

to y
eche
que
no-
ción
a los
una
re la
into

CAPÍTULO 16

LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. PRINCIPALES NOVEDADES Y POTENCIAL INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL(*)

PEDRO CALLOL

Abogado de Callol, Coca & Asociados

MARTA YUSTE

Abogada de Callol, Coca & Asociados

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *Antecedentes. Breve reseña histórica.* 1.2. *El porqué de la Directiva.* 2. ASPECTOS RELEVANTES. 2.1. *Ámbito de aplicación y compensación íntegra de los daños causados.* 2.2. *Exhibición de los medios de prueba.* 2.3. *Carácter vinculante de las resoluciones firmes de las Autoridades Nacionales de la Competencia.* 2.4. *Plazo de prescripción.* 2.5. *Responsabilidad conjunta y solidaria.* 2.6. *«Passing on defense».* 2.7. *Cuantificación del daño y presunciones en beneficio de las víctimas: presunción «iuris tantum» de la existencia del daño.* 2.8. *Otros aspectos.* 3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. ANTECEDENTES. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea («Directiva de Daños o Directiva»)* fue aprobada el 26 de noviembre de 2014⁽¹⁾ con el objetivo de armonizar y mejorar los marcos jurídicos nacionales que regulan las acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios.

(*) El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

(1) Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, DOUE L 349/1, 05.12.2014.

La Directiva de Daños se aprueba trece años después del reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») del derecho a reclamar una compensación de resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de las infracciones de Derecho de la competencia⁽²⁾. En la medida en que no existía entonces (como continúa siendo el caso ahora hasta que la Directiva de Daños sea incorporada en los respectivos ordenamientos nacionales) una armonización legislativa en la materia, era competencia de los Estados Miembros y de sus jueces el aportar y favorecer las modalidades de reclamación para hacer posibles dichas reclamaciones.

Desde entonces, han sido varios los intentos de impulsar una acción legislativa para armonizar las acciones de daños y perjuicios a nivel nacional. En 2005, en el Libro Verde sobre *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁽³⁾, la Comisión Europea («Comisión») ya identificó cuáles eran los principales obstáculos de cara a instaurar un sistema más eficaz de acciones por daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia. Destacó entonces «la imagen de total subdesarrollo» que ofrecían en este sentido los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Miembros, fundamentalmente en lo relativo a las normas procesales. Asimismo, en el Libro Blanco de 2008⁽⁴⁾, la Comisión propuso por primera vez medidas específicas con el objetivo de «mejorar las condiciones jurídicas para que los afectados ejerzan conforme al Tratado su derecho a ser resarcidos por todo daño sufrido por incumplimiento de las normas de competencia de la CE. La plena compensación es, por lo tanto, el principio rector más destacado».

Mientras tanto, la jurisprudencia del TJUE continuó aportando matices y desarrollando las acciones de reclamación en este ámbito. Así, en la Sentencia en el asunto *Manfredi*⁽⁵⁾, la doctrina de *Courage & Creham* se completó con la necesaria mención al principio de eficacia del Derecho comunitario, que funcionaría como limitación a los obstáculos que pudiesen establecer las normativas nacionales de los Estados Miembros para lograr el resarcimiento efectivo. En *Pfleiderer*⁽⁶⁾, y posteriormente también en *Donau Chemie y otros*⁽⁷⁾, el TJUE aportaba alguna orientación, aunque de manera muy cautelosa, relativa al acceso, en el marco de acciones por resarcimiento de daños, a la documentación

(2) Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd contra Bernard Creham y Bernard Creham contra Courage Ltd y otros*, asunto C-453/99.

(3) SEC (2005) 1732, 19.12.2005.

(4) *Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008)0165 final – No publicado en el DOUE.

(5) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

(6) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, asunto C-360/09.

(7) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de junio de 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde contra Donau Chemie AG y otros*, asunto C-536/11.

generada como consecuencia de una solicitud de clemencia. En el asunto *Otis y otros*⁽⁸⁾, el TJUE reconoció incluso la legitimidad activa de las instituciones comunitarias para iniciar acciones de daños cuando éstas hubieran sido las víctimas de infracciones del Derecho de la competencia.

A pesar de estos impulsos y avances comentados, es cierto que hasta hoy la llamada «*aplicación privada*» del Derecho de la competencia no ha tenido un gran recorrido en las jurisdicciones de los Estados Miembros de la Unión Europea (UE), o al menos no el recorrido que las autoridades desearían. Así, por ejemplo, entre 2008 y 2013, las estadísticas señalan que únicamente el 25% de las decisiones a nivel comunitario de «*aplicación pública*» de Derecho de la competencia han ido seguidas de demandas judiciales por daños⁽⁹⁾. Igualmente, se aprecian profundas diferencias entre, por un lado, jurisdicciones más progresivas en este sentido, cuya normativa procesal nacional favorece este tipo de reclamaciones y, normalmente, protege los intereses de las víctimas de los cárteles en cuanto a la búsqueda de resarcimiento (tales como Reino Unido, Alemania y Países Bajos)⁽¹⁰⁾ y, por otro, las jurisdicciones de Estados miembros menos desarrolladas en este ámbito. Ello ha favorecido la aparición del fenómeno del *forum shopping*, así como la creciente inseguridad jurídica para los distintos operadores del mercado. Se calcula, que debido a esta aplicación privada inefectiva del Derecho de la competencia, los consumidores y empresarios pierden aproximadamente veintitrés mil millones de euros cada año en concepto de indemnizaciones⁽¹¹⁾.

Tanto los temas abordados por la jurisprudencia comunitaria durante los últimos años, como los obstáculos señalados por los documentos de la Comisión, fueron tratados por la Propuesta de Directiva de Daños («*Propuesta*»), publicada en junio de 2013⁽¹²⁾ y cuyo texto ha sufrido pocas

(8) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2012, *Europese Gemeenschap contra Otis NV y otros*, asunto C-199/11.

