

**CONSULTA PÚBLICA DE LA CNMC
SOBRE EL SEGUNDO BORRADOR DE
GUÍA DE CUANTIFICACIÓN DE
DAÑOS POR INFRACCIONES DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA
(G-2020-03)**

En Madrid, a 15 de noviembre de 2022

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
A. PRESENTACIÓN DEL DESPACHO.....	4
B. SOBRE EL OBJETO DE LA CONSULTA PÚBLICA; CONSIDERACIONES GENERALES AL BORRADOR DE GUÍA.....	5
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUÍA: CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	7
III. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD COMO ELEMENTO CLAVE PARA LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS.....	8
A. SOBRE EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	8
B. NO SE PUEDE MENOSCABAR EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EXIGIENDO UN ESTÁNDAR DESMESURADO A LAS PRUEBAS PERICIALES.....	10
B.1 La escasa disponibilidad de los datos necesarios para elaborar un modelo de cuantificación “ideal” como los descritos en el Borrador de Guía.....	11
B.1.1 Acceso al expediente de la autoridad de competencia.....	12
B.1.2 Acceso a fuentes de prueba.....	12
B.1.3 Informe pericial judicial.....	14
B.2 Los elevados costes que implica la elaboración de informes periciales con el estándar descrito en el Borrador de Guía.....	
B.3 Poca fiabilidad de los cálculos incluso utilizando los métodos de cuantificación descritos.....	15
IV. SOLUCIONES/PROPUESTAS PARA GARANTIZAR UN SISTEMA QUE CUMPLA CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	19
A. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LAS EXIGENCIAS AL INFORME DE UNA PARTE Y EL CONTRAINFORME.....	19
B. NECESARIA INSISTENCIA EN LA NATURALEZA NO VINCULANTE DE LA GUÍA.....	23
C. RELEVANCIA DE LOS ESTUDIOS GENÉRICOS Y METAANÁLISIS, ASÍ COMO DE LA JURISPRUDENCIA YA DICTADA PREVIAMENTE.....	25

V. ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO.....	27
A. EL USO DE DATOS INCLUIDOS EN LOS INFORMES PERICIALES.	28
B. LOS RESULTADOS INCLUIDOS EN ESTUDIOS ECONÓMICOS Y METAANÁLISIS.....	29
C. INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA.....	29
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES.....	32

ESTUDIO JURÍDICO EJASO, S.L., con domicilio en C/Goya, 15, 28001 Madrid, CIF B-83386490, teléfono 915341480, y correos electrónicos a efectos de notificaciones , por medio del presente

formula las siguientes

OBSERVACIONES

I. INTRODUCCIÓN

A. PRESENTACIÓN DEL DESPACHO

1. **Estudio Jurídico EJASO, S.L.** (EJASO de aquí en adelante) es un Despacho de abogados multidisciplinar con sede central en Madrid y con oficinas en las principales ciudades de España, así como en Lisboa, contando, además, a través de su integración en el grupo ETL GLOBAL, con una amplia red de despachos colaboradores a nivel internacional.
2. En España, EJASO **ha sido pionero en las reclamaciones de daños derivados de conductas infractoras del derecho de la competencia**, contando con una **larga trayectoria** en este tipo de procedimientos a nivel nacional y comunitario en diversos sectores económicos.
3. Con carácter general, aplaudimos la iniciativa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de elaborar una Guía técnica sobre la cuantificación, ya que constituye una importante oportunidad de avance para este tipo de litigios, cada vez más frecuentes en nuestro país y, habitualmente, de una enorme complejidad técnica.
4. EJASO, tras la experiencia adquirida en todos estos años en la materia, tiene la intención de destacar algunos aspectos concretos y presentar una serie de sugerencias para su posible consideración por parte de la CNMC a la hora de elaborar la Guía definitiva. De esta forma, se pretende contribuir a la elaboración de una Guía que verdaderamente pueda facilitar la labor de cuantificación del daño, con el fin último de que los órganos judiciales

puedan reparar de forma efectiva e íntegra los perjuicios ocasionados a **los perjudicados por una actuación anticompetitiva.**

B. SOBRE EL OBJETO DE LA CONSULTA PÚBLICA; CONSIDERACIONES GENERALES AL BORRADOR DE GUÍA

5. El pasado 27/09/2022, la CNMC lanzó una consulta pública sobre el segundo Borrador de Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia (en adelante, el **Borrador de Guía** o la **Guía**), elaborado con fecha de 15/09/2022 y que, tras la ampliación del plazo por parte de la CNMC, se encuentra en trámite de consulta pública hasta el próximo 15/11/2022.
6. Este segundo Borrador de Guía constituye un avance significativo, en cuanto a su calidad y extensión, con respecto a la primera versión del documento que se había publicado el 30/07/2021 y que ahora se complementa, entre otros elementos adicionales, con listas de comprobaciones (checklists) y anexos con glosarios y un caso práctico.
7. Expresamente se señala por la CNMC (*Ordinal 9* del Borrador) que se pretende facilitar con la Guía la tarea de comprensión y elaboración de los informes periciales, y ello en primer lugar para ayudar a los órganos jurisdiccionales encargados de conocer de los procedimientos judiciales de estas reclamaciones, pero también para que sirva de orientación a las partes en los procesos, los peritos y letrados y al público en general.
8. En este contexto, se hace referencia a la existencia de otras guías que igualmente tienen la intención de asistir a los órganos judiciales en la estimación de daños, como son la “*Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículo 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*” de 2013, o las “*Directrices de la Comisión Europea sobre cómo calcular la cuota del sobre coste que se repercutió al comprador indirecto*” de 2019. La CNMC pretende con su Guía complementar las ya existentes y aportar valor añadido, tratando de facilitar la comprensión de los criterios y métodos.

9. Ante este carácter complementario de las diferentes guías, existe un cierto riesgo de solapamientos y confusiones, pero también de contradicción. Puesto que estas guías tratan en gran medida los mismos aspectos facilitando recomendaciones, pueden derivar, si bien de forma no intencionada, en interpretaciones diferentes o incluso opuestas; máxime cuando la Guía de la Comisión Europea de 2013 es anterior a la entrada en vigor 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*” (**Directiva de Daños**, de aquí en adelante) así como de su transposición al derecho español mediante *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo*, mientras que el Borrador de la Guía ya tiene en cuenta este nuevo marco regulatorio.
10. Dado que no existe jerarquía entre ambas guías, EJASO considera de **suma importancia prestar especial cuidado y partir de esta realidad (existencia de diversas guías con contenidos parecidos, pero no idénticos) para evitar no añadir un mayor grado de dificultad a la labor de los órganos judiciales y demás destinatarios del Borrador de Guía, facilitando en todo caso recomendaciones que eviten dar lugar a interpretaciones discrepantes.**
11. En los *Ordinales 2 y 13* del Borrador, se recoge (acertadamente, a juicio de esta parte), que el **artículo 3** de la Directiva de Daños, así como el **artículo 72** de la “*Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*” (**LDC** de aquí en adelante) reconocen expresamente el derecho al pleno resarcimiento de los daños ocasionados. Sin embargo, ya antes de la Directiva y su transposición, el **artículo 1.902** del Código Civil, junto a la jurisprudencia asentada sobre esta materia a nivel nacional y comunitario¹, preveían esta posibilidad, no tratándose de derechos nuevos. Creemos conveniente añadir esta precisión, máxime cuando a día de hoy aún existen reclamaciones y procedimientos no sometidas a las regulaciones actualmente en vigor.

