anteriores observaciones presentadas por la AEDC a diversos proyectos normativos o comunicaciones de Derecho indicativo en España y de las Instituciones de la Unión Europea, su objetivo es facilitar al Ministerio responsable de la trasposición, y en última instancia al Legislador, un conjunto de reflexiones imparciales con el ánimo de contribuir a una mejor trasposición de la Directiva 2014/104 en nuestro ordenamiento. Nuestros comentarios se realizan desde el máximo respeto a los miembros de la Comisión General de Codificación que han intervenido en la preparación de la PL.
5. **La AEDC se reserva la posibilidad de presentar observaciones al Anteproyecto de Ley que en su momento se publique cuando sea sometido a consulta pública.**

Objeto de la consulta pública

6. Según la comunicación del Ministerio de Justicia, el objeto concreto de la consulta pública es recabar la opinión de los grupos de interés potencialmente afectados por la futura norma de trasposición acerca de:
 - a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
 - b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
 - c) Los objetivos de la norma.
 - d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.
7. Respecto del objeto específico de la presente consulta, la AEDC desea manifestar preliminarmente lo siguiente:
8. a) los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa son los indicados en la Directiva 2014/104 traspuesta, es decir, **se pretende lograr una armonización legislativa adecuada para la correcta reparación de los daños y perjuicios por ilícitos *antitrust* a nivel paneuropeo;**
9. b) **es necesaria la aprobación por imperativo legal del Derecho de la Unión Europea,** al ser preciso adaptar la normativa nacional para que sea conforme con la Directiva 2014/104;
10. c) y d) los objetivos de las reformas legales que se va a abordar tienen una doble vertiente, material y procesal, que es preciso abordar mediante la cuidadosa reforma de las normas materiales de defensa de la competencia, y adjetivas o procesales de enjuiciamiento civil. A este respecto, la AEDC entiende que no sería suficiente plantear una reforma únicamente de la **Ley 15/2007, de 3 de julio,** de Defensa de la Competencia (la “LDC”), debiendo realizarse también la oportuna **reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la “LEC”).** Debería descartarse, por tanto, cualquier proyecto o idea de reforma que no aborde los problemas planteados desde una perspectiva legislativa global.

OBSERVACIONES DE LA AEDC A LA PROPUESTA DE LEY DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

(Modificación de la Ley 15/2017, de Defensa de la Competencia y de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)

Nuestros comentarios siguen la estructura de la PL. En primer lugar se comentan algunos aspectos del artículo 1 de la PL (Sección A), posteriormente del artículo 2 (Sección B), y seguidamente las disposiciones adicionales, derogatoria y transitoria (secciones C, D, E y F). Asimismo, hemos incluido un apartado final de carácter general en el que se incluyen algunos comentarios adicionales sobre la trasposición de la Directiva (Sección G).

A. Artículo 1 de la PL. Reforma de la Ley 15/2007

11. **Artículo 71.1 LDC (“Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”):**
12. Este precepto parece introducir una responsabilidad objetiva para demandas de daños basadas en infracciones del Derecho de la competencia. Si este es el caso, no es evidente que ello sea intencional, pues nada se dice en el Preámbulo de la PL.
13. En cualquier caso, debemos resaltar que la Directiva no obliga a ello (ver el Considerando 11), y, además, la responsabilidad objetiva es una figura muy excepcional que se justifica para actividades peligrosas (por ejemplo, centrales nucleares), por lo que no parece que esté justificada para este tipo de demandas.
14. A fin de evitar cualquier equívoco debería añadirse en el artículo 71.1 PL que sólo serán responsables de resarcir el perjuicio causado aquellos que hayan cometido una infracción intencionada o negligente o, en su defecto, la norma puede, alternativamente, remitirse al artículo 1.902 CC (“en los términos del art. 1.902 CC”). Esta postura ofrece una solución coherente desde un punto de vista sistemático con lo dispuesto por el artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “LDC”), cuando únicamente faculta a la CNMC a imponer multas en casos de infracciones de los artículos 1 a 3 de la LDC o 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) cometidas “deliberadamente o por negligencia”.
15. Asimismo, es necesario clarificar el ámbito de aplicación del artículo 71.1, pues este precepto, leído en conjunción con la definición de “Derecho nacional de la competencia” introducida en la Disposición adicional tercera, punto 3, de la PL, parece excluir de su ámbito de aplicación las demandas de daños basadas en artículo 3 LDC. Sin embargo, en el artículo 5.2.b) de la de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC faculta a la CNMC para presentar informes a requerimiento de los órganos jurisdiccionales competentes sobre los criterios de cálculo de las indemnizaciones solicitadas a los infractores de los artículos 1, 2, y también 3, de la LDC, y semejante redacción nos encontramos en el artículo 76.4 de la PL. Según algunos miembros del Grupo de Trabajo, no habiendo unanimidad en este sentido, la no aplicación de la PL a las acciones basadas en el artículo 3 de la LDC parece correcta, puesto que las acciones fundamentadas en infracciones a la Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal ya están recogidas en su artículo 32.