(9) Discurso del Vicepresidente de la Comisión Europea responsable de Política de Competencia, Joaquín Almunia, de 7 de noviembre de 2013 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm):

«In the last 8 years, only 25% of the antitrust infringements found by the European Commission have been followed by civil claims, most of them by big business. Most were brought in the UK, Germany and the Netherlands, the countries where rules and procedures are currently perceived to be more favourable».

(10) *Competition Policy Brief on the Damages Directive*, p. 2:

http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf.

(11) Informe de análisis de impacto que acompañaba la Propuesta de Directiva de Daños, SWD(2013) 203 final 11.06.2013:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/impact_assessment_en.pdf.

(12) Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404, 11.06.2013.

variaciones hasta llegar, a lo largo del procedimiento legislativo comunitario, a la Directiva de Daños tal y como fue aprobada en noviembre de 2014.

1.2. EL PORQUÉ DE LA DIRECTIVA

La nueva Directiva de Daños se propone impulsar, en los distintos Estados Miembros, los pleitos de reclamación de daños y perjuicios derivados de las infracciones de Derecho de la competencia. Su antecesora, la Propuesta de Directiva de Daños, realizaba una profunda motivación de la necesidad de esta nueva regulación y planteaba su aparición con un doble objetivo: (i) permitir a los demandantes asegurarse un pleno resarcimiento de daños y, (ii) mejorar la interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia en la UE.

La motivación de la Directiva de Daños parte del efecto directo de las prohibiciones establecidas por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») para concluir que cualquier persona debe poder solicitar la reparación de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre dicho perjuicio y la infracción de las normas de competencia de la UE. El punto de partida por tanto es el de la responsabilidad civil aplicable al caso concreto de infracciones del Derecho de la competencia.

En cuanto al primer objetivo, la optimización de la interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de la competencia, la Propuesta considera que el marco jurídico actual no regula correctamente las interrelaciones existentes entre ambas ramas. Se pone de manifiesto, por ejemplo, la incertidumbre que afrontan las empresas a la hora de cooperar con las autoridades de competencia en el contexto de los programas de clemencia, pues desconocen en ese momento inicial si las víctimas de la infracción tendrán acceso a la información facilitada voluntariamente en el momento de la cooperación con la autoridad de la competencia. A día de hoy, y hasta la implementación de la Directiva de Daños, sigue correspondiendo a los jueces nacionales decidir sobre la base de los criterios legislativos nacionales y de las circunstancias concretas del caso, si la documentación aportada en los programas de clemencia debe exhibirse o no⁽¹³⁾. Para ello, el juez nacional debe colocar en la balanza, por un lado, el interés público relativo a la protección de la eficacia de los programas de clemencia y, por otro, el interés individual de las víctimas de la infracción en obtener la íntegra compensación que les corresponde por los perjuicios sufridos (es el *balancing test* propugnado por la jurisprudencia Pfleiderer, citada). La Directiva de Daños pretende zanjar esta cuestión a escala europea (comunitaria), acometiendo la correspondiente armonización normativa.

En relación con el segundo objetivo, «*garantizar el ejercicio eficaz del derecho de las víctimas al pleno resarcimiento*», la Propuesta comenzaba recordando que

(13) Ver sentencia en *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, citada arriba.

dicho ejercicio es ya un derecho reconocido por el propio Tratado y el acervo comunitario⁽¹⁴⁾. El problema surge porque su ejercicio práctico resulta difícil debido a las normas y procedimientos que lo regulan. La Propuesta, además de enumerar una serie de obstáculos sustanciales específicos⁽¹⁵⁾, señala también que la gran diversidad de normas nacionales que regulan este tipo de demandas puede provocar inseguridad jurídica para todas las partes implicadas. Esta inseguridad crece exponencialmente cuando se trata de asuntos transfronterizos.

2. ASPECTOS RELEVANTES

2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COMPENSACIÓN ÍNTEGRA DE LOS DAÑOS CAUSADOS

El Capítulo I de la Directiva sobre «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones» establece el tipo de infracciones que dan lugar a la indemnización por perjuicios regulada por la Directiva⁽¹⁶⁾.

El propio título de la Directiva de Daños indica que introduce normas por las que se rigen las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia de los *Estados miembros* y de la UE. Por tanto, la Directiva extiende su ámbito de armonización normativa a la regulación de la compensación del perjuicio ocasionado a (i) las infracciones de normas de competencia de la UE y (ii) las infracciones de las disposiciones de la normativa nacional de competencia, en la medida en que éstas últimas sean aplicadas por una autoridad nacional de competencia en el mismo asunto y de forma paralela a las normas de competencia de la UE⁽¹⁷⁾. El considerando (10) de la Directiva de Daños explica que:

(14) Así, el considerando (4) de la Directiva de Daños recuerda que la necesidad de que existan vías procesales eficaces se deriva también del derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(15) Tales como (i) la obtención de pruebas necesarias, (ii) la falta de mecanismos eficaces de recurso colectivo, (iii) la falta de normas claras sobre la defensa «*passing-on*», (iv) la ausencia de valor probatorio de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia, (v) la posibilidad de interponer una demanda por daños y perjuicios una vez que la autoridad haya constatado una infracción, y (vi) la falta de criterios para cuantificar el perjuicio ocasionado por una infracción de la normativa *antitrust*.

(16) Ver artículo 1 de la Directiva de Daños.

(17) Esta aplicación paralela tiene su base en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003:

«Cuando las autoridades de la competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del [artículo 101, apartado 1 del TFUE] que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas el artículo [artículo 101 del TFUE]. Cuando

«(L)a aplicación de normas divergentes en relación con la responsabilidad civil por las infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE y por las infracciones del Derecho nacional de la competencia que deben aplicarse en los mismos asuntos en paralelo al Derecho de la competencia de la Unión, afectaría negativamente a la posición de los demandantes en el mismo asunto y al alcance de sus reclamaciones, y constituiría un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior».