¹ A título de ejemplo, STJUE de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C 453/99, EU:C:2001:465

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUÍA: CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

12. Aun cuando en su *Ordinal 18* del Borrador de Guía, dentro de las conductas anticompetitivas que pueden motivar una reclamación de daños, la CNMC se refiere de forma expresa a las conductas colusorias y al abuso de posición de dominio, incluyendo dentro del primer grupo las restricciones verticales, queremos poner de relieve que, esta definición amplia del ámbito de aplicación se desdibuja en el desarrollo de las recomendaciones y orientaciones, que están principalmente referidas a los cárteles.
13. EJASO es plenamente consciente de la complejidad que conlleva el desarrollar un trabajo de esta naturaleza pero, la utilidad pretendida del documento, loable y muy necesaria, se vería significativamente mermada si no se corrigiera en este aspecto.
14. Es una realidad que las conductas anticompetitivas constitutivas de cártel son las más frecuentes y, por ende, las más dañinas para la competencia; no obstante, dada la finalidad del Borrador de Guía, EJASO aconseja no centrar el contenido del documento en orientaciones que sólo tengan cabida cuando se está en presencia de un cártel.
15. En el punto 2.1.2. del Borrador de Guía, en concreto, en el *Ordinal 57* se destaca que "*es deseable que el informe pericial incorpore la descripción de cómo las conductas anticompetitivas han generado el daño concreto (la teoría del daño) que se intenta cuantificar*".
16. A este respecto, añade en su *Ordinal 60* que "*una cuestión crucial a la hora de construir el escenario contrafactual es la delimitación temporal de los daños y perjuicios reclamados*", destacando a continuación que "*en el caso de reclamaciones follow-on, la duración de la infracción recogida en la resolución de la autoridad de competencia puede ser un buen punto de partida*" (*Ordinal 61*).
17. De forma acertada, el Borrador de Guía señala que los efectos de la infracción no tienen por qué coincidir con la duración de esta determinada por la resolución administrativa,

no obstante, el Borrador de Guía parece estar refiriéndose en exclusiva a las resoluciones sancionadoras, obviando la gran utilidad que a estos efectos pueden tener las resoluciones que la propia CNMC dicte en los **expedientes de vigilancia**.

18. En sus Sentencias de 04/02/2020², la Sala Tercera del Tribunal Supremo, reiterando su doctrina contenida en sus sentencias de 8 de mayo de 2018³ y 22 de mayo de 2019⁴, confirmó que las resoluciones dictadas en los expedientes de vigilancia tienen por objeto “*constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuestas*” en la previa resolución sancionadora, razón por la cuál permiten definir el periodo de la infracción o, si se quiere, la continuidad de la infracción más allá de la propia resolución sancionadora.
19. Ello es así pues, aun cuando en muchos de los supuestos la conducta anticompetitiva cesa con carácter previo o de forma coetánea a la resolución sancionadora, en otros muchos no es así, conteniendo la propia resolución sancionadora intimaciones cuyo cumplimiento por la sancionada determina la continuidad o no de la propia infracción.
20. Esta realidad, bajo el criterio de EJASO, debe recogerse de forma expresa en el Borrador de Guía dotando a todos sus destinatarios de una fuente más de apoyo en la definición de la teoría del daño en los informes periciales llamados a cuantificar el daño.

III. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD COMO ELEMENTO CLAVE PARA LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

A. SOBRE EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

21. Tal como establece el Borrador de Guía en el *Ordinal 11*, en materia de cuantificación de los daños “*la aprobación de la Directiva de Daños ha supuesto un hito importante en la materia, y aunque no ha armonizado de forma plena en toda la Unión Europea el*

² STS n.º 131/2020, Rec. Casación n.º 5945/2018 [ECLI:ES:TS:2020:473]; STS n.º 133/2020, Rec. Casación n.º 5549/2018 [ECLI: ES:TS:2020:474]; y, STS n.º 132/2020, Rec. Casación n.º 6404/2018 [ECLI: ES:TS:2020:471].

³ STS n.º 753/2018, Rec. Casación n.º 527/2016 [ECLI: ES:TS:2018:1725]

⁴ STS n.º 663/2019, Rec. Casación n.º 1299/2018 [ECLI: ES:TS:2019:1691]

*procedimiento para las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia, si ha establecido una directrices para lograr una mayor uniformidad y eficacia del procedimiento en los Estados miembros, todo ello **bajo los principios de efectividad y equivalencia***”.

22. En relación con el principio de efectividad, el **artículo 4 de la Directiva de Daños** establece que la configuración de las normas y procedimientos que rijan la reclamación de daños en cada Estado miembro se ha de configurar de forma tal que sea posible ejercitar la acción.
23. A este respecto, procede recordar, de entrada, que el **artículo 101 TFUE, apartado 1**, tiene efecto directo en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben tutelar⁵.
24. En este sentido, según el principio de efectividad, las normas aplicables a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de esos derechos que el efecto directo del derecho de la Unión confiere a los justiciables **no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión**⁶. Esto es, las normas nacionales deben garantizar la plena efectividad del derecho de la competencia de la Unión⁷.
25. Asimismo, en relación con el principio de efectividad, el Tribunal de Justicia⁸ precisó que **la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos**. Más concretamente, refiriéndose al

⁵ STJUE 11.11.2021, asunto C-819/19.

⁶ SSTJUE de 20.09.2001, asunto C-453/99, Courage y Crehean, apdo. 29; de 13.07.2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi y otros apdo. 62; de 14.06.2011, asunto C-360/09, Pfeleiderer, apdo. 24; de 06.06.2013, asunto C-536/11, Donau Chemie y otros, apdo. 27; de 05.06.2014, asunto C- 557/12, Kone y otros, apdo. 25; y de 18.02.2016, asunto C-49/14, Finanmadrid EFC, apdo.40

⁷ STJUE de 07.12.2010, asunto C-439/08, VEBIC, apdo. 63

⁸ STJUE de 05.03.1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93

perjuicio, declaró que el íntegro resarcimiento del perjuicio sufrido no puede soslayar elementos, como el paso del tiempo, que pueden reducir su valor y que el reconocimiento del derecho a cobrar intereses es un elemento indispensable de un resarcimiento íntegro⁹.

26. En definitiva, se ha considerado que, en virtud del principio de efectividad, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses¹⁰, sin que deban ponerse trabas a la efectiva reclamación de resarcimiento.

B. NO SE PUEDE MENOSCABAR EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EXIGIENDO UN ESTÁNDAR DESMESURADO A LAS PRUEBAS PERICIALES

27. Establece el Borrador de Guía en el *Ordinal 7* que uno de sus objetivos es “*aumentar el rigor técnico de los informes periciales asociados a estos procedimientos de cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*”.
28. Para conseguir este objetivo, se describen en el Borrador las distintas metodologías de cuantificación, la obtención y el tratamiento adecuado de los datos, así como los métodos de validación de las metodologías, como son análisis de robustez o de sensibilidad. Si bien el Borrador aspira a abordar todas estas cuestiones “*de manera sencilla, utilizando un lenguaje simplificado*” (*Ordinal 10*), salta a la vista **el alto estándar de prueba que se requiere**. Esta exigencia se puede defender en el plano científico-técnico y teórico, pero, no en la práctica, fuera del entorno de una Guía, pues resulta extremadamente **difícil de alcanzar en muchos supuestos** por diversos motivos:

- La escasa disponibilidad de los datos necesarios para elaborar un modelo de cuantificación “ideal” como los descritos en el Borrador de Guía.
- Los elevados costes que implica la elaboración de informes periciales con el estándar descrito en el Borrador de Guía.

⁹ STJUE 08.03.2001, Asunto C- 397/98.

¹⁰ STJUE 13.07.2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04

- La escasa fiabilidad de los cálculos incluso utilizando los métodos de cuantificación descritos.

29. Estas dificultades (que las tienen sobre todo los perjudicados de las conductas anticompetitivas al ser ajenos a las mismas), puede **poner en riesgo una efectiva y plena reparación del daño, con grave afectación de los principios de efectividad y del resarcimiento íntegro**, así como del fin último perseguido por la Directiva de Daños, que es **facilitar las acciones de daños, también, como factor de persuasión para los infractores**.