16. **Artículo 71.2 LDC:**
17. La presunción de imputación a “empresas que controlan” es insuficiente porque no incluye todas las sociedades de la unidad económica (faltan sociedades aguas abajo y hermanas). Por lo tanto, debería precisarse mejor la responsabilidad de las empresas o personas que controlan al infractor, por ejemplo con una referencia al concepto de “grupo” de “empresas” en la jurisprudencia del TJUE.
18. En este sentido, es relevante recordar que la jurisprudencia de los tribunales de la UE solo establecen una presunción *iuris tantum* de responsabilidad de la sociedad matriz de control por el ilícito de competencia cometido por la sociedad filial cuando aquella es titular al 100% del capital social de esta última o es titular de un porcentaje muy cercano al 100%. En los demás casos, corresponde a la autoridad de competencia la carga de la prueba de que la filial sigue en esencia las instrucciones de su matriz y que su comportamiento comercial viene determinado por esta última. Trasladando estos principios al ámbito del resarcimiento de los daños por responsabilidad extracontractual, procedería que la presunción que se propone en este artículo 71.2 de la LDC solo se aplique a los casos de control al 100% del capital social de la filial, debiendo, en los restantes casos, acreditar el demandante que la filial seguía en esencia las instrucciones de la sociedad matriz.
19. Sería también conveniente ajustar la terminología que se emplea para rebatir los casos de la presunción. De hecho, la referencia a la posibilidad de rebatir la presunción cuando se acredita que el “comportamiento económico” de la filial no venga determinado por alguna de las sociedades que la controlan puede ser confusa. El test desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales de la UE se refiere a la autonomía en la determinación del “comportamiento comercial” de la filial. Sería conveniente alinear la terminología y los conceptos para evitar situaciones incoherentes e inseguridad jurídica.
20. Sin perjuicio del anterior comentario, a juicio de algunos miembros del Grupo de Trabajo, la propuesta de transposición va más allá de lo que exige la Directiva e introduce un régimen especial y atípico para las reclamaciones de daños por infracciones de Derecho de la competencia que no existe en otros ámbitos de responsabilidad extracontractual y no parece justificada. Salvo en los casos excepcionales de levantamiento del velo (artículo 7 del CC, que requiere un abuso de la buena fe), las sociedades matrices no responden de los daños derivados de las infracciones cometidas por las sociedades controladas -incluso en los casos en los que indirectamente se pueden beneficiar del ilícito (por ejemplo, a través de la consolidación de cuentas con la filial) y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de responsabilidad corporativa es muy estricta en este punto.
21. Cuestión distinta es que se declare tanto a la sociedad matriz que controla como a la filial responsables solidarios de la infracción de la normativa de competencia y se prevea la posible reclamación de los daños ocasionados por la infracción tanto a la matriz como a la filial. En este supuesto la matriz no respondería por una infracción ajena, sino por una infracción propia. De hecho, en el ámbito de la UE, cuando la Comisión Europea o los tribunales de la UE declaran solidariamente responsables a las matrices del pago de las multas de sus filiales por infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE, también las declaran solidariamente responsables de la infracción. En estos casos, conforme al sistema general de responsabilidad extracontractual del CC, no sería necesario adoptar ninguna disposición *ad hoc* para permitir la reclamación de los daños y perjuicios a la sociedad controladora por el ilícito de competencia.

Por lo tanto, el artículo 71.2 de la LDC sería superfluo y se sugiere su supresión por ser redundante.

22. Si, por el contrario, lo que se pretende es realmente establecer una excepción al régimen general de responsabilidad civil y permitir el levantamiento del velo en casos en los que la sociedad controladora no es responsable (ni individualmente ni de forma solidaria con su filial) del ilícito de competencia, sería importante reflexionar sobre las incoherencias que dicho régimen excepcional podría acarrear y sobre posibles alternativas:
23. - Incoherencias: podría darse el caso de una acción de reclamación de daños consecutiva o “follow on”, precedida por una resolución vinculante de la CNMC en la que única y exclusivamente se declaran responsables de la infracción a determinadas sociedades y no se mencionan a las sociedades que las controlan (ni siquiera a efectos de declararlas solidariamente responsables del pago de la multa de la filial) o se las menciona pero quedan expresamente excluidas de cualquier responsabilidad y del pago de la sanción (por ejemplo, porque la sociedad controladora adquirió el control de la sociedad infractora escasos meses antes de que finalizase la infracción). En estos casos, sería incoherente que, habiéndose excluido la responsabilidad de las sociedades controladoras de la comisión de la infracción de competencia, se las pueda hacer responsables posteriormente por la vía civil del pago de los daños y perjuicios derivados de una infracción ajena.
24. - Posibles alternativas: podría articularse un sistema parecido al establecido en el artículo de la 34.1 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prevé la posibilidad de ejercer acciones contra cualquier sociedad de un grupo de empresas que *“haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización”*.
25. **Artículo 73.1 LDC (“Responsabilidad conjunta y solidaria”)**:
26. Debería aclararse, para evitar interpretaciones en contrario, que las personas a quienes es imputable la actuación del infractor según el artículo 71.2 formarán también parte del círculo de responsables solidarios, con todas las consecuencias que ello conlleva. Entendemos que es el sentido correcto que hay que dar al artículo 71.2 para que tenga un efecto útil. En todo caso, el apartado 73.1 es superfluo, ya que si se ha declarado solidariamente responsable de la infracción a una sociedad del grupo el régimen general de responsabilidad civil permitiría ejercer acciones de resarcimiento por los daños causados contra dicha sociedad y su filial, indistintamente.
27. **Artículo 73.2 LDC**:
28. Aunque en este punto, la PL se limita a trasponer literalmente la Directiva 2014/104, entendemos que su redacción debería mejorarse añadiendo el término “proveedores” frente a quien el infractor también ha de ser responsable, a pesar de que la Directiva 2014/104 (y la PL) sólo se refiere a compradores. Cuando se trata de un cártel en el lado de la demanda, los partícipes responden ante sus proveedores.
29. Proponemos, pues, modificar la redacción de este precepto de la siguiente forma: *“~~sólo~~ no será responsable más que ante sus propios compradores o proveedores directos e indirectos en el caso de que:...”*.

