



THE EUROPEAN CIRCLE FOR COMPETITION DAMAGES

theeuropencircle.com

Observaciones presentadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia borrador de guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia

Versión en español

Referencia: Consulta pública: Borrador de guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia (G-2020-03)

22 de octubre de 2021

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), en el marco de sus funciones consultivas, ha abierto recientemente una consulta pública sobre la elaboración de una guía para la cuantificación de daños por infracciones a la competencia. El Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC, en colaboración con la Asesoría Jurídica y la Asesoría Económica de la CNMC, elaboró un documento de trabajo preliminar (el “Borrador de Guía”) con el fin de recibir comentarios de los interesados. El Borrador de la Guía se someterá finalmente a la aprobación del Consejo de la CNMC.

El European Circle for Competition Damages (el “Circle”) es una red de cooperación de abogados, economistas, proveedores de servicios y otros profesionales destacados especializados en la aplicación privada del derecho de la competencia en la Unión Europea. Su objetivo es promover el estudio y la aplicación de las normas y técnicas de compensación de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. El Circle se centra exclusivamente en las reclamaciones por daños y perjuicios derivados de conductas de cártel y/o del abuso de posición dominante en el mercado, así como de acciones legales y/u otras medidas relativas a dichas infracciones. Los miembros del Circle han actuado en los casos más prominentes y destacados de aplicación privada del derecho de la competencia en toda la Unión Europea. Además de esta experiencia práctica conjunta, cada uno de los miembros tiene un profundo conocimiento del derecho de la Unión, así como del derecho de una o más jurisdicciones, y/o de la cuantificación de los daños causados por las infracciones a la libre competencia.

El Circle presenta, mediante el acuerdo de sus miembros, las siguientes observaciones a la consulta pública de la CNMC esperando que puedan ser de ayuda.

Estas observaciones no reflejan necesariamente la opinión de todos los miembros del Circle.

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. En general, el Borrador de Guía es una iniciativa encomiable lanzada por la CNMC que, si se revisa adecuadamente, podría ser una poderosa herramienta para jueces y profesionales.**

Los litigios por daños y perjuicios en materia de competencia han aumentado considerablemente en toda la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE (la “Directiva de Daños”). La Directiva de Daños prevé en su artículo 17.3 la posibilidad de que una autoridad nacional de la competencia, a petición del órgano jurisdiccional nacional, “pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento”.

Jurisdicciones con menor tradición o con más trabas procesales en este tipo de acciones, como es el caso de España, han visto cómo los tribunales nacionales se enfrentaban a dificultades prácticas a la hora de valorar informes económicos complejos. Hasta ahora, cuando los tribunales españoles han solicitado dicha asistencia (regulada en la legislación española anterior a la Directiva de Daños), la respuesta de la CNMC ha sido, por desgracia, incapaz de satisfacer las expectativas de los tribunales.

Por lo tanto, el Circle opina que una iniciativa de este tipo puede ser un punto de partida útil para la CNMC y servir de inspiración para otras autoridades nacionales de competencia cuando se les solicite asesoramiento de conformidad con el artículo 17.3 de la Directiva de Daños en sus propias jurisdicciones. Queda por ver, sin embargo, si el Borrador de Guía en su forma actual puede cumplir tal propósito.

- 2. El Borrador de Guía presenta ciertas deficiencias en cuanto a estructura, claridad y rigor técnico que podrían mermar su utilidad. Pero tales deficiencias pueden subsanarse.**

El Borrador de Guía contiene información útil, en particular en lo que respecta a los métodos econométricos, que no está ya cubierta en la conocida Guía Práctica de la Comisión Europea de 2013 (la “Guía Práctica de la CE”).

Sin embargo, la mayoría de los miembros del Circle consideran que el Borrador de Guía de la CNMC carece actualmente de coherencia interna, lo que sugiere que habría sido necesaria una revisión más exhaustiva. Resulta reiterativo en ocasiones y, al mismo tiempo, carece de un enfoque pedagógico, dejando sin explicar conceptos técnicos complejos para un profesional sin formación específica en econometría.

Además, parece que el Borrador de Guía sometido a consulta pública se publicó en una fase de redacción muy temprana. El Circle ha detectado problemas menores, como la falta de numeración de las páginas posteriores a la Sección I y algunos errores tipográficos en todo el documento que presumiblemente se corregirán cuando se presente su versión final. Observamos también errores al referenciar las fuentes del documento puesto que, por ejemplo, las referencias “Brokkeman, 2020” y “Weber, 2020” no están incluidas en la sección de bibliografía que comienza en la página 48.

Por ello, el Circle asume que el Borrador de Guía será revisado exhaustivamente a nivel interno y de forma conjunta por los equipos de Promoción de Competencia, Asesoría

Jurídica y Asesoría Económica de la CNMC antes de presentarlo al Consejo de la CNMC para su aprobación.

3. La CNMC debería asegurar una terminología adecuada específica sobre derecho de la competencia en general y sobre aplicación privada en particular.