B.1 La escasa disponibilidad de los datos necesarios para elaborar un modelo de cuantificación “ideal” como los descritos en el Borrador de Guía

30. Los procedimientos de reclamación de daños se caracterizan por la **existencia de una enorme asimetría entre las partes** en cuanto a la disponibilidad de los datos. Los perjudicados por actuaciones anticompetitivas no suelen disponer, por norma general, (y sobre todo en el caso de cárteles), de datos suficientes para elaborar modelos de cuantificación sofisticados. Son los sujetos infractores los que ostentan estos datos, a la vez que suelen tener un interés manifiesto (incluso comprensible, desde el punto de vista empresarial y de defensa) a no relevar los mismos cuando estos les pueden resultar perjudiciales¹¹.

31. Para paliar esta asimetría, en el *Ordinal 32* del Borrador de Guía la CNMC se limita a resaltar que la ley ha de facilitar al perjudicado por una actuación antitrust unos “*medios adecuados para posibilitar el ejercicio efectivo de su derecho a efectuar la reclamación*”, sin tener en cuenta que, realmente, al menos, a día de hoy, **no existen aún medios adecuados y suficientes que pudieran permitir suplir esta asimetría**. En consecuencia, **resulta, a nuestro juicio, insuficiente que el Borrador de Guía se remita a estos medios legales como si pudieran efectivamente constituir una solución para la asimetría informativa**. Realmente, conforme veremos más adelante, la asimetría ha de paliarse a

¹¹ La situación inversa se produce con respecto a la acreditación de la repercusión del sobrecoste (pass-on), ostentando el adquirente de un producto afectado por un cartel habitualmente de más información para elaborar modelos de cuantificación que el sujeto infractor.

través de otros medios, resultando, sobre todo, desproporcionado aplicar a los perjudicados unos estándares de prueba tan elevados como los descritos a lo largo de la Guía.

32. En el Borrador de Guía se hace mención de los siguientes medios legales a disposición de las partes para obtener mayor información para la cuantificación de los daños:

B.1.1 Acceso al expediente de la autoridad de competencia:

33. En primer lugar, el acceso a las fuentes de prueba, regulado en los **artículos 283 bis a) y siguientes LEC**, prevé en el **artículo 283 bis i)** la **exhibición de pruebas contenidas en expedientes de las autoridades de competencia**. Sin embargo, al menos en los asuntos de cárteles, se trata de una posibilidad más bien teórica ya que, a efectos prácticos, la parte perjudicada no suele conseguir el acceso interesado. Clara muestra de ello es la litigiosidad en torno al cartel de camiones¹² donde, a pesar de numerosos intentos por diversos reclamantes en todo el Espacio Económico Europeo, todo apunta a que no se ha logrado obtener ni un solo folio del expediente tramitado ante la Comisión Europea.

B.1.2 Acceso a fuentes de prueba:

34. Son las propias limitaciones incluidas en el **artículo 283 bis i) LEC** las que implican que el acceso a fuentes de prueba no es un medio suficiente para paliar la asimetría informativa. Por un lado, el precepto contiene listas negras y grises con información no susceptible de divulgación, y, por otro, su aplicación se prevé sólo con carácter subsidiario, cuando ninguna parte o tercero pueda aportar la información (en ocasiones, la parte infractora sí podría aportar la información, sin embargo, no suelen hacerlo por contravenir sus propios intereses). Finalmente, el mismo precepto prevé la protección de información confidencial, calificándose así aquella con un valor comercial, financiero o estratégico, que sería, precisamente, la información que necesitarían los perjudicados para determinar el sobre coste producido por las conductas infractoras. Además, cabe destacar

¹² Procedimientos judiciales de reclamación de daños derivados de las resoluciones dictadas por la Comisión Europea en el asunto AT.39824 Trucks, habiéndose dictado en España ya miles de sentencias en primera y segunda instancia.

la incuestionable utilidad que puede tener, a los efectos de un análisis anacrónico, información de diferentes momentos temporales, algunos cercanos al momento de la reclamación y, por ello, aún más sensibles. Por todo ello, las limitaciones marcadas en la propia norma hacen que la misma quede, en la práctica, vacía de contenido.

35. A mayor abundamiento, han de tenerse presentes las dificultades de obtener un acceso a fuentes de prueba especialmente antes del inicio del procedimiento judicial pues, los Juzgados, por regla general, suelen inadmitir solicitudes genéricas para evitar una busca indefinida de datos, mientras que el perjudicado, ante su desconocimiento, a menudo no es capaz de concretar los datos a los que necesita tener acceso con la precisión exigida para la estimación de su solicitud.
36. Por otro lado, la posibilidad de solicitar un acceso a fuentes de prueba durante el procedimiento a menudo suele llegar tarde, dado que el perjudicado en este momento se había visto obligado ya a presentar su demanda acompañada de un informe pericial (con el consiguiente desembolso de dinero), por lo que obtener nuevos datos y su incorporación al informe implicaría un segundo gasto adicional que puede resultar desproporcionado en atención al importe de la indemnización en juego.
37. Efectivamente, en tanto en cuanto, las acciones de daños deben ejercitarse bajo las normas procesales contenidas en la LEC, la presente Guía no puede ser ajena a las exigencias que marca la misma para la demanda, que debe ir acompañada del informe pericial y de todos los documentos básicos que fundamenten la reclamación (entre otros, artículos 265 y 336 de la LEC).
38. En otros supuestos, los sujetos infractores, cuando se ven compelidos a facilitar información, la ofrecen de manera tan abundante (por ejemplo, en Salas de Datos) que no sirve para corregir la informativa asimétrica de las partes, sino que la acentúa, ya que lo que realmente se ofrece es una «manzana envenenada» que imposibilita a las partes actoras extraer información de utilidad. Así, a modo de ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17/11/2020**¹³ reconociendo que “*se trata de un*

¹³ ECLI:ES:APV:2020:4230 Id Cendoj: 46250370092020101270

instrumento ambiguo, ineficiente y costoso para quien, de facto, parte de una posición de desequilibrio frente al infractor”.

39. Las conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott de 22/09/2022, emitidas en el asunto C-312/21¹⁴ también se pronuncian en los *Ordinales* 83 y ss. sobre el tema de la asimetría de información entre las partes, concluyéndose que el acceso a fuentes de prueba, si bien puede permitir a la parte actora el acceso a determinados datos de la demandada, no necesariamente acaba con esta asimetría, si no que *“es necesario analizar en cada caso la forma concreta en que se ha facilitado el acceso a esos datos, así como su magnitud y su valor informativo. Por ejemplo, puede ser relevante si en poco tiempo se ha facilitado al demandante una gran cantidad de datos en formatos de difícil acceso, en qué medida son aprovechables dichos datos y otros aspectos similares”* (Ordinal 91). La Abogada General resalta en el *Ordinal* 95 de sus conclusiones la posibilidad de que los datos ofrecidos por la demandada sean directamente inadecuados para una cuantificación más precisa.
40. Finalmente, no debe olvidarse que, según establece el **artículo 283 bis c) de la LEC**, es la parte solicitante del acceso a fuentes de prueba la que ha de asumir los gastos ocasionados por la práctica de estas medidas, pudiendo el tribunal además determinar el pago de una caución, si así se solicitase por la parte a quién se pide el acceso. Se trata, por tanto, de una medida que puede llegar a ser desproporcionalmente costosa en relación con el objeto de la reclamación.
41. En conclusión, el acceso a fuentes de prueba no es en todo caso el medio más adecuado para corregir el desequilibrio informativo existente entre las partes pues, puede resultar excesivamente costoso y no necesariamente útil para la obtención de la información necesaria para fundamentar la reclamación.

B.1.3 Informe pericial judicial:

42. Conforme establece el **artículo 342 LEC**, en caso de proponerse un informe pericial judicial, es la parte que lo propone la que ha de atender la provisión de fondos que el

¹⁴ Tráficos Manuel Ferrer, S.L. contra Daimler, AG

perito considere necesario. Se trata, por tanto, de un importe desconocido a la hora de presentarse el escrito de demanda, con el consiguiente riesgo de problemas de financiación o de desproporcionalidad en atención a las cantidades reclamadas. No es equiparable la elaboración de un informe pericial de parte, cuyos gastos son conocidos de antemano, con un informe pericial judicial con costes desconocidos.