30. Sin embargo, otros miembros del Grupo de Trabajo entienden que procedería aclarar que en todo caso la empresa será responsable frente a los “proveedores”, aunque no se cumplan los supuestos de los apartados (a) y (b) del artículo 73.2, porque la Directiva 2014/104 (y la PL) sólo se refiere a una excepción que limita la responsabilidad frente a los clientes, de modo que frente a los proveedores no debería aplicarse ninguna excepción.
31. Desde esta perspectiva, se propone modificar la redacción de este precepto de la siguiente forma: *“solo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que:... **La excepción prevista en el apartado anterior no será aplicable a lo supuestos de responsabilidad frente a los proveedores, siendo aplicable el régimen general en este último caso**”*.
32. **Artículo 73.5 LDC:**
33. Aunque en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual no se prevén disposiciones específicas para repercutir entre los responsables solidarios la indemnización abonada, algunos miembros del Grupo de Trabajo plantean la cuestión de si pudiera ser oportuno incluir en este precepto algunos criterios de reparto de la compensación entre responsables solidarios más allá de la “responsabilidad relativa” a la que se alude en el precepto tal y como está redactado en la PL.
34. Cabría preguntarse si el precepto se refiere en términos objetivos a la cuota de cada infractor en el volumen de bienes o servicios afectados por la infracción o comprende posibles elementos subjetivos, como los que se consideran relevantes en el ámbito sancionador (por ejemplo, coerción para que las empresas participen en el ilícito, ser el coordinador o líder del cártel, etc.). En este sentido, y al objeto de facilitar la recuperación de los daños, cabría la posibilidad de valorar que la compensación se fije inicialmente en proporción a las ventas de cada parte en el mercado afectado por la conducta por el tiempo en que se mantuvo ésta, sin perjuicio de poder modular caso por caso la compensación en función de otros aspectos que deberían concretarse en la propia Ley.
35. Otros miembros del Grupo de Trabajo han apuntado que no es necesario incluir esos criterios de reparto y ello fundamentalmente por dos razones: (i) primero, porque lo único que podría incluirse sería un listado ejemplificativo, pero no exhaustivo; y (ii) **parece innecesario, pues ya contamos con reglas en nuestro Derecho Civil que prevén la posibilidad de repetición “en la parte que a cada uno corresponda” (vid. artículos. 1145 y 1210.3 del Código civil).**
36. **Artículo 74 LDC (“Plazo para el ejercicio de las acciones de daños”):**
37. Este precepto acoge como plazo de prescripción de la acción de daños el mínimo exigido por la Directiva 2014/104, es decir, cinco años. Si bien esta opción no nos parece inadecuada, algún miembro del Grupo de Trabajo se plantea si es adecuado mantener el plazo de prescripción de cinco años para las acciones de responsabilidad contractual del artículo 1.964.2 CC, cuando en estos supuestos el plazo debería ser más largo.
38. **Artículo 74.2.b) LDC:**
39. **Dejar el inicio del cómputo del plazo de prescripción a que el demandante conozca o haya podido conocer “el perjuicio ocasionado por la citada infracción” puede plantear problemas**

para la fijación del *dies a quo*. Sería preferible usar la expresión de la Directiva 2014/104 “que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio”.

40. **Artículo 74.4 LDC:**

41. El hecho de que se interrumpa el plazo puede chocar con lo establecido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (“**Ley de Mediación**”) que, en su artículo 4, establece que el plazo de prescripción de acciones se suspenderá (*i.e.* no se interrumpirá) en el caso de que se inicie un procedimiento de mediación. En este sentido, el preámbulo de la Ley de Mediación señala al respecto que “*Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseado*”. En atención a lo anterior, vemos un punto de fricción entre el texto de la Propuesta y la Ley de Mediación, que se debería tener en cuenta en la transposición. Para preservar el propósito de la Ley de Mediación, podría optarse en el artículo 74.4 LDC porque el plazo se suspenda en caso de iniciación de un procedimiento de mediación.

42. **Artículo 74.3 LDC**

43. Convendría precisar el concepto “iniciar una investigación”. ¿La apertura de una información reservada por parte de la autoridad de competencia -por ejemplo realizando inspecciones por sorpresa en la sede de varias empresas- interrumpe la prescripción, aunque no vaya seguida de la incoación formal de un procedimiento sancionador? ¿A qué autoridades de competencia se alude? ¿Solo a las españolas o a la Comisión Europea o también a las Autoridades Nacionales de la Competencia (“**ANCs**”) de otros Estados miembros de la UE o de terceros Estados?

44. **Artículo 75 LDC (“Efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia o de los tribunales competentes”):**

45. Algunos miembros del Grupo de Trabajo consideran acertado que las decisiones firmes de cualquier ANC u órgano jurisdiccional competente sean vinculantes. Otros, en cambio, consideran que la propuesta de reconocer efectos vinculantes a las decisiones firmes de las ANC de otros Estados miembros de la UE no es acertada y se extralimita en la propuesta de la Directiva; de hecho, sostienen que, de admitirse, debería acotarse a supuestos de infracción de disposiciones equiparables a los artículos 101 y 102 TFUE y no a otras infracciones del derecho nacional de la competencia que no guarden relación con el tipo de conductas regulados en estas disposiciones y que podrían ser totalmente ajenas o incompatibles con el Derecho español de defensa de la competencia. Además, si el Legislador decidiera ampliar el carácter vinculante a las decisiones firmes de las ANCs, sería preciso que concretara que se trata de ANCs de otros Estados Miembros “de la Unión Europea” (esta última precisión no se recoge en la PL y sería necesario concretarla).

46. Por otra parte, tal y como está redactado el precepto se puede prestar a confusión a la hora de determinar qué resoluciones son “vinculantes e irrefutables”, o sólo vinculantes (pero susceptibles de ser refutadas por la parte demandada).