Aunque se trata de un documento destinado para los jueces, el Borrador de Guía contiene varias imprecisiones en cuanto al uso de la terminología jurídica adecuada en el ámbito del derecho de la competencia.

A modo de ejemplo, el propio título del Borrador de Guía (*Cuantificación de daños por infracciones de la competencia*) es incorrecto, ya que debería decir al menos “infracciones **del derecho** de la competencia” en lugar de “infracciones de la competencia”. Además, el propio término “infracciones de la competencia” se menciona de forma distinta a lo largo de todo el documento.

El Circle considera que la CNMC debería, por tanto, revisar el vocabulario utilizado en el Borrador de Guía y adecuarlo, por ejemplo, a la Directiva de Daños, antes de presentarlo para su aprobación.

4. La CNMC debería otorgar mayor peso a las guías de la Comisión Europea sobre la cuantificación del daño y de repercusión de sobre coste (*passing-on*) y evitar incoherencias y redundancias.

Es de suponer que el Borrador de Guía es un documento independiente que sirve de complemento al trabajo previo de la Comisión Europea en la “Guía Práctica de la CE”. Por su parte, la Guía Práctica de la CE es una base sólida que ha sido considerada expresamente en el Borrador de Guía (páginas 5, 15 y 39) e implícitamente al hacer referencia a los tres métodos principalmente empleados en la cuantificación (páginas 21 a 37). La CNMC también se refiere a la Guía Práctica de la CE en su intervención a petición judicial en el litigio del *Cártel de los Sobres*. Sin embargo, aunque el Borrador de Guía parece inspirarse en gran medida en la Guía Práctica de la CE, resulta ocasionalmente inconsistente o menos detallado que la Guía Práctica de la CE.

Asimismo, parece considerar brevemente las directrices sobre *passing-on* de la Comisión Europea de 2019 (las “Directrices sobre *Passing-on* de la CE”) (página 12). Sin embargo, sus principales observaciones sobre cálculo de sobre coste repercutido y las directrices en esta materia de la CE son demasiado simplistas.

Por lo tanto, consideramos que, con el fin de aumentar significativamente la utilidad del Borrador de Guía para los jueces y los profesionales del derecho, la CNMC debería indicar claramente desde el principio (i) si se basa en observaciones de la Guía Práctica de la CE y de las Directrices sobre *Passing-on* de la CE (ii) cuánto se aparta y cuánto añade respecto a estos documentos.

5. La CNMC debería incorporar sus propias directrices y las de la Comisión Europea en materia de buenas prácticas (para los casos de aplicación pública) sobre presentación de pruebas periciales.

Tanto la “Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC” publicadas en 2018 (la “Guía de Buenas Prácticas de la CNMC”)¹ como el “*Staff working paper - Best practices for the submission of economic evidence*” de la Comisión Europea publicado en 2013 (la “Guía de Buenas Prácticas de la CE”) ofrecen una serie de valiosas consideraciones para la redacción y presentación de informes económicos. Aunque estos documentos se redactaron teniendo en cuenta casos de aplicación pública, el análisis subyacente (informes periciales económicos) puede extrapolarse a casos de ejecución privada.

En particular, la Guía de Buenas Prácticas de la CNMC establece claramente en sólo ocho páginas (i) el contenido mínimo y la estructura de un informe económico y las hipótesis relevantes que deben ser probadas, (ii) las características de los análisis conceptuales y teóricos y (iii) las características de los análisis empíricos (desde la metodología, el tratamiento de los datos hasta la robustez). La Guía de Buenas Prácticas de la CE también ofrece ideas útiles, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de los datos.

En opinión del Circle, los jueces y los profesionales se beneficiarían más de las ideas de la CNMC sobre qué tipo de información debe contener un informe pericial y cómo deben presentarse los datos, en lugar de, como se ha hecho, el resumen parcial de la CNMC de los métodos ya cubiertos en la Guía Práctica de la CE, los metaanálisis o la jurisprudencia española. Aunque estos últimos, si se explican adecuadamente (como se señalará más adelante) pueden ser muy útiles, el Borrador de Guía debería dedicarse a resolver cuestiones prácticas que se basen en los conocimientos prácticos de la propia CNMC.

En consecuencia, la CNMC debería incorporar (y, en su caso, ampliar) o, al menos, hacer referencia en el Borrador de Guía a la Guía de Buenas Prácticas de la CNMC y/o a la Guía de Buenas Prácticas de la CE.

6. El Borrador de Guía debería remitirse inicialmente a los principios jurídicos del Derecho de la Unión reflejados en la Directiva de Daños.

El Borrador de Guía se refiere en varias ocasiones a la Directiva de Daños, incluyendo un resumen de sus principales artículos (páginas 6 y 7 y anexo 1). Asimismo, señala los principios de eficacia y equivalencia, que forman parte del *acquis* de la Unión (página 6).

Sin embargo, el Borrador de Guía pasa a tratar una serie de cuestiones sustantivas y procesales que resultan problemáticas y controvertidas en la interposición de acciones de daños y perjuicios en materia de competencia, sin profundizar en los fundamentos de la Directiva de Daños y en la política de competencia de la Comisión Europea. En este sentido, los siguientes considerandos de la Directiva de Daños exponen las principales razones (aunque no las únicas, por supuesto) que la sustentan:

(45) Una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios.