B.2 Los elevados costes que implica la elaboración de informes periciales con el estándar descrito en el Borrador de Guía

43. Las recomendaciones incluidas en el Borrador de Guía pueden llegar a obligar a las partes a desembolsos económicos sustanciales para la obtención de datos suficientes, su tratamiento adecuado y la aplicación de métodos de cuantificación altamente sofisticados. Evidentemente, los costes que conlleva la elaboración de pruebas periciales no pueden servir como motivo para eximir a una de las partes de un procedimiento de cumplir con los requisitos de la carga de la prueba (artículo 217 de la LEC), pero sí nos parece importante tener en cuenta que, cuanto **más alto sea el nivel de prueba que se exige, más difícil puede resultar la obtención de la prueba misma** pues, existe una relación directa entre exigencia del estándar de prueba y el coste del informe, con lo que, en última instancia, puede verse en entredicho el principio de efectividad y, por consiguiente, el derecho a un resarcimiento pleno.

44. Las **demandas conjuntas con informes periciales comunes** pueden ayudar a los perjudicados por una misma conducta anticompetitiva, ya que los costes de la recopilación de datos, de su tratamiento y de la aplicación de métodos sofisticados de cálculo se podrían compartir. Sin embargo, actualmente es **práctica habitual de los órganos jurisdiccionales rechazar la acumulación de acciones**, obligando a desacumular las mismas, generándose en estos casos incluso nuevos costes inesperados (tasas, procurador, letrado, más comparecencias (ratificaciones) de los peritos de las inicialmente presupuestadas...).

B.3 Poca fiabilidad de los cálculos incluso utilizando los métodos de cuantificación descritos

45. Otro de los motivos por los que EJASO considera que el estándar de prueba recomendado en la Guía no deba convertirse en unos requisitos mínimos exigibles consiste en **la escasa fiabilidad de los resultados de muchos informes periciales incluso utilizando métodos de cuantificación sofisticados** (por ejemplo, las metodologías de comparación con regresiones econométricas).
46. Cada modelo y método se nutre de datos de diversa índole y es manipulable (no en el sentido de manipulación a través de datos falsos, sino por la influencia que sobre los resultados tiene el uso de unos datos u otros para alcanzar el resultado pretendido), por los parámetros que se usan o se omiten. Cuantos más datos se usen y más parámetros se incluyan en los métodos, más fácil resulta obtener resultados muy dispares con el cambio de algún factor aislado, o con la agrupación de datos de un modo u otro. Incluso un mismo modelo de regresión para un mismo sector, con los mismos datos puede dar resultados muy distintos en función del trato que se le dé a la información, y sin que necesariamente un modelo pueda calificarse superior, más riguroso o completo que otro.
47. En consecuencia, **los elevados estándares del Borrador de Guía no vendrán necesariamente acompañados, en la práctica, de cuantificaciones de daños más robustas, o que reflejen con mayor fiabilidad el daño realmente padecido**. En esta situación, exigir un muy elevado nivel de prueba resulta desproporcionado, ya que perjudica casi exclusivamente a las víctimas de conductas anticompetitivas, sin que realmente, se esté consiguiendo, en última instancia, la indemnización justa que realmente corresponda.
48. Incluso en el propio Borrador de Guía encontramos varias observaciones que apuntan a la escasa fiabilidad de los métodos:
 - En el *Ordinal 203* se menciona un estudio de Connor (2014b) en el que se destaca “*la heterogeneidad posible de resultados en función del enfoque seleccionado y las hipótesis asumidas*”.

- En el *Ordinal 204* se describe el análisis hecho por Seixas y Lucinda en el año 2019, sobre el cartel brasileño de peróxido de hidrogeno y que demuestran una “*gran dispersión de resultados que pueden surgir dependiente del modelo aplicado*”.
- En el *Ordinal 207* se refiere a una publicación de Boswijk, Bun y Schinkel del 2019, en la que, modificando solamente el periodo de cálculo (duración legal del cartel en lugar de la duración efectiva) puede dar lugar a una variación de la cuantificación en un 25%. También en el *Ordinal 209* se resalta que los periodos de transición pueden afectar “*de manera crucial*” al resultado.
- En el *Ordinal 293* se apunta el peligro de multicolinealidad. **Incluir demasiadas variables explicativas en un modelo puede dar lugar a una distorsión de los resultados, por la eventual correlación entre factores que puede restar precisión a los resultados.** De este modo, **un modelo sofisticado con multitud de datos no necesariamente ha de acercarse más a la realidad del daño padecido.**

49. También la abundante jurisprudencia con la que contamos en España en materias de reclamaciones de daños, especialmente en torno al cartel de camiones, evidencian la problemática de la escasa fiabilidad de los informes periciales. Incluso un mismo cartel, un mismo sector y diversos acercamientos al daño efectivamente padecido dan lugar a resultados tan dispares como el 0% en el caso de los informes periciales de los infractores y de entre el 12 y el 37%, aproximadamente, en los informes de los perjudicados. **Todo este despliegue probatorio y los esfuerzos en cuanto a tiempo y desembolso económico para acercarse al daño real finalmente no resultan convincentes en la mayoría de los supuestos, ya que evidencian como los resultados son influenciables y, por tanto, no suficientes para formar la convicción de los juzgados y tribunales en uno u otro sentido.**

50. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales, ante la escasa fiabilidad de los resultados (y en el convencimiento de que una actuación anticompetitiva, y especialmente un cartel, ha de generar daños en algún importe por su propia naturaleza), se ven forzados a la

estimación judicial del daño conforme a lo dispuesto en el **artículo 76.2 LDC**. De este modo, el problema de la cuantificación se traslada a un momento posterior, no contemplado siquiera en el Borrador de Guía. Por ello, EJASO considera de especial importancia (y así lo expondremos más adelante en detalle) que el Borrador de Guía se complemente con recomendaciones técnicas para ayudar a los Juzgados y Tribunales en este segundo eslabón, que es el de estimación judicial, siendo éste, a efectos prácticos, en la actualidad de máxima relevancia en la práctica judicial.

51. **En resumen de lo expuesto**, existe el riesgo de que la Guía no sólo se pueda percibir como un modelo teórico ideal a cuya consecución deberían aspirar los informes periciales en la medida de las posibilidades concretas de cada caso, sino que, además, por parte de los órganos jurisdiccionales se puedan interpretar (erróneamente) las recomendaciones del Borrador como un nivel mínimo exigible a todo informe pericial.
52. Con un exceso de celo en cuanto a las exigencias a los informes periciales, se vería puesto en entredicho el principio de efectividad que obliga, como hemos expuesto ya, a que **no se deban poner trabas excesivas a las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas**. La Directiva de Daños y su transposición a derecho nacional persiguen facilitar las acciones de daños para que los perjudicados por una conducta anticompetitiva vean resarcidos los perjuicios verdaderamente generados, contribuyendo de tal manera con las demandas privadas de daños como factor de persuasión para los infractores, en beneficio del mercado y de los consumidores en general. Es el conjunto de las acciones públicas y privadas que permite, en última instancia, impedir la creación de cárteles, como *“violaciones más atroces del Derecho de la competencia, caracterizados como los cánceres de la economía de libre mercado y denostados como el mal supremo de la política antitrust”*¹⁵.
53. Finalmente, no pretendemos desarticular las normas procesales sobre la carga de la prueba vigentes (**artículos 217 LEC y 76.1. LDC**). Es evidente que, con las regulaciones legales actualmente en vigor, le incumbe a la parte actora acreditar el daño ocasionado por una conducta anticompetitiva, existiendo tan sólo una presunción *iuris tantum* de la causación

¹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de 4 de marzo de 2022 (Roj: SJM A 2175/2022 - ECLI:ES:JMA:2022:2175), *Ordinal 123*.

de daños por una infracción calificada como cártel (**artículo 76.3 LDC**), con regulaciones equivalentes en lo relativo a la repercusión de los sobrecostos en los **artículos 78 y 79 LDC**. Pero entendemos que el Borrador de Guía ha de completarse con algunas observaciones adicionales que expondremos en el siguiente capítulo, para garantizar que una estimación de una reclamación de daños también se pueda conseguir con informes periciales pese a que no cumplan rigurosamente con todas las recomendaciones descritas en cuanto a obtención y tratamiento de datos, así como a las metodologías de cálculo y los análisis de robustez empleados.