47. De la conjunción de los apartados 1 y 2 de este artículo parece desprenderse que la PL sólo pretende atribuir carácter “irrefutable” a las decisiones de las autoridades *españolas* de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales competentes para revisar sus decisiones. Sin embargo, dado que la definición de “autoridad nacional de la competencia” (Disposición adicional tercera de la PL, punto 7) incluye en ese concepto todas las autoridades de los Estados Miembros de la UE, el efecto del artículo 75.1 puede entenderse extendido a todas estas autoridades (a pesar de que el artículo 75.2 parece limitar los efectos de las decisiones adoptadas por las autoridades extranjeras de la Unión).
48. Sería preferible o bien refundir los apartados 75.1 y 75.2 en uno solo y emplear la misma terminología o, por el contrario, clarificar que el efecto irrefutable del artículo 75.1 se limita a las decisiones de las autoridades y órganos jurisdiccionales *españoles*. Los efectos de las decisiones de las demás autoridades y órganos jurisdiccionales competentes de la Unión quedarían así en todo caso cubiertos por la aplicación del artículo 75.2, es decir, serán “vinculantes”, aunque refutables, aspecto que también debería recogerse expresamente en la redacción del apartado 2 del artículo 75.
49. Sobre este punto, algunos miembros del Grupo de Trabajo consideran que los conceptos de “vinculación” y “refutabilidad” generan confusión o podrían ser incluso incompatibles (si los hechos que configuran la infracción vinculan, ¿cómo pueden refutarse?) y es preferible que simplemente se reconozca a las decisiones firmes de otras ANCs de los Estados Miembros de la UE el valor de principio de prueba cualificada (como hasta la fecha), sin que sean vinculantes. Téngase en cuenta que, desde una perspectiva procesal, si la decisión es vinculante, no puede refutarse. Siguiendo una lógica procesal, podría aclararse el precepto haciendo referencia al artículo 222.4 de la LEC (cosa juzgada positiva).
50. Por otro lado, el artículo 75.1 también limita sus efectos a los casos en que se ejercite la acción por daños ante un órgano jurisdiccional español. ¿Qué ocurre cuando la acción se ejercita en otro país de la Unión Europea pero resulta de aplicación el Derecho de daños español? Si quiere extenderse a estos supuestos la irrefutabilidad de la decisión de las autoridades españolas habría de modificarse la expresión “a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional ~~español~~ nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea”.
51. Asimismo, respecto del artículo 75.1 convendría precisar cuándo se produce la vinculación. ¿Con la firmeza en vía administrativa, o en vía judicial, como parece más plausible? Y, adoptada esta segunda posición, ¿existiría firmeza cuando todavía cabe o pende el recurso de casación? En este último caso, es preciso constatar que la Disposición Adicional 2ª de la PL define, trasponiendo literalmente la Directiva, “resolución de infracción firme” como aquella contra la que no cabe interponer “recurso ordinario”. Sin embargo, formalmente el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo establecido en España no es un recurso ordinario, sino un recurso extraordinario, aunque si bien a estos efectos sí debería serlo. Por lo tanto, sería conveniente adaptar la definición de la Disposición Adicional 2ª de la PL o este artículo 75.1 de la PL a las características del sistema contencioso español e indicar simplemente que se trata de una resolución contra la que no cabe la interposición de un “recurso posterior”.
52. Por último, sería preciso concretar en el artículo 75.1 de la PL si la vinculación se refiere a todos los aspectos de la resolución firme o solo, como parecería lógico, a los que se mencionan

en el considerando 34 la Directiva; esto es, la constatación de la infracción, y más concretamente, *“la naturaleza de la infracción, y su alcance material, personal, territorial y temporal tal y como los haya declarado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones”*.

53. **Artículo 76.4 LDC** (Cuantificación de los daños y perjuicios):
54. En el apartado 4 de del artículo 76 (informe de las autoridades de competencia sobre cuantificación) se debería modificar la referencia a las “autoridades” en general, dado que sugiere que puede aplicarse a varias de ellas, y limitarse exclusivamente a la CNMC, haciendo referencia a la norma que ya faculta a la CNMC para informar a requerimiento de los órganos judiciales sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones (artículo. 5.2 b) de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC²) o a la norma que la sustituya.
55. Asimismo, y dado que las acciones de daños pueden referirse también a conductas que infrinjan también los artículos 101 y 102 del TFUE se deberían incluir estos preceptos en la redacción del apartado 4 del artículo 76. Algunos miembros del Grupo de Trabajo sugieren también que se suprima la referencia al artículo 3 de la LDC.
56. **Artículo 77.2 LDC** (“Efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños):
57. Debería aclararse que los infractores con los que **no** se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no tienen acción de regreso por los daños restantes contra el infractor que pactó extrajudicialmente con el perjudicado, pero sólo en lo que se refiere a los daños reclamados por la víctima que intervino en ese pacto, no con respecto a los daños reclamados por otras víctimas que no pactaron (y que deben permanecer inmutados).
58. Por otra parte, algunos miembros del Grupo de Trabajo observan que no parece correcto que se establezca en el artículo 77.1 que la reducción se produzca “en los términos pactados”. Que la reducción comprenda solo el importe acordado a abonar por el infractor que celebra el acuerdo extrajudicial no resulta justo ni fiel al artículo 19.1 de la Directiva. Con arreglo a ese artículo, la reducción se extiende a toda la parte proporcional que aquel infractor tenga en el perjuicio (la famosa responsabilidad relativa).
59. **Artículo 78 LDC** (“Sobrecostes y derecho pleno de resarcimiento”):
60. La palabra “únicamente” en el apartado 1 parece excluir la reclamación del lucro cesante (reconocido en el artículo 72.2 LDC según la PL). Por lo tanto, es preciso clarificar la redacción de la norma *“En cuanto al resarcimiento del sobrecoste enunciado en el art. 72.2, ...”*, indicándose además de forma expresa que el derecho al pleno resarcimiento incluye el lucro cesante por el retraimiento en las ventas que se produce cuando el sobrecoste ha sido efectivamente pasado aguas abajo (*vid.* sobre el efecto del retraimiento de las ventas la

² “b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.”

postura del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de noviembre 2013 (Recurso nº 2472/2011, Ponente Rafael Saraza Jimena) en el asunto del denominado “cártel del azúcar”.