La Directiva contempla en este mismo apartado el «Derecho al pleno resarcimiento»⁽¹⁸⁾, que implica que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia debe poder reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio. Dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el *daño emergente*⁽¹⁹⁾ y el *lucro cesante*, más el pago de los intereses, y no podrá conllevar en ningún momento, como es lógico, la sobrecompensación.

2.2. EXHIBICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

El Capítulo II de la Directiva de Daños regula extensamente el ámbito de la exhibición de las pruebas en las acciones de daños. Podríamos decir que ésta es una de las principales novedades que introduce este instrumento.

a) El modelo de «discovery» y sus límites

En España, por ejemplo, la exhibición de pruebas en los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios está regulada en el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, en concreto, que únicamente podrá solicitarse la exhibición de documentos concretos cuya existencia sea conocida por la parte que los solicita, sin admitirse por lo demás la solicitud de categorías de documentos, ni documentos de los que el solicitante no tenga conocimiento. Este mecanismo, tal como queda definido evita en no pocas ocasiones el acceso de las víctimas de infracciones del Derecho de la competencia a la información y prueba necesarias para reclamar y obtener una reparación justa del perjuicio económico sufrido.

La Directiva recoge por primera vez una regulación específica del derecho del demandante a solicitar del demandado la exhibición de documentos que puedan acreditar la existencia de los daños y perjuicios reclamados⁽²⁰⁾.

Se establece que previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada con los hechos y pruebas a los que tenga

Las autoridades de la competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo [102 del TFUE], aplicarán también a la misma el artículo [102 del TFUE].

(18) Artículo 3 de la Directiva de Daños.

(19) El concepto de *daño emergente*, según explica la Propuesta de Directiva (página 16), ha sido tomado de la jurisprudencia del TJUE y no excluye ningún tipo de perjuicio (material o inmaterial) que hubiera podido ser causado por una infracción de normas de la competencia.

(20) Ver artículo 5 de la Directiva de Daños.

acceso razonablemente y que sean suficientes para justificar la viabilidad de su reclamación de daños, los jueces pueden ordenar que la parte demandada o un tercero permita el acceso a las pruebas que tenga en su poder.

El principal límite a estas órdenes judiciales de exhibición es el principio de proporcionalidad, para cuya aplicación, el precepto prevé incluso una lista, no exhaustiva, de criterios a tener en cuenta:

- la medida en que la reclamación esté respaldada por hechos y pruebas;
- el alcance y coste de la exhibición de la prueba, especialmente para cualquier tercero afectado, así como para evitar las búsquedas indiscriminadas o *fishing expeditions*; y
- si las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial.

La Directiva hace entonces algunas consideraciones sobre tipos concretos de información y sobre la ponderación de intereses a realizar por el juez.

En relación a la información confidencial, la Directiva supedita su protección a la decisión del propio juez nacional, que podrá ordenar también la exhibición de este tipo de información cuando lo considere pertinente. También se establece, de manera explícita, que el interés de las empresas por evitar las acciones de daños no podrá constituir un interés legítimo para rechazar las solicitudes de exhibición, y que deberán salvaguardarse las disposiciones que protegen el privilegio profesional legal, aplicable de acuerdo con el Derecho de la UE y/o el nacional. Finalmente, se recuerda que ésta es una Directiva de mínimos y que, por tanto, no prohíbe a los Estados miembros establecer sistemas de exhibición de prueba más amplios.

Nos encontramos, por tanto, ante un sistema de exhibición de pruebas traído del modelo anglosajón y conocido como *pre-trial discovery*: un mecanismo de compulsión mediante el que las partes en un procedimiento pueden exigirse la entrega de pruebas ante el tribunal, y suele dar lugar al acceso del demandante a enormes cantidades de documentación, muchas de ellas de carácter confidencial. Para muchos supone una ventaja decisiva a la hora de demandar y permite salvar los problemas derivados de la asimetría de información que a veces existen en estos casos.

Un modelo como éste, supone, sin embargo, una verdadera revolución en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de tradición continental. Para reducir en cierta medida el impacto de una novedad así, la Directiva intenta cuidarse de que la regulación pueda ser compatible con las tradiciones legales de la mayoría de los Estados miembros⁽²¹⁾. De ahí, por ejemplo, el

(21) Con vistas a la preparación del proceso, en España contamos con la figura de las diligencias preliminares, que en su regulación actual (artículos 256 y siguientes de la LEC) tienen un alcance mucho más limitado que la regulación que cabe esperar al amparo de la Directiva. En efecto, en la preparación de complejos procesos parece adecuado contar con una regulación complementaria a la existente actualmente bajo la rúbrica de

mantenimiento del papel fundamental y obligatorio del órgano judicial, que es el único que podrá ordenar cualquier forma de exhibición.

Es importante recordar que el sistema de exhibición de pruebas contemplado en la Directiva es recíproco, por lo que también se encuentra disponible para el demandado en caso de requerir determinadas pruebas que estén en poder del demandante o de terceros. Esta consideración es relevante sobre todo para aquellos casos en los que el demandado quiera emplear la defensa del «*passing-on*» (ver apartado 2.6.).