IV. SOLUCIONES/PROPUESTAS PARA GARANTIZAR UN SISTEMA QUE CUMPLA CON EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

A. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LAS EXIGENCIAS AL INFORME DE UNA PARTE Y EL CONTRAINFORME

54. El Borrador de Guía no tiene en cuenta que, en procedimientos judiciales, habitualmente el Juzgado o Tribunal debe hacer frente a la valoración de al menos dos informes periciales. No se suele aportar solo un informe pericial de cuantificación de daños, sino que, habitualmente, existen al menos dos, el de la parte actora como víctima de la conducta anticompetitiva, y el contrainforme o contrainformes de la parte demandada e infractora. Ambas partes se encuentran en posiciones muy distintas tanto respecto de la información de la que disponen como en cuanto a su situación procesal (por ejemplo, la parte demandada, en el momento de elaborar su informe, ya cuenta con la argumentación y documentación completa de la actora), y también, al menos frecuentemente, en su capacidad financiera. Es más, es desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo ante la autoridad de competencia que los infractores pueden suponer ser demandados eventualmente en un futuro por sus actuaciones y prepararse adecuadamente durante meses y años, lo cual aumenta aún más la asimetría. Sin embargo, el Borrador de Guía no aborda estas diferencias, pese a que las mismas influyen de manera sustancial en las posibilidades de éxito de este tipo de reclamaciones.

55. Así, en primer lugar, hemos de recordar de nuevo la asimetría de las partes respecto al acceso a la información y los datos necesarios para llevar a cabo una cuantificación con modelos sofisticados como pueden ser las regresiones econométricas. Ante la falta de datos (y la ya descrita insuficiencia de los medios legales actualmente vigentes para paliar esta asimetría entre las partes), **choca frontalmente con el principio de efectividad, con el derecho a un pleno resarcimiento de los daños padecidos y también con la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española)** pretender que las recomendaciones incluidas en la Guía deban ser de aplicación con la misma extensión, intensidad y el mismo rigor a la parte infractora y al perjudicado por una conducta anticompetitiva.
56. O bien, en palabras del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, en la ya citada Sentencia de 4/03/2022:

“165. El principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE) no exigen que el estándar probatorio se sitúe en el mismo nivel para ambas partes si demandante y demandado se encuentran en posiciones de asimetría probatoria. El principio de efectividad exige remover los obstáculos que puedan devenir ineficaz la reclamación de daños como derecho reconocido por el ordenamiento comunitario. El infractor del Derecho de la Competencia no se puede ver beneficiado por una suerte de nivelación, máxime cuando su conducta ha podido perjudicar a quienes se encuentran más alejados en la cadena causal y, por tanto, menos cercanía tienen respecto de las fuentes de prueba.”

57. **EJASO considera esencial, por tanto, que se complemente el Borrador de Guía con un análisis pormenorizado de las distintas posiciones de las partes y lo que ello conlleva con respecto a las exigencias de los correspondientes informes** pues, así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo.
58. En este sentido, ha de tenerse presente (y así se debería recoger en la Guía) que un contrainforme de la parte demandada no puede limitarse a negar la cuantificación llevada

a cabo por la parte actora. En este sentido, ya se ha pronunciado con total claridad el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 7/11/2013, del cártel del azúcar¹⁶:

*“En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que **justifique una cuantificación alternativa mejor fundada**, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el **principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado**”.*

59. En otro orden de cosas, ha de prestar especial atención a actuaciones, muy comunes en la actualidad, de los infractores del derecho de la competencia, tendentes a pretender negar el nexo causal de una actuación anticompetitiva a través de la cuantificación del daño con resultado 0 (o equivalente a 0).

60. Como toda reclamación indemnizatoria, también las acciones de daños anticompetitivos requieren la acreditación de **(i)** la infracción, **(ii)** de la producción de un daño y **(iii)** del nexo causal entre el ilícito y el daño. Es de suma importancia tener presente que la acreditación de la producción de un daño, del punto (ii), no equivale a la cuantificación del mismo. Es decir, el primer paso consiste en la acreditación (a través de las pruebas obrantes en autos, las características de la propia conducta anticompetitiva, la presunción del **artículo 76.3 LDC** o la teoría *in re ipsa*) de la existencia de un daño, en el sentido de considerarse imposible que la infracción no haya generado perjuicio alguno.

¹⁶ Roj: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819 Id Cendoj: 28079110012013100702

61. Una vez acreditados estos presupuestos, procede, como segundo paso, la cuantificación de este daño, que ha de respetar en todo caso las convicciones ya alcanzadas en el primero. Es decir, **no cabe negar la existencia del daño y del nexo causal, de lo que se tiene ya plena convicción, a través de métodos de cuantificación, por sofisticados que sean y por muchos datos y variables que se hayan incorporado en el modelo, cuando estos métodos alcancen la conclusión de la inexistencia del daño.**
62. En otros Estados miembros, se ha puesto solución a esta problemática mediante la aplicación de presunciones legales respecto de la cuantificación del daño. Así, en Hungría¹⁷ y en Letonia¹⁸ la cuantía del daño presunto se fija en un 10%, y en Rumanía en un 20%¹⁹.
63. En España, donde no se cuenta con estas presunciones legales de un importe mínimo del daño, son los órganos judiciales los que han de poner solución cuando se ven obligados a la valoración de informes periciales de infractores con un resultado del daño inexistente.
64. Algunos órganos han optado por determinar que, en caso de cárteles con incidencia sobre los precios, **“no sólo es necesario establecer una presunción de daño sino también una presunción de daño mínimo”**, determinando, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, en la ya referida Sentencia de 4/03/2022, **un daño mínimo del 10%**, alegando que:

*“Solo así podremos afirmar que el sistema español de acciones de daños es verdaderamente eficaz. Recordemos, en este sentido, el postulado establecido por Tribunal de Justicia en Courage [2001]: **construir un sistema eficaz de acciones de daños y perjuicios puede contribuir significativamente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad**”.*

¹⁷ Art. 88/G (6) de la Ley Húngara LVII de 1996 “On the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices”, que se puede encontrar en inglés en el siguiente enlace: https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/legal_background/rules_for_the_hungarian_market/competition_act/competition-act-documents/jogihatter_tpv_t_hataly_20190101_a&inline=true

¹⁸ Art. 21 (3) de la Ley Letona de Competencia

¹⁹ Ordenanza del Gobierno Rumano n.º 170/2020, de 16 octubre de 2020

65. Otros Juzgados y Tribunales deciden, sin plantearse una presunción de un daño mínimo, negarles credibilidad a los informes periciales elaborados por los infractores cuando el *tantum* de la indemnización resulta incompatible con la conclusión anteriormente alcanzada, de existencia de un daño; máxime cuando los cartelistas no dan explicación alguna (y menos aún, convincente) del porqué de sus conductas. En estos supuestos los Juzgados y Tribunales resuelven la estimación de la demanda, si el informe de la parte actora resulta convincente, o bien a la estimación judicial según lo dispuesto por el **artículo 76.2 LDC**.
66. **En resumen**, el Borrador de Guía ha de completarse, a juicio de EJASO, con apreciaciones sobre las distintas posiciones de las partes en un procedimiento de reclamación de daños que han de influir, de forma directa, sobre el nivel de exigencia aplicable a los informes periciales de una parte y otra. La asimetría informativa, junto a las ventajas que implica para la parte infractora ser la demandada en el proceso judicial, no debe mermar los derechos a un pleno resarcimiento y a la tutela judicial efectiva. Igualmente debe añadirse, en el Borrador de Guía, una aclaración respecto de la distinción entre la acreditación de la existencia del daño y su posterior cuantificación, así como sobre las dificultades que implican para el principio de efectividad contrainformes de las partes infractoras que alcanzan un resultado de inexistencia del daño.