61. **Artículo 80 LDC** (“Acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro”):
62. La PL parece planteada, en algunos aspectos (precisamente en los más complejos) en términos de mera reproducción del texto de la Directiva, sin imbricación suficiente en el marco de Derecho interno en que se insertan. Ejemplo de esta técnica (que convierte en norma para los operadores jurídicos, como los tribunales, lo que es un mandato al Legislador para que arbitre soluciones que permitan conseguir un determinado objetivo, sin aportar, sin embargo, los medios adecuados para el objetivo que simplemente se reproduce), sería el propuesto nuevo artículo 80 de la LDC.
63. Nos parece acertado señalar que los tribunales podrán tener en cuenta las situaciones de ejercicio simultáneo o sucesivo de acciones de daños por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro. Sin embargo, no parece suficiente limitarse a indicar que ello se haga “a través de los medios disponibles”. Una verdadera transposición de la Directiva requeriría poner a disposición de los tribunales medios de los que ahora no disponen, con una regulación adecuada del régimen de la prejudicialidad y de la acumulación de autos.

B. Artículo 2 de la PL. Reforma de la Ley 1/2000

64. **Comentario general:**
65. Con carácter general, algunos miembros del Grupo de Trabajo consideran adecuado aprovechar la trasposición de la Directiva 2014/104 para reformar la LEC en los términos planteados por la PL y facilitar el acceso a los medios de prueba necesarios para plantear una demanda de reclamación de daños pudiendo cuantificar *a priori* el importe de la reclamación. En este sentido, se entiende necesaria por cuanto que refuerza los deberes de las partes (en especial del demandado) frente al juez.
66. **Artículo 283. bis** (“Medidas de acceso a las fuentes de prueba” y otras disposiciones):
67. En materia de lo que se denomina acceso a las fuentes de prueba, parecería estar mezclándose dos instituciones de distinta naturaleza, que probablemente convendría mantener separadas, como son las diligencias preliminares y la prueba de exhibición de pruebas documentales, que es como también califica la materia el texto de la Directiva. Ello avoca a que la regulación proyectada se quede, cuando el acceso se solicita con el proceso ya en curso, relativamente en el aire, sin encajarse (en tiempos y en trámites) con la regulación del procedimiento ordinario.
68. **Artículos 283 bis a) 4; 283 bis j); 283 bis k) y 283 bis l)**: En línea con lo indicado en el párrafo anterior, sería preciso coordinar esta disposición con los tiempos y los trámites del procedimiento ordinario, cuando la solicitud de medidas se plantea al inicio de este o durante su pendency. ¿Cuándo se proponen las medidas de acceso con el procedimiento ordinario ya en curso? Nada se dice al respecto en el precepto; por lo que parece que en cualquier momento (¿también en el juicio o después de este?) ¿Por qué no residenciar la solicitud, bien en demanda o contestación, bien en la audiencia previa, resolviendo también allí sobre su procedencia, sin necesidad de duplicar trámites? Parece necesario, en cualquier caso,

establecer un cauce específico para la solicitud de las medidas por el demandado, atribuyendo además (materia sobre la que guarda silencio la PL) efectos suspensivos a la solicitud de medidas de acceso del propio demandado o la del actor contenida en la demanda, sobre el curso del plazo para contestar (y para las actuaciones ulteriores).

69. Posiblemente estas dificultades se resolvieran más fácilmente manteniendo la distinción entre diligencias preliminares (acceso a información o documentos solicitados previamente a la interposición de la demanda) y la exhibición de documentos como medio de prueba o prueba anticipada (sin perjuicio de introducir en ambos ámbitos las especialidades en materia de competencia, que quizá deberían ser solo las relativas a los documentos de los expedientes de la Audiencia Nacional).
70. Artículo 283 bis c): la redacción podría mejorarse, pues parece que limita el ámbito de las pruebas que pueden solicitarse a aquéllas que permitan “la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes”. Sin embargo, podría darse el caso de que la prueba sea válida y valiosa por sí sola, sin que sea preciso la propuesta de prueba ulterior. Por otra parte, ¿resulta aplicable esta subsección de la Ley (como debiera ser) o debemos acudir a las medidas de anticipación de prueba y cumplir con sus requisitos?
71. Artículo 283 bis g): La ejemplificación del apartado 1 reproduce, literalmente, el contenido del actual artículo 256.1 de la LEC (clases de diligencias preliminares y su solicitud) lo que podría inducir al error de que el acceso a fuentes de prueba tiene por objeto solo la preparación del procedimiento y la remoción de obstáculos procesales. Error que, además, podría verse alimentado por la redacción ya señalada del Artículo 283 bis c).
72. Propondríamos directamente eliminar el precepto o, alternativamente, incorporar ejemplos de acceso a fuentes de prueba que desbordasen las previsiones de las actuales diligencias preliminares.
73. Artículo 283 bis i): En línea con el comentario anterior sobre la necesidad de acotar los tiempos procesales para la solicitud de acceso a las fuentes de prueba, parecería razonable que esa limitación se reforzase especialmente en lo referido a la segunda instancia, limitándose a aquellos supuestos en los que sería procedente la práctica de prueba en segunda instancia conforme a lo dispuesto en el artículo 460.2 de la LEC. De lo contrario se abre la puerta a que la parte recurrente de la resolución convierta la apelación en una nueva primera instancia, solicitando el acceso a nuevos medios de prueba para tratar de fundar la revocación de la sentencia recurrida.
74. Al tiempo y sin olvidar la doctrina constitucional en esta materia (que niega la existencia de un derecho a la doble instancia en vía civil), cabe cuestionar que una sentencia dictada en segunda instancia cuyo fallo esté fundamentado en pruebas obtenidas durante la tramitación de la alzada a través de este mecanismo respete los principios constitucionales que alumbró el derecho a la tutela judicial efectiva (por ejemplo, el principio de igualdad).
75. Artículo 283 bis j y bis k): Como ya se ha indicado en comentarios anteriores, convendría incorporar una regulación específica para los casos en que las medidas de acceso se solicitan con el procedimiento judicial ya iniciado que permita aclarar cuestiones como hasta cuándo se pueden pedir las medidas de acceso a medios de prueba, si se aplica la limitación temporal recogida en el artículo 271 de la LEC, si se debe suspender el procedimiento en curso hasta la

