

Aportaciones de magistrados de audiencias provinciales especializadas en la materia, con experiencia en acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia

COMENTARIOS MAGISTRADO 1

El borrador de Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia (en adelante, la Guía) cumple sobradamente el objetivo perseguido por sus autores: informar sobre los criterios para la cuantificación de indemnizaciones en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia. Su contenido recuerda la Guía práctica de la Comisión Europea para la cuantificación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE. Su menor extensión, los términos accesibles utilizados en la exposición de los métodos y la claridad de sus conclusiones lo convierten en un instrumento muy útil de asistencia a los jueces y tribunales. En todo caso, haremos alguna observación a cada uno de los tres apartados en los que se divide la Guía e incluiremos finalmente algún aspecto sobre el que ésta no se pronuncia y que entendemos que podría resultar útil.

I. INTRODUCCIÓN

Por lo que se refiere al apartado primero (*“Introducción”*), la Guía expresa a quien va dirigida (fundamentalmente, a los jueces y tribunales españoles, así como al resto de operadores que intervienen en acciones de reclamación de daños y perjuicios por infracción de la competencia), el objetivo de la Guía y otros aspectos relevantes en la cuantificación del daño de índole normativa. La Guía, además de incorporar información de artículos académicos, parte de las sentencias dictadas en España en los últimos años sobre cuantificación de daños a los que ha tenido acceso la CNMC. Quizá hubiera sido conveniente que a lo largo de su exposición la Guía indicara qué aspectos de la valoración de las periciales y, en general, de la cuantificación del daño de esas sentencias analizadas considera que deben ser mejorados o si ha advertido alguna práctica errónea que deba ser corregida, todo ello desde la perspectiva de un Órgano técnico e independiente al que los tribunales otorgan mucho crédito.

II. MÉTODOS PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS

En cuanto al segundo de los apartados (*“Métodos para la cuantificación de los daños”*), la Guía ofrece una visión de conjunto de los métodos económicos más utilizados. Desde los métodos comparativos, en sus dos variantes de comparación temporal o diacrónica y de comparación de mercados (geográficos o de productos), o la combinación de ambos, a los métodos basados en costes y análisis financieros, y los métodos de simulación. Habría que

profundizar en los criterios de selección de uno u otro método, indicando si existe algún método que sea más conveniente que el resto, si depende del tipo de infracción o de la disponibilidad de datos. O, cuando menos, reflejar las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

Particular relevancia tiene, a estos efectos, la fiabilidad de los datos que se ponen a disposición de los peritos. La Guía refiere las principales variables para la estimación del daño (precios, márgenes empresariales, volumen de ventas, costes, número de competidores, cuotas de mercados, productos sustitutivos y complementarios, entre otros). También reseña las fuentes de datos públicamente accesibles (INE, Banco de España, EuroStat, OCEDE o el Banco Mundial), que se entiende más fiables que otras fuentes privadas. Ahora bien, junto a esos datos más generales o globales, se encuentran los datos que se encuentran en poder del infractor o del perjudicado, datos que se han de poner a disposición de las partes en el proceso y de los peritos. Esos datos son determinantes en los métodos de estimación comparativos y absolutamente imprescindibles en los métodos basados en costes y análisis financieros. Frecuentemente se invoca en los procedimientos el carácter confidencial de los datos, sobre todo cuando se ven involucradas en el procedimiento empresas competidoras. También se suele aludir a la desproporción en la información requerida. A este respecto, sería conveniente precisar qué datos deben mantenerse en todo caso bajo reserva o qué cautelas deben adoptarse para evitar el acceso a información confidencial que no resulte estrictamente imprescindible para la liquidación del daño. Por otro lado, las pautas a considerar si una determinada información puede resultar desproporcionada es relevante en atención a las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o sobre las consecuencias jurídicas que la Ley anuda al incumplimiento del deber de exhibición en el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, la Guía debería incluir alguna indicación sobre los datos que puedan extraerse del propio procedimiento sancionador y de la relación de hechos probados de las resoluciones sancionadoras. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona en el llamado cártel de los sobres (la primera de ellas, de 10 de enero de 2020) toma en consideración datos puntuales del expediente sancionador para testar la bondad de la estimación judicial del sobreprecio, a la que se llegó ante la imposibilidad de optar, según el criterio del Tribunal, por las conclusiones de alguna de las periciales. En definitiva, se trataría de precisar en qué medida es conveniente elevar a una categoría más general datos concretos o particulares sacados de un expediente seguido por un órgano técnico, independiente y especializado.