¹ CNMC, ‘Guía para la presentación de informes económicos en la dirección de competencia de la CNMC’, disponible en: <<https://www.cnmc.es/node/372213>>.

Cuantificar el perjuicio causado en casos de Derecho de la competencia suele caracterizarse por la gran cantidad de elementos fácticos necesarios y puede requerir la aplicación de complejos modelos económicos. Ello suele ser muy costoso y los demandantes encuentran dificultades para obtener los datos necesarios para sustanciar sus pretensiones. **La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios.**

(46) Al no existir normas de la Unión sobre la cuantificación del perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar los requisitos que el demandante ha de cumplir a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos que pueden utilizarse para cuantificar el importe y las consecuencias de no poder respetar plenamente esos requisitos. **No obstante, los requisitos nacionales en materia de cuantificación del perjuicio en casos de Derecho de la competencia no deben ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares (principio de equivalencia), ni deben hacer que el ejercicio del derecho de la Unión al resarcimiento por los daños y perjuicios resulte imposible en la práctica o excesivamente difícil (principio de efectividad).** Debe prestarse atención a toda asimetría de información entre las partes y al hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción. **Esta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Por lo tanto, debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.** Los Estados miembros deben velar por que, cuando se les solicite, las autoridades nacionales de la competencia ofrezcan orientación en relación con la cuantía. Con el fin de garantizar la coherencia y la previsibilidad, la Comisión debería proporcionar una orientación general a nivel de la Unión.

(47) Para corregir la asimetría de información y algunas de las dificultades asociadas a la cuantificación del perjuicio ocasionado **en casos de Derecho de la competencia y con el fin de garantizar la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios, conviene presumir que las infracciones de cártel provocan un perjuicio, en particular a través de un efecto sobre los precios.** Dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel. Esta presunción no debe abarcar el importe preciso del daño. Se debe permitir al infractor que refute la presunción. Conviene limitar esta presunción iuris tantum a los cárteles, dada su naturaleza secreta, lo que aumenta la asimetría de información y dificulta a los demandantes la obtención de las pruebas necesarias para acreditar el perjuicio.

El Circle considera que la CNMC podría incluir en la introducción del Borrador de Guía estos principios rectores que los tribunales nacionales han tenido y deben tener en cuenta, en particular en lo que respecta a las infracciones del artículo 101 del TFUE.

Algunos miembros del Circle consideran, además, que, por lo que respecta a la determinación del *quantum* de los daños y perjuicios y en consonancia con los principios mencionados, el artículo 17.1 de la Directiva de Daños (equivalente al artículo 76.2 de la Ley de Defensa de la Competencia española) exige que los tribunales nacionales estén facultados para estimar los daños y perjuicios sufridos en un caso determinado. La estimación puede ser especialmente importante cuando las opiniones periciales divergentes presentadas por las partes dan lugar a una situación de *non liquet*. Lo mismo se aplica a la situación en la que los demandantes, también en vista de la larga duración de las infracciones del derecho de la competencia, sin ser conscientes de ellas, ya no tienen todas las pruebas a mano, por ejemplo, en relación con la compra de productos o servicios afectados por un sobreprecio ilícito. Desde este punto de vista, el Borrador de Guía debería proporcionar más orientaciones a los jueces sobre cómo llevar a cabo dicha

tarea, con el fin de garantizar la efectividad del derecho a la compensación íntegra en la práctica (artículos 3 y 4) (véase también el punto 13).

SECCIÓN I

Introducción

7. La CNMC debe aclarar el alcance del Borrador de Guía en relación con su facultad de asistir a los tribunales caso por caso.

Al comienzo del documento, se señala que se ha encargado la elaboración de este sin perjuicio del ya mencionado deber de asistir a los tribunales nacionales en cuestiones de *quantum*, de acuerdo con las disposiciones aplicables en el derecho español, incluida la transposición de la Directiva de Daños (páginas 4 a 6).

Teniendo en cuenta, sin embargo, la limitada práctica de la CNMC como interviniente *amicus curiae* en casos anteriores (véanse los casos del *Cartel de los Sobres* y *Cartel del Asfalto de Cantabria*), así como la propia carga de trabajo y limitación de los recursos materiales de la CNMC, el Circle advierte que existe un riesgo considerable de que la CNMC decline asistir a los tribunales nacionales sobre el caso concreto, limitándose a tales efectos, a remitirse a la versión final resultante del actual Borrador de Guía.

Por ello, el Circle considera que la CNMC debería aclarar desde el principio el alcance de su intervención en los procesos civiles y cómo se relacionaría y/o solaparía con el Borrador de Guía.

8. El Borrador de Guía descarta erróneamente abordar la cuantificación de daños en los supuestos de abuso de posición dominante.