La regulación tiene, lógicamente, varios puntos que podrán no estar exentos de controversia. En lo que se refiere al tratamiento de la confidencialidad, el juez deberá cuidarse de que pondera adecuadamente los intereses contrapuestos, del demandante de daños, que tiene un interés legítimo a obtener el resarcimiento, pero también del demandado, muchos de cuyos datos en el expediente previsiblemente constituyen secretos de negocio y se encuentran protegidos por la Ley (en España, por ejemplo, artículo 42 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

Además la armonización pretendida por la Directiva se extiende a los litigios civiles. Y quizás el acceso al expediente de los damnificados pueda producirse en muchos casos antes de llegar a la jurisdicción civil. En concreto, en aquellos supuestos en que la acción civil haya ido precedida por una investigación administrativa, los eventuales perjudicados podrían tratar de obtener la condición de interesados en el procedimiento administrativo correspondiente, según los criterios de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico administrativo y procedimiento administrativo común (artículo 31). En efecto, los potenciales perjudicados por la infracción de Derecho de la competencia deben encajar cómodamente en el concepto administrativo de interesado. Cosa que, por cierto, nuestra Comisión Nacional de Mercados y Competencia parece ella misma ignorar a día de hoy en algún precedente concreto que hemos visto. Puede que esa reticencia sea debida a un temor a vulnerar la confidencialidad de ciertos datos, pero este es un temor que no debería existir a la vista de la existencia de los procedimientos de confidencialidad previstos por la ley.

b) Límites relativos a la exhibición de medios de prueba contenidos en el expediente de una autoridad de la competencia

(a) Junto con los límites anteriormente señalados, el artículo 6 de la Directiva de Daños establece los límites en relación con la exhibición de pruebas incluidas en el expediente de una autoridad de la competencia. Se trata de una de las disposiciones de mayor relevancia, en tanto que regula de forma directa el primer objetivo que citábamos anteriormente, la optimización de la interacción entre aplicación pública y privada del Derecho de la competencia. La Directiva distingue entre (a) los documentos que nunca podrán

las diligencias preliminares, como técnica para posibilitar la iniciación de acciones legales como las descritas en este artículo.

ser exhibidos («lista negra»), (b) los que podrán ser exhibidos una vez finalizado el procedimiento administrativo («lista gris») y, (c) finalmente, el resto de documentos que pueden exhibirse en cualquier momento («lista blanca»). La Directiva contempla dos tipos de documentos cuya protección es absoluta; es decir, bajo ninguna circunstancia puede ordenarse su exhibición en estos procedimientos. Es lo que se conoce como la «lista negra» y la integran (i) las declaraciones de las empresas en el marco de un programa de clemencia y (ii) las solicitudes de transacción que han sido aceptadas por la autoridad administrativa de competencia⁽²²⁾.

(b) Se establece, asimismo, como «lista gris» la protección temporal de ciertos documentos, que se extiende hasta la terminación del expediente administrativo. Está integrada, por una parte, por (i) los documentos elaborados específicamente por las partes, tales como las respuestas a los requerimientos de información, y por las autoridades, tales como los pliegos de cargos o las propuestas de resolución, a efectos del procedimiento de aplicación pública y, por otra parte, (ii) por las solicitudes de transacción que hayan sido retiradas posteriormente.

En referencia a las dos listas anteriores, esta limitación no sólo es válida para la orden de exhibición por parte de los órganos judiciales, sino que la presentación de pruebas de alguna de las dos categorías señaladas por alguna de las partes de la demanda, cuando esas pruebas hayan sido obtenidas por haber formado parte como interesado en el expediente, también será inadmisibles (de forma absoluta para los documentos de la lista negra y de manera temporal para los documentos de la lista gris).

(c) Los documentos no incluidos en las dos categorías anteriores («lista blanca») podrán ser exhibidos por orden judicial en cualquier momento.

Además, en esta sección, se hace referencia a los límites legales a la exhibición de pruebas recogidos por las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos⁽²³⁾, así como por las normas y prácticas del Derecho de la UE o nacional sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre dichas autoridades. También se establecen unos criterios concretos, a emplear por el juez, para evaluar la proporcionalidad de las órdenes judiciales de exhibición de estos específicos medios de prueba derivados de los procedimientos de aplicación pública:

(22) Se pretender así zanjar la incertidumbre que el TJUE no logró resolver en *Pfleiderer* (anteriormente citada) en la que se declaró que a falta de normativa comunitaria en la materia, correspondía a los jueces nacionales decidir caso por caso si procedía o no el acceso por el demandante a los citados documentos en el ejercicio de ponderación judicial de intereses caso por caso.

(23) Con arreglo al Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, DOUE 31.5.2001, L 145/43.

- El juez podrá tener en cuenta, en primer lugar, si la solicitud de exhibición de medios de prueba presentada por alguna de las partes ha sido formulada con especificación de la naturaleza, objeto y contenido de los documentos requeridos. El objeto de este criterio no es otro que el de evitar solicitudes de exhibición excesivamente amplias, que produzcan un efecto similar a lo que en el ámbito de actuaciones inspectoras se viene denominando como «*fishing expeditions*».

- En segundo lugar, se considerará si efectivamente la parte que lo solicita lo hace en relación con una acción por daños ante un juez nacional, y no para otros fines distintos.

- Finalmente, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán en cuenta, en relación con las solicitudes de exhibición de documentos de la lista gris dirigidas a las autoridades de la competencia, la necesidad objetiva de éstas, no aceptándose las de aquellos documentos que obren ya en poder de la otra parte o de un tercero.

Para reforzar el poder de las autoridades judiciales en la tramitación de las solicitudes de exhibición emitidas de conformidad con este capítulo de la Directiva, ésta prevé que los Estados Miembros deberán poner a disposición de los jueces normas sancionadoras lo suficientemente disuasorias como para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de exhibición. Entre estas podrán incluirse las presunciones de culpabilidad de la parte que vulnera las obligaciones de exhibición.

2.3. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES FIRMES DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

El nuevo efecto vinculante de las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de la competencia se introduce en sintonía con lo que ya establecía para las resoluciones de la Comisión Europea en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003⁽²⁴⁾. Dicho precepto dotaba a estas decisiones de efecto probatorio en las demandas posteriores por daños y perjuicios a nivel nacional, puesto que un juez nacional no puede adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con decisiones de la Comisión Europea.

La Directiva atiende al efecto de las resoluciones nacionales, estableciendo lo siguiente⁽²⁵⁾:

«Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante...»

(24) Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE 4.1.2003, L 1/1.

(25) Ver artículo 9 de la Directiva de Daños.

un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia».