III. REVISIÓN DE LA LITERATURA ECONÓMICA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

En el apartado tercero de la Guía (*“Revisión de la literatura económica sobre cuantificación de daños derivados de conductas anticompetitivas”*) se incluye una extensa relación de publicaciones y trabajos relacionados con la estimación de daños en el contexto de infracciones por competencia. Se agrupan en tres clasificaciones (teóricas, evidencia empírica y metaanálisis). Se trata de una relación muy valiosa, especialmente los trabajos de evidencia empírica. Son estudios muy exhaustivos que analizan los efectos de los cárteles basados en distintos tipos de conductas colusorias. Tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de enero de 2020, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el cártel de los sobres, valoran esos estudios en la medida que fijan horquillas sobre los sobrecostes que han provocados los distintos cárteles. Esos estudios pueden confirmar la validez de las conclusiones alcanzadas tras el análisis de la prueba pericial, como ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, o pueden ser útiles como parámetro para una determinación del daño por métodos exclusivamente estimativos, como ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Atendida la relevancia que se le otorga por los tribunales, sería conveniente que la Guía depurara en mayor medida esos trabajos o los clasificara según los tipos de cárteles o de conductas anticompetitivas. También sería deseable conocer, desde una perspectiva técnica, cual es la valoración que realiza la CNMC sobre el uso que los tribunales están haciendo de esos trabajos empíricos y de las cautelas que hay que adoptar al tomarlos en consideración.

IV.- OTROS ASPECTOS RELEVANTES PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES.

Fuera del contenido de la Guía sometido a consulta, consideramos que sería conveniente que el Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC diera alguna pauta de contenido técnico, prescindiendo, por tanto, de consideraciones jurídicas, sobre dos aspectos relevantes. De un lado, sobre las variables a tener en cuenta para determinar la indemnización, caso de acudir a la estimación judicial del daño. Y, de otro lado, los criterios a considerar para actualizar el importe de la indemnización.

(i).- Estimación judicial del perjuicio.- La Directiva 2014/104/UE, ante las dificultades que entraña la cuantificación de los perjuicios, sienta dos principios fundamentales: En primer lugar, los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Y, en segundo lugar, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de

los daños y perjuicios, esto es, abre la posibilidad de recurrir a métodos estimativos en la determinación de los daños. Esa posibilidad se consagra definitivamente en el artículo 76.2º de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece lo siguiente:

“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”.

Aunque la Guía está dirigida a aumentar el rigor técnico de los informes periciales, sería conveniente que se situara en el escenario, nada infrecuente en la práctica, de periciales contradictorias o de informes que no resultan suficientemente convincentes o que presentan notables carencia, para, a partir de ahí, dar pautas que asistan al juez en la determinación del perjuicio con criterios meramente estimativos. Pueden existir variables incontrovertidas que estén reflejadas en los informes o que resulten del expediente sancionador y pueden añadirse otras que permitan al juez motivar su decisión. Es conveniente transmitir la idea de que la estimación judicial del daño no puede consistir en una cantidad arbitraria y ajena por completo a parámetros objetivos.

(ii) Actualización de la indemnización. Capitalización de la deuda e intereses. Como señala la Guía Práctica elaborada por la Comisión Europea, la reparación del daño implica devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido la infracción, lo que incluye la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. El Tribunal Supremo ha señalado en distintas Sentencias que la obligación de indemnizar constituye una deuda valor y que es preciso adecuar su cuantía al momento en que el perjudicado recibe la correspondiente indemnización (Sentencias de 8 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2015).

Aunque la cuestión relativa a la actualización de la deuda es, fundamentalmente, de carácter jurídico, no está exenta de perfiles técnicos. Por ello sería conveniente que la Guía refiriera las distintas alternativas y valorara las consecuencias económicas de optar por uno u otro sistema de actualización, todo ello con el objetivo de obtener el resarcimiento justo. En concreto, podría analizar cuál es el efecto económico de la capitalización de la deuda de acuerdo con el interés legal o el IPC, si el resultado obtenido con la capitalización es desproporcionado y alejado de la realidad del daño, o la compatibilidad de la capitalización de la deuda con el pago de intereses.

COMENTARIOS MAGISTRADO 2

El punto de partida de estas reflexiones no puede ser otro que el de reconocer la importancia de la iniciativa del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC en la elaboración de la Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones de la Competencia, en un contexto en el que se ha producido la irrupción de acciones en esta materia, y los operadores jurídicos y los órganos judiciales asumen la interesante tarea de construir el desarrollo de este derecho a través de la aplicación privada de las normas de la competencia.