Para sorpresa del Circle, en el Borrador se excluye en general cualquier análisis (así como cualquier referencia jurisprudencial) a los daños en los casos de abuso de posición dominante, salvo una referencia en una nota a pie de página a los modelos estructurales en los casos de exclusión (nota 26 en la página 22) señalando que “en cuanto a los daños de abusos de posición de dominio, la identificación y cuantificación del daño es más difícil que en el caso de aumento de precios debido a la complejidad de los efectos dinámicos entre los diversos agentes que inciden sobre la estructura del mercado 9, lo que, en consecuencia, muestra una menor consolidación metodológica con respecto al cálculo del sobreprecio” (página 10). Tal inferencia se basa en una serie de presentaciones impartidas en el “Taller de la CE sobre la cuantificación del daño” celebrado en 2010 y 2011 en relación con el daño en las prácticas de *exclusión* (nota 9 en la página 10).

Sin embargo, esta afirmación es incorrecta. En primer lugar, se está refiriendo al daño por exclusión, ignorando los casos de precios excesivos. En segundo lugar, y en relación con nuestra observación anterior de que el Borrador de Guía es incoherente con los trabajos anteriores de la Comisión Europea (véase el punto 4), la Guía Práctica de la CE no sólo abarca la “Cuantificación del perjuicio ocasionado por las prácticas de exclusión” en la parte 4, sino que señala que (i) el análisis de los precios excesivos es equivalente en los casos del artículo 101 del TFUE y en los casos del artículo 102 del TFUE (párrafo 127 en la página 45 y párrafo 172 en la página 57) y (ii) “A los efectos de cuantificación, el daño causado a los consumidores por prácticas de exclusión puede ser análogo al causado por infracciones que den lugar a un aumento de los precios, que se trata con más detalle en la parte 3 de esta Guía práctica” (párrafo 209 en la página 70).

Por lo tanto, en opinión del Circle, la CNMC debería modificar dicha declaración y complementar las recomendaciones también para los casos de abuso de posición dominante.

- 9. Las afirmaciones de la CNMC sobre el efecto *passing-on* son demasiado simplistas y pueden inducir a error a los tribunales, por lo que deberían corregirse o, en su defecto, eliminarse remitiéndose a las directrices de la Comisión Europea de 2013 y 2019 en su lugar.**

La CNMC se refiere brevemente a la cuantificación del efecto *passing-on* (páginas 11 a 13). Aunque se inspira en gran medida en las Directrices sobre *Passing-on* de la CE, incluyendo los principales factores que deben tenerse en cuenta (páginas 12 a 13), señala previamente algunos casos en los que la repercusión puede oscilar entre el 50% y el 100% (página 12). También se refiere, aunque brevemente, a la distinción entre los efectos precio y volumen (página 9).

En opinión del Circle, la cobertura de la repercusión de costes en términos tan simples puede subestimar la complejidad del análisis económico que conlleva (que, además de la Guía Práctica de la CE, fue el motivo para la redacción de las Directrices sobre *Passing-on* de la CE). La consideración de que el efecto *passing-on* se puede estimar en un determinado porcentaje (como regla general) según la teoría económica podría entrañar el riesgo de que los jueces se remitan al Borrador de Guía para su cálculo ignorando por tanto las situaciones particulares. Tal resultado puede ir en contra de la finalidad del Borrador de Guía y a su propia advertencia de que los jueces no deben cuantificar automáticamente porcentajes medios refiriéndose a meta-estudios (página 21, entre otras). En cualquier caso, aplicar directamente los porcentajes resultaría erróneo, ya que se confundirían los supuestos de teoría puramente económica con los modelos económicos aplicados.

Algunos miembros consideran que el Borrador de Guía podría remitirse (de forma similar a la Guía Práctica de la CE) a los principios rectores formulados a este respecto por la Directiva de Daños en los artículos 12 y 13, señalando al mismo tiempo que, en virtud de las normas relativas a la carga de la prueba, los infractores tienen que demostrar la repercusión de los sobrepuestos y la ausencia de efecto volumen, y que, en consecuencia, la alegación de repercusión no conducirá prácticamente a la ausencia de responsabilidad de los infractores.

SECCIÓN II

Métodos para cuantificación de daños

- 10. La afirmación de que el análisis econométrico demuestra la causalidad es errónea y, por tanto, debería modificarse.**

El Borrador de Guía contiene varias referencias a cómo los análisis económicos y econométricos *demuestran* la causalidad (páginas 20, 68, 70, 72, 75).

En opinión del Circle, esta afirmación no es exacta.

La Guía Práctica de la CE, al referirse a los análisis de regresión, señalan que “el análisis de regresión estima el grado de correlación de las variables relevantes entre sí, lo que *en algunos casos puede sugerir una influencia causal de una variable sobre la otra*” (párrafo

70 -nota a pie de página 69-, en la página 25), aclarando en la nota a pie de página 69 que tal puede ser el caso “Siempre y cuando sea coherente con un *marco económico coherente* y con *otras pruebas cualitativas y cuantitativas*”.