B. NECESARIA INSISTENCIA EN LA NATURALEZA NO VINCULANTE DE LA GUÍA

67. Se considera recomendable añadir de forma expresa que el Borrador de Guía no tiene carácter vinculante. Si bien se desprende del conjunto de su contenido, así como de la función meramente consultiva de la CNMC en este ámbito, es obvio que las recomendaciones incluidas en la Guía respecto de la obtención de datos y su tratamiento, así como de la elección de los métodos de cuantificación y los cálculos sugeridos, son susceptibles de influir de forma directa en el resultado de procedimientos judiciales, sobre todo cuando por parte de los órganos jurisdiccionales se vayan a dictar resoluciones fundamentándose, esencialmente, sobre las recomendaciones de la Guía.

68. Sirven a modo de ejemplo las numerosas sentencias dictadas en España de reclamaciones de daños, y en las que se descartan métodos de cuantificación directamente por no figurar en la Guía de Cuantificación de la Comisión Europea, sin mayor argumentación al respecto. Sirva como ejemplo la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona, de 2/09/2022** (Roj: SJM B 9292/2022 - ECLI:ES:JMB:2022:9292 ID Cendoj 08019470102022100395), en cuyo FD 4º se fundamenta la desestimación de la demanda en no haberse utilizado, en el informe pericial de la actora, ninguno de los métodos de la Guía Práctica de la valoración del daño de la Comisión Europea.
69. Igualmente, apreciamos como en el *Ordinal 128* del Borrador se incluye un claro pronunciamiento de la CNMC a favor de la **capitalización del daño según el método compuesto** (es decir, los intereses se conceden no sólo sobre el principal, sino también sobre los intereses generados en el periodo anterior), que es, según la Guía, el método “*más completo y recomendado habitualmente*”. No pretendemos pronunciarnos a favor o en contra de un tipo de capitalización u otro, pero salta a la vista que con afirmaciones tan rotundas, la Guía es susceptible de influir de forma directa en estas reclamaciones.
70. En resumen, se considera de suma importancia **resaltar que el Borrador de Guía no tiene carácter vinculante**, y que los métodos de cálculo, procedimientos de obtención y tratamiento de datos y los cálculos incluidos en el documento son simples recomendaciones. **En absoluto puede usarse la Guía para determinar un nivel mínimo exigible a los informes periciales, en el sentido de un umbral debajo del cual no tendrían validez o que resultaría viable la estimación de la reclamación**. Las recomendaciones de la Guía no deben ser el fundamento que lleve a los Juzgados y Tribunales a concluir el cumplimiento o no de las exigencias de la carga de la prueba por las partes (artículo 217 de la LEC).
71. En todo caso, debe respetarse el contenido del artículo 348 de la LEC, en el que se dispone que “*El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*”.
72. También resulta preciso especificar expresamente que en procedimientos judiciales en los que se cuenta con dos informes periciales con resultados discrepantes, no resultaría viable determinar que un informe que cumpla con más criterios o con más puntos de la lista de

recomendaciones (punto 2.6 y ss., *Ordinales 158 y ss.*) pueda automáticamente prevalecer sobre otra pericial más sencilla que no cumpla con tantos puntos de las listas de chequeo. La convicción del órgano judicial no puede depender de las recomendaciones de la Guía sino de la valoración conjunta practicada en el proceso.

C. RELEVANCIA DE LOS ESTUDIOS GENÉRICOS Y METAANÁLISIS, ASÍ COMO DE LA JURISPRUDENCIA YA DICTADA PREVIAMENTE

73. Ante la asimetría informativa de las partes ya expuesta con anterioridad, y las dificultades habituales de los perjudicados de obtener información y datos suficientes para elaborar un informe pericial que alcance los niveles recomendados por la Guía, no basta con la referencia genérica, en el *Ordinal 85*, a que **también pueden ser válidos otros métodos de cuantificación diferentes a los presentados en el Borrador**. Adicionalmente, se debería **otorgar mayor valor a los estudios genéricos y metaanálisis a la hora de cuantificar los daños**.
74. Debe, por tanto, **matizarse lo recogido en el *Ordinal 84* del Borrador de Guía**, donde se afirma que no es deseable una estimación basada en lo recogido en la literatura económica (es decir, en estudios académicos o metaanálisis o estudios que contemplen los porcentajes de cárteles del pasado). Quizás estos estudios pueden ser no deseables como base para la cuantificación, pero, sin embargo, **pueden ser perfectamente válidos en aquellos supuestos en los que el perjudicado no cuenta con otros recursos, o bien, cuando estamos en presencia de varios informes periciales contradictorios y no concluyentes**.
75. Cuanto menos ha de reconocerse su valor como método complementario, capaz de reforzar el resultado obtenido en una pericial si el resultado alcanzado está dentro de los rangos que el propio estudio contiene. Pero incluso, si un informe pericial se fundamenta exclusivamente sobre estos estudios genéricos o metaanálisis, o sobre los porcentajes promedios de los cárteles del pasado, pero tiene en cuenta particularidades o factores correctores derivados de la propia conducta anticompetitiva (como puede ser, en el caso de un cártel sancionado por una autoridad de competencia, la duración de la infracción,

su ámbito geográfico, la cobertura de mercado afectado por el cartel etc.), no se debería poner obstáculo a que este método sea tenido en cuenta y sirva de base para la cuantificación del daño, con la consiguiente estimación de la reclamación. EJASO considera aconsejable que se incluyan estas apreciaciones expresamente en el Borrador de Guía.

76. En el mismo *Ordinal 84* del Borrador de Guía, se resalta igualmente que no sería deseable una cuantificación basada “*en las estimaciones de daños de sentencias previas en casos similares*”, dado que, según el Borrador, “*cada reclamación, aunque verse sobre la misma conducta que otra, tiene particulares que sólo podrán ser tenidos en cuenta si se adapta el método de cuantificación a las circunstancias de la reclamación que se esté analizando*”.
77. Esta apreciación puede ser acertada cuando estamos hablando de sentencias previas sobre actuaciones anticompetitivas distintas (por ejemplo, otro cártel), o sobre actuaciones que afectan a cada perjudicado de manera individualizada (por ejemplo, un reparto de mercado con barreras de entrada afecta a cada competidor expulsado de manera diferente). No obstante, en otros supuestos, y sobre todo en el caso de cárteles con afectación de multitud de productos parecidos, las estimaciones de daños de sentencias previas no deben descartarse de antemano de manera tan rotunda. Sin que pretendamos obviar las reglas sobre la carga de la prueba o el principio de justicia rogada, estas otras sentencias previas, así como los análisis genéricos emitidos por otros órganos judiciales y sus apreciaciones sobre cuál podría ser el daño realmente ocasionado pueden servir al menos a efectos orientativos también a la hora de cuantificarse daños en otros asuntos análogos posteriores, sobre todo cuando los informes periciales de una parte y otra no resultan concluyentes y el Juzgado decide pasar a la fase de estimación judicial del daño.
78. Entendemos, por tanto, que lo dispuesto en el *Ordinal 84* **debe matizarse también respecto del valor de pronunciamientos judiciales previos.**

V. ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO

79. En los apartados precedentes hemos analizado con detenimiento que una de las finalidades del Borrador de Guía es la de incrementar el rigor técnico de los informes periciales, y como esta finalidad no debe vulnerar el principio de efectividad, consagrado en la Directiva de Daños y que obliga a los Estados miembros a velar por que **ni la carga de la prueba ni los estándares necesarios para la cuantificación del daño hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a obtener resarcimiento pleno de los daños y perjuicios ocasionados por una conducta anticompetitiva.**
80. Igualmente, se indica en el Borrador de Guía (por ejemplo, en los *Ordinales 7, 8 o 222*) otra de sus finalidades, que es la de **servir de ayuda a los Jueces y Magistrados** a la hora de resolver procedimientos judiciales de reclamación de daños por conductas anticompetitivas.
81. Ha de preguntarse, en todo caso, **cuáles son las ayudas que realmente necesitan los órganos jurisdiccionales en nuestro país.** El Borrador de Guía, si bien aporta información y apoyo para que los Jueces y Magistrados sepan entender e interpretar los informes periciales presentados en un procedimiento, no prevé otro supuesto (muy frecuente en la práctica actual de las reclamaciones de daños, y ello precisamente por las elevadas exigencias a los informes periciales), que es el aquel en el que las periciales no resultan suficientemente convincentes o contradictorios. En este caso, una desestimación de la demanda sobre la base de una inadecuada cuantificación del daño puede resultar incompatible con el principio de efectividad ya tantas veces aludido, cuando constan acreditados la infracción, la existencia de un daño y el nexo causal.
82. La normativa actualmente vigente faculta a los Jueces en esta situación a recurrir a métodos de estimación del importe de la indemnización, conforme a lo dispuesto por el **artículo 76.2º LDC:**

“2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con

precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños.”

83. Es el deber del órgano judicial valorar las pruebas presentadas en un procedimiento de reclamación de daños para determinar si procede la estimación o desestimación de la reclamación, o si la solución adecuada pasa por una estimación judicial del daño. No le incumbe a la CNMC dar pautas con respecto a estas cuestiones puramente jurídicas.
84. Sin embargo, una vez tomada la decisión jurídica a favor de la estimación judicial del daño conforme al **artículo 76.2 LDC**, sería recomendable, a juicio de EJASO, facilitar a los órganos jurisdiccionales criterios metodológicos y económicos que les puedan ayudar a llevar a cabo esta estimación judicial de forma adecuada en términos económicos, de manera que se cumpla con el principio de efectividad, con el derecho de los perjudicados al resarcimiento íntegro y a la tutela judicial efectiva, a la vez que se pueda garantizar que la estimación judicial no se lleve a cabo de forma arbitraria o aleatoria, sino que se rijan por criterios objetivos o, al menos, homogéneos para todo el territorio nacional, evitando así que existan tanto criterios como Juzgados y Tribunales conozcan de esta materia. Sin precisiones sobre este punto, la Guía quedaría incompleta y podría perder parte de su utilidad.
85. Si se opta por limitar el contenido de la Guía a los informes periciales, EJASO sugiere que por parte del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC se valore la utilidad de elaborar otro documento independiente con pautas técnicas-económicas que sirvan de apoyo en los supuestos de estimación judicial.
86. Entre los posibles criterios cuya inclusión en la Guía podría evaluarse para la estimación judicial de los daños por conductas anticompetitivas, nos gustaría resaltar los siguientes:

A. EL USO DE DATOS INCLUIDOS EN LOS INFORMES PERICIALES.

87. No se considera una opción válida limitarse a utilizar, a la hora de estimar judicialmente el daño, las medias de los informes periciales aportados por las partes del litigio. La

aplicación de medias conlleva el riesgo de que las partes presenten informes con resultados interesadamente altos o bajos y cada vez más dispares, a la espera de que a través de la estimación judicial se obtenga una media más acorde a sus intereses enfrentados pero, alejada de lo que realmente podría haber sido el perjuicio ocasionado.

88. No obstante, en los informes periciales pueden encontrarse variables incontrovertidas que podrían servir como factores de gran utilidad a tener en cuenta en la estimación judicial.

B. LOS RESULTADOS INCLUIDOS EN ESTUDIOS ECONÓMICOS Y METAANÁLISIS.

89. En estudios como los reseñados en el Borrador de Guía en el **punto 3.3.** (*Ordinales 216 y ss*), se incluyen revisiones de cientos de estimaciones de daños ocasionados por cárteles, abarcando estos estudios ámbitos geográficos, sectoriales y temporales muy amplios. En estos estudios, y también en manuales como el elaborado por OXERA en el año 2009²⁰ o el de la OCDE de 2001²¹, se puede encontrar información detallada sobre los daños que habitualmente se generan a través de conductas anticompetitivas. Estos datos, que se resumen en estos estudios de manera frecuente como medias o medianas de sobrecostos ocasionados por un cártel, pueden servir como criterios de orientación para una estimación judicial.

C. INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA.

90. En acciones de daños *follow-on*, que se fundamentan sobre una previa resolución firme de una autoridad de competencia, la propia resolución es susceptible de dar información que permite una estimación judicial del daño. Advertimos con carácter previo, que a los

²⁰ Oxera (2009): Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts Study prepared for the European Commission

²¹ OCDE (2011): Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies

efectos de garantizar la viabilidad de las acciones de daños, y con ello el respeto del principio de efectividad, resulte necesario que la CNMC valore la posibilidad de (respectando la información confidencial existente en el expediente administrativo), facilitar en sus resoluciones más información útil para la cuantificación del daño, tanto sancionadoras como las dictadas en los expedientes de vigilancia.

91. A día de hoy existen unas sólidas máximas de experiencia que permiten determinar, aun de forma relativa, la entidad mayor o menor de los daños que pueden ocasionar cada una de las conductas anticompetitivas. Así, con carácter general, cuanto más **larga es la duración de una actuación, cuanto más amplia sea su cobertura geográfica, cuanto más elevada sea la cuota de mercado conjunta de los infractores o si se está ante la existencia de un cártel duro en lugar de un simple intercambio de información, mayores serán los perjuicios ocasionados por la práctica contraria a las normas de la competencia.**
92. Sobre la base de estas máximas de experiencia, cabría la posibilidad de determinar unas “*franjas de estimación*”²², consistentes en unos rangos de perjuicios esperables para cárteles de determinadas características.
93. A modo de ejemplo, cabría preverse que una actuación anticompetitiva con una duración inferior a un año genera, con carácter general, un daño en un determinado porcentaje o rango de porcentajes, un cártel con una duración de dos a cinco años otro mayor, y cárteles con una duración superior a cinco años otro, nuevamente mayor. De esta forma, cuando en una resolución de una autoridad de competencia se sancione un cartel de una determinada duración, ya cabría ubicarse el perjuicio esperable en un porcentaje o rango concreto.

²² “Schätzfenster” (ventanas de estimación) según detalla Prof. Dr. Heike Schweitzer en el artículo “*Zum Umgang mit ökonomischer Unsicherheit bei der Schätzung von Kartellschäden: Eckpfeiler eines kartellschadensersatzspezifischen Beweisrechts*”, publicado en 2022 en alemán en el siguiente enlace: <https://www.zwer-online.de/heft-1-2022/zwer-2022-46-zum-umgang-mit-oekonomischer-unsicherheit-bei-der-schaetzung-von-kartellschaeden-eckpfeiler-eines-kartellschadensersatzspezifischen/>