Se trata de una medida que atiende, sobre todo, a las exigencias de eficiencia procesal. De esta manera, si una resolución o sentencia firme de las autoridades de competencia o de los jueces nacionales ya ha establecido la comisión de una infracción, resulta innecesario, además de suponer un freno al ejercicio de las reclamaciones de daños y generar inseguridad jurídica, que la empresa infractora pueda volver a plantear los mismos argumentos en este sentido ante la jurisdicción civil.

El efecto vinculante de las resoluciones administrativas de las autoridades de competencia resulta también, a día de hoy, una novedad para el sistema judicial español. Los jueces españoles no están vinculados jurídicamente por las resoluciones emanadas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), sin perjuicio de que puedan guiarse o dejarse influir por ellas. El examen jurídico, por tanto, a realizar por los jueces que conocen del asunto en los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios en este ámbito puede extenderse a todos los aspectos de hecho y derecho, sin limitación alguna, que el caso presente, incluso cuando hayan sido ya examinados y calificados por la CNMC en el ejercicio de su función de aplicación pública del Derecho de la competencia.

Por una parte puede pensarse que resultará difícil adaptar el ordenamiento jurídico español a este aspecto de la Directiva de Daños. En ningún caso se ha planteado antes que una resolución administrativa pueda vincular a los jueces de lo civil, y ni siquiera las resoluciones judiciales firmes en vía Contencioso-Administrativa, si bien, a efectos prácticos no cabe duda de que una Resolución administrativa proveniente de una Autoridad administrativa cualificada ha de pesar en la mente del Juez civil. De otra parte, sin embargo, bien pensado y articulado, el sistema propugnado por la Directiva no tendría por qué plantear problemas siempre que el carácter vinculante se atribuya a la Resolución administrativa que haya devenido firme, bien por haber sido confirmada en la última instancia judicial, o bien por no haber sido recurrida en tiempo y forma (planteamiento que tiene pleno apoyo en la redacción de la Directiva). De esa manera, si un Juez de lo civil o mercantil se encuentra con una Resolución administrativa que sirva de base para la acción de daños, con la que ese Juez no está de acuerdo, el Juez deberá preguntarse si la Resolución en cuestión ha devenido firme, o no. Si no es firme, entonces el Juez debería poder, en su caso, recurrir a la prejudicialidad administrativa. Si la Resolución ha devenido firme, probablemente el Juez debería actuar en función de las circunstancias y de sus facultades de apreciación. No debería ser lo mismo una firmeza adquirida tras haber pasado por los tribunales en revisión administrativa (caso en que la garantía del administrado, en este caso la empresa infractora, debe considerarse plenamente servida con el paso por los tribunales) que la firmeza adquirida meramente por no haber recurrido la resolución administrativa en tiempo y forma, a veces incluso por

un descuido de la empresa infractora. En este segundo supuesto, parece más razonable que el Juez de lo civil o mercantil tuviera capacidad para cuestionarse la validez de la Resolución administrativa. Es una interesante cuestión, que en la mayoría de las ocasiones será puramente académica, por cuanto los jueces deberían en general aceptar los criterios de los órganos «especialistas» (la Autoridad de competencia, en su caso sujeta a control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); y si tuvieran serias dudas acerca de la legalidad de la Resolución administrativa en muchos casos, probablemente la mayoría, deberían poder recurrir a la prejudicialidad administrativa como ya ha sido advertido. Sí es cierto sin embargo que en circunstancias concretas de resoluciones administrativas devenidas firmes sin el necesario filtro judicial, amputar la potestad del Juez civil para someter a revisión aspectos concretos de la Resolución administrativa, puede llegar a plantear algún problema, incluso de constitucionalidad como decíamos.

En todo caso, lo anterior lleva a pensar que, desde el punto de vista de la empresa infractora en un procedimiento de Defensa de la Competencia (y por tanto potencial demandada en una acción de resarcimiento) parece conveniente agotar los recursos de revisión en vía Contencioso-Administrativa como medio para dilatar todo lo posible y en su caso obtener una mejor posición, en el ámbito de la reclamación civil.

2.4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Los nuevos plazos, de carácter mínimo, establecidos por la Directiva tienen el objeto de brindar a las víctimas de las infracciones de un período de tiempo razonable para que puedan ejercitar las acciones de daños⁽²⁶⁾. Período que, en España, contrasta con el de un año establecido para la prescripción de acciones por responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código Civil), que son las que rigen a día de hoy por ejemplo en materia de cárteles (artículo 1968 del Código Civil), si bien de todos es sabido que estos plazos se interrumpen fácilmente mediante, por ejemplo, la reclamación (artículo 1973 del Código Civil).

En primer lugar, la Directiva establece la regla de que los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento razonable de la conducta y el hecho que sea constitutivo de la infracción, de que dicha infracción le haya originado un perjuicio y de la identidad del infractor.

En segundo lugar, se fija el plazo mínimo de preinscripción en cinco años a contar desde el momento descrito anteriormente. Finalmente, se establecen los supuestos en los que la suspensión de dicho plazo ha de ser obligatoria en todos los Estados Miembros: en caso de que una autoridad incoe un procedimiento en relación con la infracción, el plazo debe suspenderse al menos un

(26) Ver artículo 10 de la Directiva de Daños.

año a contar desde el momento en que haya recaído resolución firme o haya cesado de cualquier otra forma el procedimiento.

2.5. RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA

La Directiva, entra a regular también los casos en los que varias empresas hayan infringido conjuntamente las normas de la competencia (siendo el ejemplo más común el cártel)⁽²⁷⁾. Se establece un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria por el total del perjuicio causado. Se pretende facilitar así a las víctimas el ejercicio de la reclamación al poder dirigirse éstas, en principio, frente a cualquiera de los infractores por la totalidad de los daños sufridos.