resolución del incidente y su ejecución posterior y si se mantiene esa suspensión en caso de que la resolución judicial se recurra en apelación y se acuerde el carácter suspensivo del recurso. En todo caso, debería articularse de tal modo que se evite posibles abusos empleando este mecanismo para demorar la tramitación de procedimientos judiciales en determinados casos.

76. Artículo 283 bis m: Sería conveniente determinar en la disposición si la elección de qué medida debe imponerse al obstruccionista es potestativa de la parte en exclusiva o si, como parece más prudente, el juez tiene la posibilidad de modificar la medida solicitada en atención a las circunstancias del caso concreto.
77. Por otra parte, la posibilidad de imposición de las costas en el procedimiento principal con independencia de su resultado iría en contra del principio objetivo del vencimiento y del artículo 394 de la LEC, por lo que procedería ajustarlo para garantizar su coherencia. En caso contrario, podrían darse casos de situaciones de abuso de procedimiento mediante la interposición de demandas infundadas con solicitud de exhibición de prueba.
78. Procedería también establecer expresamente que el recurso de apelación contra el auto que resuelva la medida que se imponga al obstruccionista tendrá carácter suspensivo, sobre todo si tiene consecuencias relevantes sobre el contenido del procedimiento, especialmente en caso de que se aplique lo previsto en los apartados 1b y 1c) de esta misma disposición.
79. Artículo 86ter.2.f) LOPJ³:
80. Habida cuenta de que sigue habiendo dudas acerca de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, se propone aclarar este precepto para que no sólo los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y/o 102 TFEU o artículos 1 y/o 2 LDC sean de la competencia objetiva de los Juzgados Mercantiles, sino también algunas de las demandas relacionadas con tales procedimientos (por ejemplo, las acciones consecutivas o “follow-on”), en las que técnicamente ya no se “aplican” los artículos 101 y/o 102 TFEU, o los artículos 1 y/o 2 de la LDC), lo que sería coherente con la realidad procesal, ya que son numerosos los Juzgados de lo Mercantil los que afirman su competencia para conocer de estas acciones, y, en segundo lugar, con un elemental principio de economía procesal.
81. Por otro lado, hay situaciones en las que quizás, también atendiendo al mismo principio de economía procesal, convendría afirmar la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en este ámbito. Nos referimos, por ejemplo, a aquellos litigios en los que la invocación de la infracción de los artículos 1 o 2 de la LDC y/o 101 o 102 TFEU se realiza en la contestación a la demanda (e.g., para oponerse a una reclamación de cantidad o a una acción de responsabilidad contractual), cuando la competencia del procedimiento está ya atribuida a un Juzgado de Primera Instancia. A este respecto, recuérdese que la nulidad del negocio jurídico (por ejemplo, por ser contrario a las normas de la libre competencia), puede aducirse como excepción reconvenzional en la contestación a la demanda, sin necesidad de formular reconvencción formal (*vid.* artículo 408.2 LEC). Precisamente, el referido principio de economía

³ *Los Juzgados de lo Mercantil conocerán (...): f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [ahora 101 y 102 TFEU] y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.*

procesal desaconsejaría que el procedimiento tuviese entonces que trasladarse a un Juzgado Mercantil.

82. En todo caso, convendría reflexionar sobre el tema de la competencia judicial dentro del orden jurisdiccional civil y dar una solución expresa (con el rango normativo adecuado). Es cuando menos dudoso que quepa modificar un tema sujeto a reserva de ley orgánica (por la vía puramente semántica de reiterar en la letra de la LDC un principio de responsabilidad que ya está en el ordenamiento actual).
83. **Artículo 14.2 LEC (Intervención provocada):**
84. Habría también que modificar el artículo 14.2 LEC para modernizar un régimen esencial en cualquier demanda que luego pueda derivar en procesos consecutivos (en este caso, el regreso del infractor contra los co-infractores ex artículo 1145 CC⁴).
85. Si tenemos en cuenta la aplicación de esta figura en las jurisdicciones de nuestro entorno (Reino Unido, Países Bajos, Alemania), la figura de la intervención provocada no puede estar limitada a los casos “previstos en la Ley” como estipula el artículo 14.2 de la LEC (y entre los que, con carácter general, no se contempla la intervención provocada por el demandado en un litigio). Así, con la actual normativa, en un procedimiento en el que se ha ejercido simultáneamente una acción declarativa y una acción resarcitoria de daños, el demandado o demandados no pueden solicitar al Juzgado de lo Mercantil la intervención en el proceso de otros potenciales infractores, o de infractores cuya responsabilidad haya sido ya declarada por una Resolución de la CNMC.
86. **Artículo 283 quater c) apartado 6) LEC (“Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia”):**
87. Este precepto dispone que “[E]n ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías o pruebas. a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia”. El término “declaración en el marco de un programa de clemencia” se define en la Disposición adicional tercera, apartado 16 de la PL⁵, reproduciendo la misma definición que contempla la Directiva 2014/104 (artículo 2, apartado 16).
88. Convendría aclarar qué es lo que se quiere decir con la expresión “o la documentación al respecto”, ya que para algunos miembros del Grupo de Trabajo no queda totalmente claro qué es lo que se incluye en las declaraciones en el marco de un programa de clemencia.