De la Introducción de documento se desprende, y es relevante, que: 1) el documento va dirigido a los jueces y tribunales españoles en el ámbito de la indemnización de daños ante conductas anticompetitivas, además de a las partes y peritos que intervienen en los procedimientos judiciales sobre la materia. 2) Su objetivo es *“asistir a los jueces y tribunales, así como divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales asociados a estos procedimientos de cuantificación de daños por infracciones al derecho de la competencia.”*

Estas notas parten, exclusivamente, de la perspectiva de la experiencia judicial personal, y tienen por objeto identificar si del contenido del borrador resultan herramientas útiles que ayuden a los jueces a valorar las complejas pruebas periciales que se aportan en este tipo de procesos, y ante su fracaso (Artículo 17.2 de la Directiva y 76.2 de la LCD), si facilitan o no criterios para la estimación judicial del daño, teniendo presente el deber de motivación de las resoluciones judiciales y la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una previsión legal como la adoptada en otros países de nuestro entorno (En Hungría y en Letonia la cuantía del daño se fija en un 10%, y en Rumanía, desde el 16 de octubre de 2020, en un 20%).

Por esta razón no se harán consideraciones sobre el contenido del Borrador en lo que afecta al alcance de la Directiva de Daños y su transposición al ordenamiento jurídico español (sin perjuicio de apuntar que se contienen en el documento apreciaciones que pudieran exceder del objeto y finalidad del documento y del marco competencial de la Institución que lo elabora), o en lo relativo a los comportamientos anticompetitivos sancionables, agentes involucrados, o la identificación/explicación de los métodos más utilizados para la cuantificación de los daños (entre otros aspectos generales y descriptivos que se contienen en el texto, incluso con revisión de la literatura científica sobre la materia).

En cada caso concreto, concierne a los peritos elegidos por las partes (con la necesaria cualificación y conocimiento del sector y mercado afectados) la identificación de la metodología y modelos adecuados, la selección de las variables relevantes y de los datos disponibles, así como su correcto tratamiento, que incluye – en la cuantificación del daño – discernir entre la incidencia de factores vinculados a la infracción y aquellos otros ajenos a ella. Dejando al margen las consideraciones descriptivas y técnicas acerca de los tipos de análisis, o de descripción de métodos (sean comparativos, de costes y análisis financieros, o de simulación) con sus ventajas e inconvenientes, la cuestión estriba tanto en conocer las claves que se han utilizado para la confección de los informes – con arreglo a los modelos

recomendados en función de las particularidades de cada caso – como en su comprensión y ulterior valoración por quienes están llamados a resolver sobre su contenido y resultados, dada la complejidad que, incluso para los propios peritos, resulta la cuantificación del daño. Se añade a lo anterior la dificultad de identificar y obtener los datos a tratar en escenarios de asimetría informativa.

Se precisa en el documento, en lo que afecta a los datos (públicos y/o privados) para la confección de los análisis, que éstos, en cualquier caso, han de ser **“fiables, transparentes, completos y contrastables”** según se hace constar en la página 18 del documento, en el marco de las consideraciones sobre “Selección de las variables relevantes y disponibilidad de datos”. En la experiencia actual y en un escenario de litigios masa como el que ha desencadenado el cartel de los fabricantes de camiones, la utilización de distintos datos procedentes de bases públicas y privadas, y su distinto tratamiento por los expertos en función de los métodos analíticos utilizados, ha determinado una gran dispersión de resultados que no contribuyen a dar confianza al sistema.

Anudado a lo anterior está el problema relativo al acceso a las fuentes de prueba y la referencia en la página 19 del borrador del uso de las denominadas “Salas de Datos”. Aún estando de acuerdo a la necesidad de buscar herramientas que permitan el acceso a la información en la línea que resalta del artículo 5 de la Directiva y de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico (artículos 283, bis a y siguientes) y en la eventual utilidad que pueda tener trasladar las “data room” al proceso civil, no cabe desconocer la problemática que se ha apreciado en algunos procedimientos en que se ha hecho uso de la misma y su difícil encaje dentro del proceso, cuando se ofrecen los datos vivo el litigio, y en trámite de Audiencia Previa, momento en el que se han de proponer los medios de prueba y en un contexto en que las partes ya han aportados los informes periciales de los que intentan valerse. Se añade a lo anterior que el ofrecimiento de los datos en estas salas no siempre se hace en términos de respeto a los principios procesales que rigen en el proceso civil. Me remito a tal efecto, entre otras, a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP V 4230/2020 - ECLI:ES:APV:2020:4230) en la que se describen las imposiciones que se efectúan por la parte que ofrece los datos y se analiza la cuestión, las de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP V 585/2021 - ECLI:ES:APV:2021:585), 20 de abril de 2021 (ROJ: SAP V 1209/2021 - ECLI:ES:APV:2021:1209), o finalmente el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 13 de mayo de 2021 (ROJ: AAP Z 657/2021 - ECLI:ES:APZ:2021:657A), entre otras resoluciones dictadas en sede de apelación.