Además, como explica el profesor de econometría Rubinfeld (citado en el borrador de la Guía en las páginas 22, 68 -nota a pie de página 69-, y 72) en la “Guía de referencia sobre regresión múltiple”² (páginas 184-185):

La causalidad no puede deducirse únicamente mediante el análisis de los datos, sino que hay que deducir que existe una relación causal sobre la base de una teoría causal subyacente que explique la relación entre las dos variables. Incluso cuando se ha identificado una teoría adecuada, la causalidad nunca puede inferirse directamente. También hay que buscar pruebas empíricas de que existe una relación causal. A la inversa, el hecho de que dos variables estén correlacionadas no garantiza la existencia de una relación; podría ser que el modelo -una caracterización de la teoría causal subyacente- no refleje la interacción correcta entre las variables explicativas. De hecho, la ausencia de correlación no garantiza que no exista una relación causal. La falta de correlación podría producirse si (1) no hay datos suficientes; (2) los datos se miden de forma inexacta; (3) los datos no permiten clasificar las múltiples relaciones causales; o (4) el modelo se especifica de forma errónea debido a la omisión de una o varias variables relacionadas con la variable de interés.

Existe una tensión entre cualquier intento de llegar a conclusiones con casi certeza y la naturaleza inherentemente probabilística del análisis de regresión múltiple. En general, el análisis estadístico implica la expresión formal de la incertidumbre en términos de probabilidades. El hecho de que el análisis estadístico genere probabilidades de que existan relaciones no debe considerarse en sí mismo un argumento contra el uso de pruebas estadísticas. La única alternativa podría ser utilizar pruebas anecdóticas menos fiables.

El Circle considera que el Borrador de Guía debería, por tanto, aclarar que la causalidad es un concepto tanto jurídico como económico e, incluso en este último caso, que el análisis econométrico es de naturaleza probabilística y, por tanto, es útil para corroborar la causalidad siempre que se cuente con otros elementos, siendo estos tanto pruebas cualitativas y cuantitativas.

11. Las distinciones metodológicas realizadas en el Borrador de Guía no se ajustan estrictamente a la Guía Práctica de la CE.

Dentro de la Sección II, se distingue entre “modelos económicos”, como aquellos que no incorporan el análisis de regresión (microeconomía, macroeconomía, finanzas, contabilidad, organización industrial, etc.), y “modelos econométricos”, como aquellos que emplean el análisis de regresión (página 20).

Esta distinción se mantiene más adelante cuando el Borrador de Guía se refiere, aparentemente en línea con la Guía Práctica de la CE (aunque sin hacer referencia a ella), a los métodos comparativos (páginas 22 a 26), a los métodos de análisis de costes y financieros (páginas 27 a 35) y a los métodos de simulación (páginas 35 a 37). Sin embargo, parece que la CNMC equipara los “modelos econométricos” con los “métodos comparativos”, ya que se refiere al análisis de regresión como parte de éste (página 22) y a los “modelos económicos” con el resto.

² Rubinfeld DL, 'Reference Guide on Multiple Regression' en Federal Judicial Center/National Research Council (eds), Reference Manual on Scientific Evidence (3rd edición, página 179). Traducción propia.

A pesar de lo anterior, el enfoque metodológico de la CNMC no es coherente con la Guía Práctica de la CE.

En primer lugar, la Guía Práctica de la CE no equipara los modelos basados en comparadores con los “modelos econométricos”, ya que distingue entre “técnicas sencillas” (páginas 25 a 27) y “análisis de regresión” (páginas 28 a 35) dentro de los “métodos comparativos”.

En segundo lugar, el término “modelos económicos” es demasiado simplista ya que, por definición, incluiría también “modelos econométricos” (siendo la econometría el uso de técnicas estadísticas para el análisis económico). De hecho, la Comisión Europea no agrupa los “modelos no basados en comparadores” como una categoría única.

Por lo tanto, en aras de la coherencia, el Circle sugiere que la CNMC utilice categorías que se correspondan con las empleadas en la Guía Práctica de la CE.

12. En cuanto a los “modelos econométricos”, el Borrador de Guía, al igual que la Guía Práctica de la CE, se centran en los modelos de regresión multivariante.

En la Sección II, así como en el Anexo 3, se hace referencia exhaustivamente a los “modelos econométricos” y, en particular, al análisis de regresión. El Borrador parece definir el análisis de regresión como el correspondiente a la comparación entre la variable no explicada (causada por el cártel) y otro conjunto de variables explicativas (páginas 16 a 17). La Guía Práctica de la CE, a este respecto, sólo se refiere a este tipo de análisis de regresión “multivariante”, al señalar la “relación entre *variables económicas*”.

Sin embargo, los análisis de regresión no tienen por qué ser multivariantes. De hecho, la guía de Oxera de 2009 “*Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*” (la “Guía Oxera”), que sirvió de base para la Guía Práctica de la CE, también se refirió a otros tipos de análisis de regresión univariante (autorregresivo), como los modelos ARIMA, los modelos de series temporales estructurales y los modelos de corrección de errores (páginas 57 a 59). El análisis multivariante, por tanto, es sólo un tipo de análisis econométrico (de regresión), pero no el único al que pueden recurrir los expertos en economía.