⁴ “El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno.”

⁵ «declaración en el marco de un programa de clemencia»: toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente.

89. **Artículo 434.3 LEC:**

90. Algunos miembros del Grupo de Trabajo consideran que también habría que modificar el artículo 434.3 LEC⁶, en la medida en que, si la resolución de la ANC sólo es vinculante a partir de su firmeza, el Juez debe poder suspender en un momento anterior al de dictar sentencia; en caso contrario, el proceso civil se tramitaría en vano si finalmente se anula la decisión administrativa.

91. Sin embargo, otros componentes del Grupo estiman que dicho precepto debe permanecer inalterado, ya que una reforma en el sentido propuesto implicaría a efectos prácticos la instauración de una condición de procedibilidad para el ejercicio de acciones de reclamaciones de daños semejante a la que se preveía en el artículo 13.2 de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que es precisamente lo que el Legislador quiso evitar en la nueva LDC de 2007 suprimiendo dicho precepto. Asimismo, en ausencia de firmeza de la Resolución, las partes pueden optar por ejercer la acción declarativa ante el Juzgado de lo Mercantil, y una suspensión *ad limine* restaría prácticamente toda eficacia a esta vía procesal, máxime cuando el carácter vinculante para el Juez competente se limita en la Directiva a las resoluciones de las ANC que sean firmes.

C. Disposición adicional primera

92. No parece técnicamente correcto afirmar que las disposiciones de la Ley sean de aplicación cuando el ejercicio de las acciones de daños corresponda realizarlo en territorio español. En realidad, deberían ser aplicables siempre que el Derecho español sea aplicable a la acción de reclamación de daños ejercitada según el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), lo cual puede ocurrir en una reclamación ante un tribunal de otro país (competente bajo el Reglamento 1215/2012, Bruselas I).

D. Disposición adicional tercera

93. Conforme a la Exposición de Motivos de la PL, la (acertada) intención del Ministerio es extender lo establecido en la Directiva a los daños causados por infracciones autónomas de la LDC (*i.e.* cuando no se aprecie afectación del comercio intracomunitario y no siendo por lo tanto el TFUE aplicable), evitando así un sistema dual de reclamaciones. Al respecto, vemos una posible contradicción en las definiciones incluidas en la Disposición Adicional tercera.

94. Por un lado, se define “Derecho nacional de la competencia” como *“las disposiciones del Derecho nacional que persiguen predominantemente el mismo objetivo que los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se aplican al mismo asunto y en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1/2003, sin incluir las normas nacionales que prevean la imposición*

⁶ “3. Se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea [ahora artículos 101 y 102 TFUE] o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia [ahora CNMC] o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal.”

de sanciones penales a las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones penales sean el medio para ejecutar las normas sobre competencia aplicables a las empresas.”

95. Por otro lado, “infracción del Derecho de la competencia” se define como “*toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del Derecho nacional en materia de competencia*”.
96. La definición de Derecho nacional de la competencia puede llevar a pensar que la definición de infracción del Derecho de la competencia excluiría en la práctica las infracciones autónomas de la LDC. A efectos de lograr una mayor claridad se podría añadir una referencia expresa a las infracciones de la LDC en la definición de infracción del Derecho de la competencia. Por ejemplo: “*1) «infracción del Derecho de la competencia»: toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del Derecho nacional en materia de competencia, **incluyendo las infracciones autónomas de los artículos 1 y 2 de la LDC.***”

E. Disposición transitoria única. Régimen transitorio

97. En el punto 1 se establece como referencia temporal para garantizar el carácter no retroactivo de la nueva Ley, tal y como exige la Directiva 2014/104 (artículo 22.1), la incoación de un procedimiento sancionador. Entendemos que este criterio no es el más adecuado, por cuanto que la posibilidad de ejercer una acción de daños y perjuicios no se condiciona a la existencia previa de tal procedimiento. La actual solución puede llevarnos al absurdo de que en el caso de procedimientos sancionadores incoados después de la entrada en vigor de la Ley de trasposición por conductas que han causado un daño con anterioridad a su entrada en vigor y que pueden haber cesado más de un año antes de la entrada en vigor de la Ley, los participantes en la conducta podrían verse afectados por la nueva prescripción de cinco años, lo que, a nuestro juicio, iría en contra de la irretroactividad que impone la Directiva 2014/104.
98. Lo anterior significa que cabe plantearse si no sería más claro un criterio basado en el momento temporal en el que se causa el daño. Es decir, las disposiciones del artículo 1 de la Ley de trasposición (las que modifican la LDC) sólo serían aplicables a la reclamación de daños causados con posterioridad a su entrada en vigor. Así, podría proponerse la redacción siguiente: “*1. Las previsiones del artículo primero serán aplicables exclusivamente a ~~los procedimientos administrativos incoados con posterioridad a su entrada en vigor~~ **las reclamaciones por los daños ocasionados con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.***”

