

ESTÁNDARES DE PRUEBA DEL DAÑO EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA CÁRTELES BAJO DERECHO ESPAÑOL Y DE LA UE *

STANDARDS OF PROOF OF DAMAGE IN CARTEL DAMAGES ACTIONS
UNDER SPANISH AND EU LAW

Working Paper IE Law School

AJ8-250

11-03-2020

Javier Pérez Fernández**

Abogado

jperez@ramoncajal.com

Resumen/ Abstract: Los últimos pronunciamientos judiciales en España referidos a acciones por daños frente a cárteles han evidenciado una disparidad de enfoques en relación con las distintas facetas del daño, a pesar de los recientes avances por parte de varios órganos judiciales de segunda instancia. Los dos precedentes del Tribunal Supremo en el *Cártel del Azúcar* han sentado las bases de este tipo de acciones, pero no responden a todas las cuestiones que ahora se suscitan. La Directiva de Daños tampoco ofrece respuestas claras más allá de consolidar el “*acquis*” del Derecho de la Unión y de recordar en su artículo 17(1) que los Estados Miembros han de velar por que ni las reglas de la carga de la prueba ni tampoco los estándares de prueba vulneren el principio de efectividad. El objetivo de este trabajo consiste en exponer las dificultades jurídicas y fácticas de la prueba de la existencia del daño y su cuantificación en el caso de acciones de responsabilidad civil contra cárteles en España, así como en identificar los principios y criterios que faciliten su interpretación en la práctica / *The latest judicial decisions rendered by Spanish courts in relation to cartel damages actions have shown a disparity of approaches concerning the issue of harm, notwithstanding recent development by several second instance courts. The two precedents of the Supreme Court in the Sugar Cartel case have laid the foundations of this type of actions, but fall short of providing a clear answer to all the questions that are presently raised. Nor does the Damages Directive provide a clear response beyond consolidating the “acquis” of Union law and recalling in article 17(1) that Member States must ensure that neither the rules on the burden of proof nor the applicable legal standards breach the principle of effectiveness. The purpose of this paper is to bring out the current legal and factual difficulties regarding the proof of the existence of damage and its quantification in cartel damages actions in Spain, as well as to anticompetitive harm, by object, by identify the principles and criteria that may ease their interpretation in practice.*

Palabras clave/ Keywords: Defensa de la competencia, aplicación privada, daños, cártel, colusión, daño anticompetitivo, infracción por objeto, infracción por efecto, cuantificación, carga de la prueba, presunción, efectividad./ *Competition law, private enforcement, damages, cartel, collusion, effect, quantification, standard of proof, burden of proof, presumption, effectiveness.*

*El presente trabajo se corresponde, salvo adaptaciones menores, con la comunicación presentada por el autor en la V Jornada Anual de la Red Académica de Derecho de la Competencia celebrada el 31 de mayo de 2019 en la Universidad Carlos III de Madrid.

Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas (Universidad Carlos III de Madrid) y Máster en Derecho de la Unión Europea (Universidad Carlos III de Madrid). Actualmente, abogado senior en el Área de Derecho de la Competencia de Ramón y Cajal Abogados, S.L.P.. Almagro 16-18, 28010 Madrid jperez@ramoncajal.com. **Aviso: El autor asesora habitualmente en materia de acciones por daños por infracciones anticompetitivas y, en particular, asesora a un grupo de clientes afectados por el denominado *Cártel de los Sobres*, asunto en el que han recaído varias sentencias públicamente disponibles. Las opiniones vertidas por el autor en el presente escrito son exclusivamente personales y no vinculan ni al despacho profesional donde trabaja ni a los clientes que asesora.

La publicación de la Serie Working Papers IE-Law School está patrocinada por la Cátedra Jean Monnet-IE.
Copyright © 2020 by Javier Pérez Fernández, Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas.
Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.
Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.
Editado por el IE Law School, Madrid, España

*The publishing of Serie Working Papers IE-Law School is sponsored by Cátedra Jean Monnet-IE.
Copyright ©2020 by Javier Pérez Fernández, Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas.
This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.
Edited by IE Law School and printed at IE Publishing, Madrid, Spain*

1. Introducción: Determinación de los estándares de prueba del daño.

La determinación de si ha habido un daño y en qué medida éste se ha materializado constituye el centro de toda acción por daños causados por un cártel.