En consecuencia, el Circle sugiere que la CNMC evite simplificar excesivamente en su Borrador el contenido de la Guía Práctica de la CE en lo que respecta a los modelos econométricos y que, por lo tanto, amplíe los diferentes tipos de técnicas econométricas que pueden ser utilizadas en la práctica por los expertos.

13. Las estimaciones de daños basadas en comparaciones con sentencias previas de casos similares (estimación judicial directa) debe ser tratada con cuidado.

La CNMC señala que debe evitarse la estimación judicial directa, señalando que no es deseable la “aplicación automática de un porcentaje promedio de los cárteles del pasado o de lo recogido en la literatura económica”, añadiendo que las cuantificaciones realizadas en sentencias anteriores y estudios académicos “deberían ser consideradas meras referencias a la hora de comparar si el resultado final del modelo diseñado para el caso concreto difiere o no de la práctica habitual” (página 21).

Una afirmación tan rotunda, a juicio del Circle, parece contravenir la facultad de los jueces de estimar directamente los daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 17.1 de la

Directiva de Daños, que establece, en consonancia con el principio de efectividad, que “los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles”, que también ha sido transpuesta al derecho español.

En general, los miembros del Circle consideran que el planteamiento de la CNMC sobre la estimación judicial, que, en la práctica, suscita cuestiones de difícil interpretación, es no sólo negativo sino simplista y quizás demasiado centrado en el debate en torno a la experiencia española en el litigio del *Cártel de los Camiones*.

Algunos miembros consideran que el Borrador de Guía debería centrarse estrictamente en los métodos de cuantificación y, en cambio, omitir cualquier referencia (positiva o negativa) a la estimación judicial directa y, si procede, abrir una consulta separada sobre esta materia para abordar las complejas cuestiones jurídicas y económicas que se plantean.

Sin embargo, otros miembros del Circle opinan que la CNMC debería, más que criticar, orientar efectivamente a los jueces sobre qué criterios se pueden emplear para llevar a cabo la estimación del sobrecoste (así como del efecto volumen) en aquellas situaciones en las que los demandantes no disponen de suficiente material probatorio, señalando que el carácter duradero de las infracciones del derecho de la competencia (especialmente de los cárteles) hace que muchas veces los datos ya no estén disponibles. Según este punto de vista, en tales casos, los demandantes tampoco habrían tenido conocimiento de las infracciones y, por lo tanto, la condición de que los datos estén completos no debería socavar el principio de efectividad. En consecuencia, el Borrador de Guía debería proporcionar orientación sobre las estimaciones, extrapolaciones, etc. comúnmente conocidas, que se utilizan en situaciones en las que los datos no son accesibles. En situaciones en las que los periodos legales de conservación de documentos hubieran finalizado antes del momento en que los demandantes podrían haber tenido conocimiento de la infracción, debería permitirse a los demandantes basarse en pruebas circunstanciales (por ejemplo, documentos sobre producciones o servicios propios, documentación contable y fiscal, estados financieros).

14. La CNMC podría abordar los métodos de cálculo de los intereses en su Borrador de Guía.

La CNMC aborda los intereses como una variable económica que forma parte de un modelo econométrico (páginas 24 a 25) pero no se refiere a la cuantificación de los intereses como un elemento del *quantum* indemnizatorio.

Los intereses forman parte del derecho a la indemnización íntegra, como se señala en el artículo 3.2 de la Directiva de Daños. La Guía Práctica de la CE no ofrece ninguna aclaración sobre esta cuestión, aparte de recordar la posibilidad de reclamar intereses legales y/o de cualquier otro tipo siempre que se ajusten a los principios de efectividad y equivalencia (párrafo 20 en la página 14). Aunque la concesión y el cálculo de los intereses varía mucho entre las jurisdicciones europeas, como se señala en la Guía Oxera, la jurisprudencia

española (véase, por ejemplo, el caso del *Cártel del Azúcar*) otorga cierta discrecionalidad a los tribunales, lo que en teoría puede llevar a aceptar, en su caso, diferentes métodos de cálculo.

A este respecto, algunos miembros han sugerido que el Borrador de Guía podría abordar el interés desde una perspectiva económica, señalando los posibles métodos de cálculo y teniendo en cuenta su cobertura en la Guía Oxera.

ANEXO 1

15. La CNMC debe tratar con cuidado las cuestiones jurídicas de fondo.

A lo largo del Anexo 1, la CNMC se refiere a las normas jurídicas aplicables en los procedimientos de daños y perjuicios por infracción del derecho de la competencia que se derivan de la Directiva de Daños. Sin embargo, varias observaciones irían más allá de la mera descripción de dichas normas.

A juicio del Circle, la CNMC realiza inferencias sobre cuestiones que han sido sometidas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como es el caso de la responsabilidad de la matriz (en relación con la reciente sentencia del asunto C-882/19 *Sumal*) o la distinción entre disposiciones sustantivas y procesales en la transposición española de la Directiva de Daños (en relación con el asunto C-267/20 *Volvo*) (página 7) que, en principio, no deberían formar parte del ámbito de aplicación del Borrador de Guía.