A la vez, la Directiva modifica el régimen de responsabilidad tradicional conjunto y solidario para amparar a los beneficiarios de dispensa por aplicación de los programas de clemencia. El objetivo es lógicamente salvaguardar la continuidad de estos programas de clemencia. En este sentido, la Propuesta de Directiva ya hacía una reflexión interesante a estos efectos al indicar que:

«Como resulta menos probable que los beneficiarios de clemencia recurran una resolución de infracción, para ellos suele convertirse en firme antes que para otros miembros del mismo cártel, con lo que los beneficiarios de clemencia podrían ser los primeros contra quienes se dirijan las demandas por daños y perjuicios».

Por ello, la Directiva limita la responsabilidad del clemente, así como la contribución que adeuda a los co-infractores en caso de repetición contra él, al perjuicio que haya causado únicamente a sus propios compradores directos o indirectos o, en el caso de un cártel de compra, a sus proveedores directos o indirectos. Si el cártel solo causa perjuicios a terceros distintos de los clientes o proveedores de las empresas infractoras, el clemente sólo responderá de su cuota de daños causados por el cártel. Con respecto a esto último, las fórmulas y criterios para calcular estas cuotas quedan a discreción de los Estados miembros, siempre y cuando respeten los principios de equivalencia y eficacia.

Sin embargo, esta limitación para mantener el equilibrio entre protección de la aplicación pública del Derecho de la competencia, a través de los programas de clemencia, y protección de las víctimas del cártel no tiene carácter absoluto. De hecho, el clemente seguirá siendo responsable del pleno resarcimiento de la víctima si el resto de las empresas infractoras no pueden hacer frente al total de la indemnización.

El sistema de responsabilidad por el perjuicio causado también introduce a través de la Directiva provisiones encaminadas a la protección de las pequeñas y medianas empresas de la UE («PYMEs»). Así, la Directiva de Daños establece que las PYMEs infractoras sólo serán responsables ante sus propios compradores si sus cuotas de mercado son inferiores al 5% y si la aplicación de las disposiciones normales sobre responsabilidad conjunta y solidaria podrían suponer una merma para su viabilidad económica y causar una pérdida

(27) Ver artículo 11 de la Directiva de Daños.

de todo valor de sus activos⁽²⁸⁾. Las PYMEs que cumplan estos requisitos, sin embargo, perderán este beneficio cuando hayan desempeñado un papel instigador en la infracción o sean reincidentes en cuanto a la comisión de previas infracciones del Derecho de la competencia.

Finalmente, el sistema de responsabilidad que contempla la Directiva de Daños establece la necesidad de que los Estados Miembros velen por que todo infractor pueda repetir de cualquier otro infractor una contribución cuyo importe se fijará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado⁽²⁹⁾.

2.6. «PASSING ON DEFENSE»

La Directiva otorga validez legal al argumento (comúnmente conocido con la expresión procedente del Derecho de Estados Unidos «*passing on defense*») invocado por la parte demandada en aquellos casos en los que se demuestre que el sobrecoste ocasionado por la conducta anticompetitiva ya ha sido repercutido por sus compradores víctimas directas del perjuicio en los precios cargados a su vez a sus compradores en los mercados aguas abajo⁽³⁰⁾. Se pretende así encuadrar la prohibición de obtener sobrecompensaciones. Estas disposiciones, deben aplicarse a la inversa en los casos en los que la repercusión del sobrecoste se haga en la dirección opuesta, de abajo hacia arriba, lo que sucede en los llamados cárteles de compra, en los que los que sufren el perjuicio son los proveedores de los infractores.

La carga de la prueba de la existencia de repercusión de costes corresponde al demandado que la invoca y, para ello, podrá hacer uso del sistema de exhibición de medios de prueba que, como decíamos, es recíproco y por tanto puede también ser activado por el demandado.

Para cerrar y completar el sistema de la defensa basada en la repercusión de costes, el mismo capítulo recoge las condiciones que deben cumplir los llamados compradores indirectos, que son aquellos sobre los que se repercute el sobrecoste por parte de los compradores directos y que podrán, según la Directiva, reclamar frente a los infractores. Los compradores indirectos deberán demostrar (i) que el demandado ha cometido efectivamente una infracción del Derecho de la competencia, (ii) que dicha infracción tuvo como consecuencia el sobrecoste para el comprador directo del demandado y (iii) que el comprador indirecto adquirió los bienes y servicios objeto de la infracción sobre los que se repercutió ese sobrecoste.

Finalmente, se establece que cuando partes perjudicadas situadas en distintos niveles de la cadena de suministro ejerciten distintas demandas de daños en relación con la misma infracción, los jueces nacionales deberán tener en consideración dicha multiplicidad de demandas paralelas o previas

(28) Ver apartado 3 del artículo 11 de la Directiva de Daños.

(29) Ver artículo 11 de la Directiva de Daños.

(30) Ver Capítulo IV de la Directiva de Daños sobre «repercusión de costes».

para evitar compensaciones insuficientes o excesivas del daño y fomentar la coherencia entre los procedimientos conexos. En este sentido, las demandas que estén siendo tramitadas ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros pueden considerarse conexas a tenor de lo establecido en el artículo 30 del Reglamento (CE) núm. 1215/2012⁽³¹⁾. Ello implica que guardan una relación tan estrecha que la solución más eficiente es tramitarlas y resolverlas juntas para evitar resoluciones contrarias. Por ello, el juez distinto a aquél al que se le haya referido el asunto en primer lugar puede suspender el procedimiento o inhibirse, si el requerido en primer lugar es competente y si la acumulación de los asuntos es conforme a la legalidad vigente en el Estado Miembro en cuestión. Por tanto, la Directiva amplía el ámbito de conexión de las demandas establecido por el Reglamento núm. 1215/2012 en el sentido de que incluiría como demandas conexas aquellas ejercitadas por operadores situados en distintos escalones de la cadena de suministro.