Desde la perspectiva de quien ha de valorar la prueba practicada y decidir sobre la procedencia o no de indemnización del daño objeto de la reclamación en un proceso judicial, determinando la cuantía – reparo en los siguientes aspectos del borrador:

- 1) El reconocimiento, en la misma línea que la Comisión y su Guía Práctica, de la importancia de la aplicación privada del derecho de la competencia y el hecho de que “la cuantificación de daños es un ejercicio complejo”. Ello justifica la necesidad de estudios propios y específicos vinculados a cada caso, la presentación de un relato convincente de

los hechos con soporte en “hipótesis transparentes, razonables y técnicamente fundadas sobre datos contrastables”, la utilización de datos completos (no sesgados, y tratados de adecuadamente), así como la elección de metodología y modelo adecuados, con el correspondiente contraste de resultados para dotar de robustez al análisis realizado por los expertos. Ninguna reflexión, por tanto, en lo que afecta al contenido descriptivo del documento a que se ha hecho anteriormente referencia.

- 2) Del documento se desprenden algunas pautas orientativas a considerar en el proceso de valoración de las pruebas periciales (factores económicos y técnicos) que requieren de una mejor identificación y esfuerzo de profundización. Resulta útil, por ejemplo, el test que se propone (no tanto dirigido a los jueces como a los peritos) en la página 36 RECUADRO 3, en el que se formulan una serie de preguntas de contraste para la comprobación de la fiabilidad de la estimación del experto, que sigue a la explicación de los modelos de simulación, que antecede.

Un ejercicio similar dirigido a los jueces, con claves sencillas respecto de cada uno de los métodos, podría permitir una mejor valoración de los informes periciales.

- 3) Deben contenerse previsiones para los supuestos en que la prueba pericial no consiga provocar la convicción judicial y aprovechar la oportunidad de dotar a los Jueces de una herramienta verdaderamente útil en la tarea de la cuantificación del daño, de manera que podamos distinguir entre variables relevantes o irrelevantes (en función de cada caso) y su incidencia en el daño soportado.

Por ejemplo, en el seno de los procedimientos derivados del cártel de los fabricantes de camiones, y en función de los diversos informes periciales presentados por los demandantes según grupos de afectados, se aprecian resultados porcentuales que oscilan (medias) entre el 12,97% y el 37,28% para unos mismos hechos. La Audiencia de Valencia ha valorado cinco informes distintos en las Sentencias de 23/01/2021 - ECLI:ES:APV:2020:292 (estadístico), 19/01/2021 - ECLI:ES:APV:2021:151 (comparativo temporal), 09/12/2020 - ECLI:ES:APV:2020:4781 (también comparativo temporal), 26/01/2021 - ECLI:ES:APV:2021:170 (incremento de costes/amortización), 26/01/2021 - ECLI:ES:APV:2021:199 (sincrónico + diacrónico de refuerzo). Y otras Audiencias se han pronunciado sobre otros informes, diversos de los anteriores.

Se añade a lo anterior el contraste de pareceres y conclusiones diversas al tiempo de la valoración de un mismo informe pericial por distintos órganos judiciales, propio de la independencia judicial, de manera que en unas sedes se da carta de naturaleza a informes que, en otras son rechazados.

Finalmente, la disparidad de resultados determina que se acuda en muchas resoluciones judiciales a la estimación judicial, también con diversos criterios que van entre el 5% y el 15% en el marco del cártel que se apunta como ejemplo.

- 4) El Anexo 1 se refiere a la habilitación expresa a los jueces para la estimación de los daños.

En mi modesta opinión sería necesaria una mayor profundización en este aspecto pues si bien se reconoce la facultad de estimación del daño, ni se aboga por la recomendación de una previsión legal similar a la adoptada en otros países, ni se incluyen recomendaciones a los peritos que ayuden a identificar los aspectos más relevantes para una eventual estimación judicial, ni se dota de contenidos al borrador en previsión del fracaso de las pruebas periciales, ni tampoco se contiene la previsión de creación de grupos de trabajo mixtos de investigación para identificar los problemas prácticos a que se enfrentan los distintos operadores jurídicos. Quizá este último aspecto quede resuelto como consecuencia del trámite de consulta pública que vence el próximo día 30 de septiembre.