Además, la CNMC señala que ni la ley española ni la Directiva de Daños “regulan cómo ha de cuantificarse el daño reclamado por el demandante, ni el estándar de prueba a emplear en el procedimiento civil por daños, sin embargo, es evidente la importancia de la prueba pericial en estos casos” (página 54) a pesar de los principios de equivalencia y efectividad derivados de la jurisprudencia de la UE y recogidos en la Directiva de Daños.

En general, el Circle considera que el Borrador de Guía debería especificar, en consonancia con la jurisprudencia reiterada y la Guía Práctica de la CE, que todo análisis económico del perjuicio es hipotético por naturaleza y sólo puede ser un indicio más con valor probatorio para el juez.

Algunos miembros consideran además que en un caso de *non liquet* (es decir una situación en la que un tribunal se enfrenta a dos dictámenes periciales económicos divergentes y no está plenamente convencido por ninguno de ellos), el tribunal debería poder adoptar una decisión sobre la base de supuestos generales como el de que los cárteles suelen dar lugar a daños y perjuicios, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la Directiva sobre Daños (presunción de daño); estar facultado para estimar los daños y perjuicios con el fin de garantizar la efectividad del derecho a la indemnización íntegra en la práctica, de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Directiva de Daños; y, en cualquier caso, tener en cuenta los requisitos del Derecho de la Unión en vigor a la hora de pronunciarse sobre la cuantificación del daño, de conformidad con el considerando 46 de la Directiva de Daños:

No obstante, los requisitos nacionales en materia de cuantificación del perjuicio en casos de Derecho de la competencia no deben ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares (principio de equivalencia), ni deben hacer que el ejercicio del derecho de la Unión al resarcimiento por los daños y perjuicios resulte imposible en la práctica o excesivamente difícil (principio de efectividad). Debe prestarse atención a toda asimetría de información entre las partes y al hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo

habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción. Esta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Por lo tanto, debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia. Los Estados miembros deben velar por que, cuando se les solicite, las autoridades nacionales de la competencia ofrezcan orientación en relación con la cuantía.

16. La referencia al uso de salas de datos (*data rooms*) se basa en un caso aislado, y cualquier referencia a las salas de datos en procedimientos civiles debe tratarse con cuidado.

El Borrador de Guía destaca que “parece ser una práctica habitual en los procesos de reclamación de daños que el demandado dé **acceso de forma voluntaria a cierta información** (generalmente en fase de audiencia previa), esto sin previsiones legales “de control” ni reguladas específicamente, ya que en tales procedimientos aun no estarían operativo este nuevo mecanismo por ser de aplicación la anterior versión de la LEC.” (páginas 56-57).

Consideramos que es errónea y puede inducir a error la afirmación de que los demandados revelan regularmente tales pruebas en las salas de datos en España, ya que se basa en una extrapolación de unos pocos ejemplos aislados en el contexto del litigio del *Cártel de los Camiones* (algunos de los cuales han sido revocados en apelación).

Algunos miembros señalan, además, que la utilización de datos y documentos preseleccionados cuidadosamente para la elaboración de informes suele conducir a resultados sesgados que pueden inducir a error a los tribunales.

En general, el Circle considera que la referencia a la aplicabilidad de las normas de divulgación relativas a las salas de datos como regulación de la divulgación de los datos de los demandados es inexacta. Algunos miembros han expresado, además, que la obligación de revelar la información que sustenta un informe económico es una cuestión de las normas relativas a la carga probatoria, señalando que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 en el caso del *Cártel del Azúcar* establece de forma general que los informes periciales deben basarse en “datos *contrastables* y no erróneos”.

A este respecto, algunos miembros desean señalar que la organización de las salas de datos es una cuestión de discrecionalidad judicial que no está regulada expresamente en la legislación española ni en la Directiva de Daños, aunque algunos tribunales españoles han comenzado a adoptar directrices no vinculantes a este respecto (véase, por ejemplo, el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles).³

17. La CNMC debería profundizar en su referencia al tratamiento de las variables económicas.

El Borrador de Guía señala la importancia de elegir las variables económicas adecuadas y la calidad de dicha información para construir un modelo contrafactual (páginas 16-18).

³ Tribunal Mercantil de Barcelona (Sección de Derecho de la Competencia), 'Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles', disponible en: https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Noticias/2019/2019_11_22_Protocolo_Proteccion_Secreto_Empresarial_en_los_JM.pdf.

El Circle aprecia que la CNMC proporcione varias ideas útiles sobre esta cuestión. Sin embargo, sería recomendable que se abordaran las cuestiones que suelen darse en la práctica (por ejemplo, el debate sobre la preferencia que debe darse a la información pública existente frente a las bases de datos *ad hoc*, como se ha discutido en el caso del *Cártel de los Camiones*).

ANEXO 2

18. La CNMC debería recordar a los tribunales su deber de comunicar las sentencias dictadas en los casos de aplicación del derecho de la competencia.