99. En el apartado 2 convendría sustituir la expresión “incoados” por “admitidos a trámite”.

F. Disposición derogatoria única

100. En el apartado 1 se establece que “*Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta ley*”. Si bien esta cláusula derogatoria general puede resultar práctica, lo cierto es que ocasiona no pocas dudas sobre su ámbito de aplicación en conceptos que son fundamentales para la correcta aplicación de la futura Ley de trasposición. Por ejemplo, la definición de “cartel” que prevé la PL (Disposición adicional tercera, punto 14) no coincide con la definición de “cártel” prevista en la Disposición adicional cuarta, apartado 2º de la LDC a efectos tanto del programa de clemencia (artículos 65 y 66 de la LDC) como sancionadores (artículo 62.4 de la LDC), ya que en el caso de la Disposición adicional cuarta únicamente

pueden ser calificados como cárteles los acuerdos que, además consistir en las conductas descritas en dicha Disposición, sean secretos.

101. Convendría por lo tanto aclarar si la nueva definición de cártel deroga la definición contemplada en la LDC, o si tal derogación solo se aplica a los efectos de reclamación de daños y perjuicios.

G. Consideraciones adicionales

G.1: Acciones de clase

102. El análisis de la PL, y de las reformas que se proponen en la LEC por la PL, revela que no se ha considerado oportuno aprovechar esta reforma para introducir en nuestro ordenamiento una verdadera acción de clase. En la actualidad, el artículo 11 de la LEC únicamente recoge lo que podríamos calificar de una “acción de clase restringida”.
103. El artículo 11 de la LEC reconoce legitimación activa para la defensa de los derechos de intereses de consumidores y usuarios perjudicados por un hecho dañoso y cuándo estos estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, y a los propios grupos de afectados (y siempre que el grupo de afectados represente la mitad más uno de los afectados – artículo 6.7º LEC).
104. Sin embargo, cuando la identidad de los perjudicados por un hecho dañoso es indeterminada o de difícil determinación, la legitimación procesal se reconoce exclusivamente “a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”. Es decir, no existe en nuestro Derecho una acción de clase, “a la americana”, en la que un grupo de afectados se puede constituir bajo determinadas condiciones en “representantes de clase” para defender los intereses difusos de un conjunto de perjudicados que no están identificados o que es difícil identificar *a priori*, y sobre la base de los principios de “opt-in” y “opt-out”⁷.
105. A juicio de algunos miembros del Grupo de Trabajo, la actual postura, reflejada en la omisión de cualquier reforma de la LEC en esta sede por parte de la PL, debería reconsiderarse en el Anteproyecto y Proyecto de Ley que sean elaborados por el Ministerio, ya que el establecimiento de una auténtica acción de clase facilitaría el ejercicio de acciones de daños y perjuicios en el ámbito *antitrust*, que es precisamente el objetivo último de la Directiva 2014/124.
106. Asimismo, lamentablemente tampoco se resuelven con la trasposición propuesta las dificultades prácticas que en términos de costes representa el ejercicio de una acción colectiva al amparo del vigente artículo 11 LEC. Recordemos que el artículo 15 LEC, al regular el régimen de publicidad al que deben ajustarse las acciones colectivas cuando se ejercen para defender intereses de perjudicados que estén o sean fácilmente determinables, obliga al demandante o demandantes a comunicar previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados.

⁷ USA Federal Rule no. 23 of Civil Procedure.

107. En la práctica, esta exigencia puede significar un coste inasumible para aquellos que quieren erigirse en “representantes de la clase”. Convendría, por lo tanto, modificar la LEC de forma que esta comunicación pueda realizarse mediante mecanismos que impliquen el mínimo coste para los promotores de la acción, como, por ejemplo, la publicación del hecho de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial donde se haya podido producir la lesión, como se permite en el caso de acciones para la defensa de intereses difusos.

G.2: Ámbito de la reforma

108. En el punto 3 de la comunicación del Ministerio de Justicia se señala que “*la Directiva no afecta a acciones derivadas de ilícitos antitrust que no afectan al tráfico intracomunitario*”, en línea con lo establecido en la Directiva, cuyas disposiciones únicamente afectan a acciones derivadas de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE (tal y como se explica en su Considerando 10). Al respecto, vemos acertada la posición adoptada en la PL (Exposición de Motivos de la PL, Expositivo II) de extender las disposiciones de la Directiva a todas las reclamaciones, independientemente del Derecho sustantivo (de la Unión o nacional) aplicable a la infracción que origine el daño. En caso contrario, podríamos estar en la tesitura de que convivieran dos regímenes legales paralelos en España para acciones de daños por ilícitos de competencia: por un lado, unas reglas para las reclamaciones relativas a infracciones del Derecho de la Unión (y de la LDC, de aplicarse ésta al mismo caso) y, por otro lado, unas reglas para las acciones por infracciones autónomas de la LDC. Entendemos que es esencial que la futura Ley de trasposición siga la línea de la PL sobre este particular.

G.3: Ley de Transparencia

109. Como reflexión adicional, ésta podría ser una buena ocasión para incluir una protección expresa de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (la “**Ley de Transparencia**”). Conforme a los artículos 12 y 13 de la mencionada Ley, en teoría, cualquier persona podría acceder a un expediente administrativo resuelto por la CNMC. Si bien el artículo 14.f) de la Ley de Transparencia establece que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales, consideramos, con el fin de evitar, como persigue la Directiva, el acceso a las declaraciones de clemencia, que sería quizás conveniente incluir una protección específica de dichos documentos en la Ley de Transparencia.

* * *