Lo cierto es que el español es uno de los pocos ordenamientos en la UE cuya jurisprudencia ha reconocido expresamente la validez de la repercusión de costes como argumento a invocar por el demandado ante las reclamaciones de las víctimas. Esta admisión jurisprudencial se produjo a través de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en las reclamaciones «*follow-on*» del cártel del azúcar, en los casos *ACOR* y *EBRO*⁽³²⁾.

En particular, varias de las empresas que compraron azúcar para uso industrial a las compañías sancionadas interpusieron demandas civiles de reclamación de daños y perjuicios sufridos. Los procedimientos de reclamación ante la jurisdicción civil finalizaron en la condena a una indemnización por los infractores de 1,1 millones de euros para las demandantes. En el caso *EBRO*, la Sentencia del Tribunal Supremo reconoció expresamente la validez del argumento de la repercusión de costes. Sin embargo, inadmitió la aplicabilidad de la defensa en este caso concreto porque la carga de la prueba debía corresponder al demandado y los demandados en este caso no habían cumplido con dicha obligación.

2.7. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO Y PRESUNCIONES EN BENEFICIO DE LAS VÍCTIMAS: PRESUNCIÓN «*JURIS TANTUM*» DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO

El Capítulo V de la Directiva establece tres provisiones claves para la mejora de la situación de las víctimas de infracciones en el ejercicio de las acciones de daños. Son de sobra conocidas las dificultades técnicas y los costes

(31) Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351 de 20.12.2012, p. 1.

(32) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, número de recurso 344/2012 (caso *ACOR*) y Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, número de recurso 651/2013 (caso *EBRO*).

económicos que supone la prueba y, sobre todo, cuantificación de los daños sufridos por infracciones del Derecho de la competencia, pues normalmente la determinación de la cuantía entraña la utilización de complejos modelos económicos que únicamente pueden controlar expertos en la materia.

Para reducir los obstáculos derivados de lo anterior, en primer lugar, se establece, como desarrollo al principio general de eficacia, que ni los estándares exigibles ni la carga de la prueba pueden resultar de tal magnitud que hagan imposible o muy difícil la demostración de que se ha sufrido un perjuicio. Al mismo tiempo, en aquellos casos en los que la prueba del daño sea, por las propias circunstancias de la infracción, muy difícil y costosa, los jueces nacionales han de estar facultados para poder realizar una estimación de los perjuicios.

Por otro lado, con el mismo objetivo, este precepto establece la presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, rebatible por el demandado, de la existencia del daño para las víctimas de un cártel. El origen de esta presunción está basado en la constatación de que más de nueve de cada diez cárteles ocasionan un coste excesivo ilícito⁽³³⁾. Es importante resaltar que la presunción se aplica únicamente a los casos de cárteles y no a otras infracciones del Derecho de la competencia como el abuso de posición de dominio. La distinción en este sentido parece carecer de sentido, teniendo en cuenta que conllevaría una discriminación entre las víctimas de un tipo de infracción y otra.

La introducción en el ordenamiento jurídico español y, en concreto, en el derecho de reclamación de daños, de una presunción de la naturaleza que señala Directiva, supone una novedad relevante para el ejercicio de estas acciones. Y ello es así porque, precisamente, uno de los pilares fundamentales del Derecho de daños en España es la obligación del demandante de probar la existencia, cuantificación y causalidad entre el daño y la conducta.

Finalmente, para asistir en la cuantificación del daño, los jueces nacionales podrán solicitar el asesoramiento de la autoridad de la competencia.

En relación con la determinación de la cuantía del perjuicio, la Comisión Europea publicó de manera previa a la Directiva, una Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁽³⁴⁾. La Comunicación va acompañada además por una guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio. Estos instrumentos, pese a ofrecer criterios no vinculantes sino meramente orientativos, pueden suponer una importante ayuda para jueces nacionales sobre todo en aquellos casos en los

(33) Así se ponía de manifiesto en el estudio preparado para la Comisión Europea en diciembre de 2009 con el título «*Quantifying antitrust damages – towards a non-binding guidance for courts*» disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

(34) C(2013) 3440.

que les corresponda a ellos hacer una estimación cuando la cuantificación de los daños sea muy difícil o imposible.

2.8. OTROS ASPECTOS

La Directiva regula, por lo demás, otros aspectos adicionales en relación con las acciones civiles de reclamación de daños en sus últimos preceptos.

Las víctimas de las infracciones del Derecho de la competencia, no sólo pueden alcanzar el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido por vía del ejercicio de acciones de daños. La Directiva se hace eco de las llamadas soluciones extrajudiciales consensuadas⁽³⁵⁾. El objetivo es, ante todo, facilitar el alcance de estas soluciones consensuadas, ajenas a los procedimientos judiciales, que suelen ahorrar costes y tiempo a las partes. Para ello, la Directiva suspende el plazo de preinscripción de la acción de daños durante el tiempo que dure la solución extrajudicial. De la misma manera, si las partes deciden acudir a la solución extrajudicial en un momento posterior al ejercicio de la acción de daños, el órgano jurisdiccional debe poder suspender el procedimiento judicial que se hubiera iniciado ya.

Otra medida para el fomento de las soluciones extrajudiciales consiste en evitar que los infractores que deciden participar en estas soluciones se puedan ver en una posición menos ventajosa de la que tendrían si hubieran continuado en el procedimiento judicial. Para ello, la Directiva también prevé que estos infractores que colaboran no estén obligados contribuir, al menos en principio, con sus co-infractores cuando éstos hayan abonado una indemnización al perjudicado con el que el primero ha llegado ya a un acuerdo extrajudicial. Se trata de un beneficio parecido al previsto para los beneficiarios de clemencia en el artículo 11 de la Directiva.