La CNMC señala que ha utilizado el repositorio de sentencias del que dispone en virtud de la obligación legal de los tribunales, así como bases de datos externas (página 58).

Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de dicha obligación legal, la CNMC no debería tener necesidad de recurrir a bases de datos externas.

De hecho, esta afirmación parece evidenciar que los tribunales españoles están incumpliendo su deber de informar a la CNMC de los escritos de demanda y de las sentencias en los casos de derecho de la competencia. Ello perjudicaría la posibilidad de que la CNMC interviniera discrecionalmente como *amicus curiae* de acuerdo con el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por tanto, dañaría la política de la libre competencia. A su vez, si la CNMC no es debidamente informada previamente, no podrá informar después a la Comisión Europea de las sentencias en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE “sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia”, tal y como exige el artículo 15.2 del Reglamento 1/2003 junto con el artículo 16.4 de la Ley de Defensa de la Competencia española.

Si este es el caso, esto es preocupante y posiblemente se incumplirían las obligaciones del Estado español en materia de Derecho de la Unión y, en consecuencia, el Circle sugiere que la CNMC debería: (i) divulgar la proporción de sentencias disponibles en fuentes públicas que no han sido comunicadas y (ii) recordar a los tribunales su obligación de informar a la CNMC y, por extensión (cuando se trate también de los artículos 101 y 102 del TFUE), a la Comisión Europea.

ANEXO 3

19. El Borrador de Guía debería aclarar la finalidad y el objetivo del Anexo 3, así como el uso y la descripción de los términos técnicos.

El Anexo 3, en su estado actual, ofrece una visión detallada y técnica de los principales métodos econométricos utilizados para cuantificar daños y derivados de conductas anticompetitivas.

De entrada, el Circle considera que la visión general que se ofrece en este apartado no es suficientemente pedagógica, ya que una persona sin formación en economía no podría entenderla adecuadamente debido al uso de terminología específica de estadística y econometría. En principio, esta sección sólo sería útil para jueces o profesionales con una sólida formación económica. En consecuencia, si el objetivo del Anexo 3 es ofrecer una visión completa sobre los métodos econométricos, la CNMC debería definir el nivel de experiencia del público al que pretende dirigirse este anexo y, por tanto, el grado de dificultad, para explicar los conceptos teóricos.

Además, el Borrador de Guía es a veces incoherente a la hora de decidir qué términos econométricos deben definirse para ser entendidos, omitiendo definiciones importantes.

Por ejemplo, en las páginas 74 y 75 se menciona el uso de variables ficticias sin ofrecer una explicación de este tipo de variables, mientras que otros términos econométricos más sencillos se explican a fondo.

Por lo tanto, el Circle sugiere que se incluyan en el Borrador de Guía la definición de los principales conceptos que faltan; o, cuando sea apropiado (por ejemplo, cuando se asume que la mayoría de los conceptos son ampliamente comprendidos), resume las explicaciones.

Además, algunos miembros han planteado que, en lugar de profundizar en la teoría puramente econométrica, el Anexo 3 debería tratar especialmente las cuestiones que los jueces deben tener en cuenta al enfrentarse a los informes y testimonios de los peritos economistas y, como en el caso de la Guía Práctica de la CE, debería contener ejemplos prácticos y ofrecer una visión de la intuición económica que hay detrás de la inclusión de variables en los modelos o de la elección de un modelo en lugar de otro.

20. En cualquier caso, el Anexo 3 contiene varias inexactitudes técnicas que deberían ser subsanadas.

Como se ha señalado, el Anexo 3 contiene una terminología econométrica muy específica.

El Circle desea señalar, como punto de partida, que hay términos utilizados en el contexto de la econometría que no tienen el mismo significado o alcance cuando se utilizan en el contexto jurídico o en el del discurso popular y, por tanto, pueden inducir a error.

Por ejemplo, en las páginas 70-72, se explica que la “prueba de significación estadística” se utiliza para determinar si una hipótesis nula debe aceptarse o rechazarse. Aunque esta expresión es ampliamente utilizada en la literatura académica, una forma más correcta de referirse a la “aceptación” de las hipótesis nulas, consistiría en afirmar, por ejemplo, que “no hay suficiente evidencia estadística para rechazar la hipótesis nula”. En este sentido, la CNMC debería aclarar que el hecho de no rechazar las hipótesis nulas no significa que el valor probatorio de cualquier otro tipo de evidencia pueda verse directamente disminuido.

En opinión del Circle, la CNMC debería advertir acerca de los errores comunes y las ideas equivocadas, entre otros conceptos, del p-valor en las pruebas de significación estadística, ofreciendo una referencia útil, como el documento de la ASA “*Statement on p-Values: Context, Process, and Purpose*”.⁴

⁴ Wasserstein RL, Lazar NA, 'The ASA Statement on p-Values: Context, Process, and Purpose' (The American Statistician, 70:2, 129-133, 2016), disponible en: <https://doi.org/10.1080/00031305.2016.1154108>.