94. Lógicamente, sería demasiado simplista e insuficiente estimar el daño sobre la base de un solo criterio, por ejemplo, la duración de la infracción. Pero, por lo general, de las resoluciones de las autoridades de competencia se suelen poder extraer varios parámetros genéricos, cada uno de los cuales podría generar otros porcentajes u otras franjas de daños en función de su intensidad. A mayor cobertura de mercado afectado por un cartel, mayor rango de daño, por ejemplo, o bien para distinguir entre productos homogéneos o heterogéneos afectados por la conducta infractora, o para tener en cuenta la diferencia entre cárteles *hardcore* o simples intercambios de información. A partir de la propia resolución de la autoridad de competencia se permitiría, por tanto, encuadrar la actuación anticompetitiva, según estos criterios en varias franjas de estimación.
95. A este respecto, quizá los criterios de cálculo de las sanciones, seguidos por la CNMC, previstos en el artículo 64 de la LDC²³, puedan trasladarse, lógicamente con la salvedad de las circunstancias agravantes y atenuantes y con las adaptaciones pertinentes.
96. Ello podría servir de apoyo a los órganos judiciales a la hora de estimar judicialmente el perjuicio generado. Los criterios y las franjas servirían como criterio no vinculante, y los Juzgados y Tribunales podrían combinar los diferentes factores, ponderarlos, sopesarlos, otorgar más peso a unos criterios u otros en función de las características concretas del caso. Asimismo, cabría la posibilidad de los Juzgados y Tribunales de salirse de las franjas orientativas si por las partes se acrediten circunstancias particulares o si el propio órgano jurisdiccional lo estima necesario, motivando, en tal caso, su decisión.
97. Precisamente la CNMC podría ayudar, a través del Borrador de Guía, a contribuir en la determinación de cuáles podrían ser los criterios más adecuados, y los rangos de cuantificación probables desde una perspectiva técnica-económica, pues cuenta con una incuestionable experiencia en la cuantificación de las multas. Con ello ayudaría a alcanzar

²³ Estos son: a) la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) el alcance de la infracción; d) la duración de la infracción; e) el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; y f) los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

niveles de homogeneidad en la estimación judicial del daño, contribuyendo a la evitación de sentencias que, si bien no son contradictorias, resultan excesivamente dispares pese a resolver supuestos análogos, cuando no idénticos.

98. Además, la indicación de franjas o ventanas basadas en los propios criterios incluidos en las resoluciones de la autoridad de competencia permitiría estimaciones judiciales adaptadas a cada conducta concreta, sin necesidad de precisar de conocimientos profundos, por ejemplo, sobre el sector industrial afectado.
99. EJASO recomienda, por tanto, evaluar la utilidad del establecimiento de un sistema de porcentajes concretos o al menos franjas o rangos de estimación, con indicación de criterios y ventanas por parte de la CNMC.
100. Así, sugerimos la inclusión de una herramienta similar al baremo de valoración del daño corporal en accidentes de tráfico²⁴, cuyos principios rectores fueron el principio de reparación íntegra y el principio de reparación vertebrada, tratándose igualmente de supuestos de indemnizaciones de daños y perjuicios.
101. Este instrumento, hoy de uso obligatorio para la valoración del daño personal sufrido a consecuencia de un accidente de tráfico, y orientativo en cualesquiera otros casos, en la práctica ha eliminado la existencia de resoluciones judiciales en las que se fijaban indemnizaciones muy dispares con criterios desiguales y, en consecuencia, ha contribuido desde su implantación a la seguridad jurídica, posibilitando las indemnizaciones en este ámbito de una forma cierta y homogénea.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

102. Cada infracción del derecho de la competencia plantea retos complejos a la hora de cuantificar los perjuicios ocasionados a los afectados. La elaboración de una Guía orientativa es una iniciativa loable, ya que puede ser de gran ayuda a la hora de cuantificar los daños, pero no debe perderse de vista que **incluso las metodologías más sofisticadas**

²⁴ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

o el uso de una gran cantidad de datos no son capaces de generar una certeza absoluta, y que, en última instancia, la determinación del perjuicio siempre será, en esencia, una mera estimación.

103. En estas circunstancias, EJASO considera fundamental que **la Guía facilite orientaciones y recomendaciones útiles y prácticas** a los órganos jurisdiccionales, para que los mismos puedan alcanzar, dentro de las dificultades existentes y sin un sobreesfuerzo desmesurado, cuantificaciones susceptibles de cumplir con los principios de efectividad y de resarcimiento íntegro, así como con el derecho de tutela judicial efectiva. En resumen, debe velarse por garantizar que las regulaciones en esta materia no imposibiliten o hagan excesivamente difíciles la obtención de una reparación de los daños padecidos.
104. Ha de tenerse presente, en todo momento, que una reclamación de daños se genera a raíz de una **conducta anticompetitiva consciente**, que no sólo perjudica al reclamante, sino que **perturba gravemente al libre mercado, y, por ende, a todos los consumidores**. Son los reclamados los que han cometido una infracción con graves consecuencias para la economía de nuestro país, y no deben recibir, a través de una Guía de la autoridad de competencia, protección para sus intereses por el infundado temor a una eventual sobrecompensación de las víctimas. Además, no debe obviarse el importante efecto disuasorio que se reconoce al resarcimiento de los daños ocasionados por las prácticas contrarias a las normas de competencia. No se trata sólo de la reparación del daño ocasionado y limitar las acciones de daños supone desconocer uno de sus fines primordiales.
105. Con la intención de garantizar la plenitud y eficacia de la tutela judicial efectiva y del principio de efectividad, EJASO ha propuesto a lo largo del presente escrito una serie de medidas de las que señalamos de nuevo de forma resumida las más relevantes:
- Se debería tener presente que el **ámbito de aplicación** de la Guía incluye cualquier conducta anticompetitiva, no sólo los cárteles. Consideración que debe mantenerse a lo largo de toda la Guía.

- Sugerimos destacar la importancia de las **resoluciones de vigilancia** de las autoridades de competencia, que pueden jugar un papel importante a efectos interpretativos y a la hora de determinar el periodo indemnizatorio correspondiente cuando la práctica ilícita no haya cesado en el momento de la resolución sancionadora.
- El Borrador de Guía debería **resaltar y tener en cuenta la insuficiencia de las medidas legales actuales para paliar la asimetría informativa y económica** existente habitualmente entre las partes de un procedimiento de reclamación de daños por conductas anticompetitivas.
- A los efectos de hacer valer el principio de efectividad, se deben tener en cuenta las fuertes asimetrías entre las partes. **No pueden aplicarse las recomendaciones de la Guía con la misma extensión, intensidad y el mismo rigor al informe de la parte infractora y al del perjudicado**, ya que una nivelación en cuanto a las exigencias beneficiaría precisamente a aquella parte que ha ocasionado una actuación ilícita, que es precisamente la que con mayor facilidad podría probar la existencia del daño, la relación de causalidad de la propia cuantía del perjuicio.
- Debe resaltarse expresamente **que la Guía no recoge estándares de prueba mínimos** exigibles a los informes periciales, en el sentido de un umbral debajo del cual no tendría validez suficiente un informe. Tampoco pueden admitirse comparaciones de informes periciales, en el sentido de que prevalecería un informe que cumpla con más criterios o puntos de las listas de recomendaciones sobre otro más sencillo.
- Recomendamos añadir una aclaración respecto de la **distinción entre la acreditación de la existencia del daño y su posterior cuantificación**, así como sobre las dificultades que implican para el principio de efectividad contrainformes de las partes infractoras que alcanzan un resultado de inexistencia del daño.
- Se debe plantear **otorgar más valor a los estudios genéricos, metaanálisis y a la jurisprudencia previa sobre un mismo cártel**.

- EJASO recomienda añadir en la Guía unas recomendaciones específicas para los supuestos de **estimación judicial del daño** conforme al art. 76.2 LDC, para que los órganos jurisdiccionales puedan disponer de pautas concretas técnicas-económicas a la hora de llevar a cabo esta estimación. De las posibilidades reseñadas por esta parte a lo largo del presente escrito destacamos especialmente la **determinación de franjas o rangos de porcentajes para las distintas características más destacables de las actuaciones anticompetitivas** (duración, cobertura de mercado...), según las máximas de experiencia adquiridas a lo largo del tiempo por las autoridades de competencia.

En Madrid, a 15 de noviembre de 2022

Fdo. Marion Beck

Fdo. Irene Fortea Gordo

Fdo. Lourdes Ruiz Ezquerria