Otro de los aspectos que merece, al menos, una mención, es la atención suscitada a partir de la primera Propuesta de Directiva por las reclamaciones colectivas de daños. Lo cierto es que la Directiva no ha contemplado la posibilidad de ejercitar acciones colectivas por daños y perjuicios. Sin embargo, en 2013, la Comisión publicó junto con la Propuesta, una Recomendación⁽³⁶⁾ sobre estas acciones. Si bien es cierto que las Recomendaciones de la Comisión Europea carecen de fuerza vinculante, la Recomendación sobre recursos colectivos va dirigida a promover que los Estados miembros permitan y faciliten su ejercicio en sus ordenamientos jurídicos nacionales.

3. CONCLUSIONES

Según el artículo 21 de la Directiva de Daños, los Estados miembros tienen un plazo de dos años para realizar la transposición de la Directiva a sus respectivas legislaciones nacionales, finalizando dicho plazo el 27 de diciembre de 2016. Se estima que no será una implementación fácil, fundamentalmente

(35) Ver Artículos 18 y 19 de la Directiva de Daños.

(36) DOUE L 201/60, 26.07.2013.

debido a lo novedoso de sus contenidos y al cambio radical que algunos de estos aspectos, sobre todo de carácter procesal, suponen para las tradiciones jurídicas de determinados Estados miembros. Además, resultará particularmente costoso para aquellos ordenamientos donde los programas de clemencia han tenido una mayor acogida estos últimos años, pues aunque la Directiva, como hemos visto, incluye numerosos preceptos dirigidos a proteger la figura del beneficiario de clemencia, previsiblemente no será fácil conciliar este instrumento de aplicación pública del Derecho de la competencia con la nueva promoción de las reclamaciones de daños.

Si bien el mensaje final es claro, y las medidas emprendidas suponen un paso adelante, no es menos cierto que algunos de los problemas existentes en relación particularmente con la incertidumbre de los operadores económicos, seguirá presente. Por ejemplo, el recurso que la Directiva hace al principio de proporcionalidad como criterio a emplear por los órganos jurisdiccionales en la toma de decisiones relativas a la exhibición de medios de prueba hará que la práctica varíe notablemente de unas jurisdicciones a otras. En este sentido, la inseguridad jurídica planteada a raíz de la Sentencia del TJUE en el asunto *Pfleiderer*, seguirá existiendo en la medida en que la decisión final sobre la exhibición de determinados tipos de documentos dependerá íntegramente del criterio judicial. Otro ejemplo sobre posibles futuras cuestiones que se pueden plantear, es que la Directiva no aclara si los que han sido declarados responsables solidarios del pago de la deuda en los procedimientos administrativos sancionadores, podrán ser también demandados en las reclamaciones de daños. Este aspecto será de particular importancia con respecto a los grandes grupos de sociedades.

Además, en conjunción con lo anterior, es necesario no perder de vista el hecho de que la Directiva de Daños es un instrumento normativo de mínimos, lo que implica que, a la hora de proceder a su adopción, los Estados miembros podrán ir «más allá» de lo que la Directiva establece. Así, mientras que algunos Estados, por ejemplo, se limitarán a aumentar el plazo de prescripción de la acción de daños en cinco años como señala la Directiva, otros probablemente fijen plazos más elevados. Por ello, es posible que el fenómeno del *forum shopping* no desaparezca y, por ende, las empresas situadas en los distintos Estados miembros seguirán compitiendo en este sentido en desigualdad de condiciones. Cuestión distinta es si el *forum shopping* es algo negativo en sí mismo, también puede ser que una suerte de competencia legislativa no fuera algo intrínsecamente malo. Competencia existe en todo caso en la medida en que unos Estados son percibidos en términos generales (y en lo que se refiere a la administración de justicia en particular) como mejores o más eficaces o mejor garantes de la seguridad jurídica, que otros.

En relación con el mecanismo del *pre-trial discovery*, mientras que algunos Estados podrán integrarlo en sus sistemas legales sin demasiados obstáculos, para otros el *discovery* puede llegar a plantear contradicciones de carácter incluso constitucional, en la medida en que entren en ocasiones en conflicto

con determinadas a libertades o derechos fundamentales como la libertad de empresa (artículo 38 CE) o el derecho a la intimidad (artículo 18 CE).

En general, estimamos que los avances introducidos por la Directiva son positivos, pues suponen un paso hacia delante en un ámbito que claramente necesitaba de la urgente atención del legislador comunitario. Queda claro que la configuración de los sistemas nacionales de reclamación, con algunas excepciones, no han podido o no han sabido fomentar el recurso a las acciones de daños, y ello ha provocado que la indefensión generalizada de víctimas de las infracciones del Derecho de la competencia en la UE. Ello además, ha derivado, a menudo, en la impunidad de empresas infractoras en el ámbito privado, pues las reclamaciones de daños no suponían un riesgo real a medir a la hora de infringir el Derecho de la competencia.

También resulta positivo que, pese a su esencia claramente pro-demandante, la Directiva procure en todo caso conciliar esta finalidad con la optimización de la interacción entre los sistemas de aplicación. La salvaguarda de los programas de clemencia hace que la protección de las víctimas no conlleve un paso atrás en la erradicación de los cárteles en la UE.

Se trata, por tanto, de un área típica del Derecho privado (resarcimiento de daños) con claros tintes de orden público donde la armonización de ambos no siempre es fácil. En definitiva, es pronto para realizar un juicio concreto sobre cómo quedará la regulación para la recuperación de los daños y perjuicios en materia antitrust. Habrá que esperar a ver cómo queda la incorporación de la Directiva en los Derechos nacionales, y deberá pasar más tiempo todavía hasta ver cómo dicha normativa interna es aplicada por los tribunales. La Directiva tiene, ciertamente, algunos aspectos en los que la regulación se antoja insuficiente o incompleta. En otros, es un esfuerzo encomiable para impulsar un área que, en última instancia, se considera que puede tener un efecto positivo sobre la competencia al actuar como (potencialmente) el mayor elemento de disuasión contra las conductas anticompetitivas (mayor incluso a las sanciones administrativas por infracción del Derecho de la competencia).