Sería de gran utilidad práctica que el trabajo de la CNMC incluyera una previsión dirigida a dotar de herramientas que permitan a los órganos judiciales fundamentar una eventual estimación judicial en un contexto de fracaso de las pruebas periciales o al menos de los parámetros orientativos que permitan motivar una decisión judicial.

El trabajo publicado por Thomas Thiedi el 7 de junio de 2021 bajo el título “How to estimate cartel damages”, desarrolla la tesis de que los informes de los expertos no siempre conducen a la cuantificación del daño, particularmente cuando numerosas opiniones, en casos idénticos, proporcionan resultados drásticamente diferentes (sirva de ejemplo el cártel de camiones). Ese contexto es el que le induce a examinar los argumentos fijados en 2019 por el Juez Jürgen Kühnen respecto a la aportación por el perjudicado de los “factores de estimación”, así como el denominado “sistema flexible” (desarrollado por Walter Wilburg y Bernhard A Koch) como instrumento de análisis y equilibrio de aquellos factores a considerar, ponderando la incidencia que cada uno de ellos ha podido tener en el perjuicio sufrido (interacción entre elementos y grado de influencia o peso de cada uno independientemente considerados: 1. Cobertura de mercado. 2. Grado de sustituibilidad del bien o servicio cartelizado. 3. Duración de la conducta anticompetitiva. 4. Sensibilidad del cliente frente al incremento de los precios.

- 5) Nivel de organización de los cartelistas y disciplina de los cárteles.

En España, se aprecia en las resoluciones judiciales la búsqueda de variables para poder alcanzar la estimación judicial ante el fracaso de la prueba, como se desprende de las reflexiones contenidas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:58) relativa al cartel de los sobres de papel y de la propia experiencia en el cártel de camiones de la Audiencia Provincial de Pontevedra, o de la Sección 9ª de la Audiencia de Valencia plasmada en sus resoluciones, en las que se intenta identificar qué factores deben examinarse para hacer una estimación judicial del perjuicio indemnizable. Entre los aspectos a considerar (extraídos de los argumentos de las diversas resoluciones dictadas) se incluían los siete siguientes: 1) Naturaleza del cártel

2) Área geográfica afectada, 3) Duración temporal del cártel. 4) Grado de afectación del mercado, 5) Eventual exclusión de efectos, 6) Precio y afectación sobre la demanda del producto cartelizado, 7) Incidencia de factores externos sobre el precio.

Quizá, por ello, amén de profundizar sobre estos aspectos en el Anexo I, sería interesante incluir una recomendación en orden a que en los informes periciales, amén de los contenidos y controles descritos en el propio Borrador de la Guía, se incluyeran o destacaran las variables más representativas y los umbrales en que cada una de ellas afecta a la determinación del perjuicio, facilitando a los jueces elementos objetivos que pudieran facilitar la estimación judicial en los casos en que, acreditada la existencia del daño, no se alcance una conclusión convincente del material probatorio aportado al proceso.

COMENTARIOS MAGISTRADO 3

Me resulta difícil hacer comentarios que pudieran mejorar la Guía de modo que nos fuera más útil.

En el fondo tenemos un problema de valoración de las periciales y las herramientas para la adecuada valoración de los informes desde el punto de vista de las técnicas y métodos económicos ya están en la Guía de la Comisión y en el informe Oxera.

Creo que el borrador de los servicios de la CNMC tiene algunas virtudes como aclarar algunos conceptos económicos (páginas 32 y 33) y, sobre todo, suministrar un listado de cuestiones a comprobar en el análisis de los informes (páginas 36 y 37).

No sé si es correcto en una Guía incluir un estudio comparativo de los métodos utilizados por los órganos judiciales (página 58 y ss), que me parece más propio de otro tipo de estudios, ni la velada crítica a la estimación del daño basada en precedentes o medias recogidas en la literatura científica (páginas 14 y 21). Sin perjuicio de mi posición personal –contraria a ese criterio-, en algún caso puede ser la única forma de cuantificar un daño que se ha acreditado como producido.

Me parece innecesario el anexo 1 sobre el contexto jurídico sobre reparación del daño y su cuantificación, precisamente, por su carácter jurídico.

Por último, el anexo 3 sobre modelos econométricos es de difícil comprensión, aunque quizá es inevitable.