Son conocidas en nuestro país las dos importantes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el caso del *Cártel del Azúcar* y, especialmente, la sentencia de 7 de noviembre de 2013, que sienta las bases de la metodología a seguir por los informes periciales en el caso de acciones por daños frente a cárteles. Según el Tribunal Supremo, los cárteles son conductas generadoras de daños y el informe pericial de la parte demandada no puede limitarse a criticar el informe del demandante sin proponer una cuantificación alternativa mejor fundada.

Pese a dichos precedentes, determinadas sentencias recaídas en primera instancia referidas al *Cártel de los Sobres* y al *Cártel de los Camiones* a lo largo del España han evidenciado, pese a ser posteriormente revisadas por las Audiencias Provinciales, un enfoque divergente por parte de nuestros tribunales a la hora de tener por probada la existencia de un daño. Y, todavía, pese a dichos avances, la determinación de la extensión de ese daño (es decir, el sobreprecio) sigue planteando dificultades. Esta situación obedece probablemente a la novedad de esta clase de reclamaciones en nuestro país, a la complejidad del análisis económico y a una interpretación más o menos estricta de las reglas de la carga de la prueba.

Las nuevas reglas sustantivas y procesales que incorpora la Directiva de Daños siguen sin ofrecer unos criterios claros de interpretación de la prueba del daño en sentido amplio. Para facilitar las acciones por daños frente a cárteles, la Directiva se limita a introducir la regla rebatible de que los cárteles causan un daño y a consolidar el principio de efectividad, cuestiones no necesariamente novedosas a la luz de principios generales ya existentes en nuestro Derecho de daños. La introducción del mecanismo de acceso a fuentes de prueba, pese a los problemas de su transposición al ordenamiento español, sí supone un avance considerable que permite reducir la asimetría informativa habitual en este tipo de casos.

Este artículo tiene como objetivo reflexionar acerca de la construcción de unos criterios prácticos y previsibles para interpretar la prueba del daño en procedimientos referidos a reclamaciones contra cárteles a partir del estudio de la jurisprudencia nacional y de la Unión, incluyendo la jurisprudencia referida a la denominada “aplicación pública” del Derecho de la competencia.

Como a continuación se expondrá, los cárteles presumen, en principio, un efecto o daño anticompetitivo (“*harm to competition*”) en el mercado, a partir de reglas de experiencia, lo que conduce a su prohibición legal y a su sanción siempre que sean descubiertos (*infra* §2). Las autoridades de competencia, pese a que no necesitan acreditar el daño anticompetitivo para probar la conducta antijurídica y sancionarla, sí pueden evaluar si el cártel en cuestión ha ocasionado un daño anticompetitivo en el mercado afectado como criterio para graduar la multa o sanción administrativa (*infra* §3). Seguidamente, se abordará cómo estas consideraciones previas han de influir en la prueba del daño anticompetitivo en sede civil y en su mejor estimación, atendiendo a la prueba disponible (*infra* §4). Se reflexionará finalmente, a modo de

conclusión, sobre cómo estos principios legales y económicos deben llevar a superar debates centrados en el concepto jurídico del daño civil real y efectivo y a que las acciones por daños se centren, en consecuencia, en la cuantificación económica (*infra* §5).

2. Objetividad del daño causado por los cárteles.

2.1 Economía de la colusión y política de competencia.

Las empresas tienen incentivos para maximizar sus beneficios.¹ Según recuerda el estudio de la consultora Oxera Consulting LLP para la Comisión Europea sobre cuantificación de daños “*antitrust*” (“**Estudio Oxera**”), asumiendo una mayor o menor intensidad competitiva, la teoría de la organización industrial predice los modelos de monopolio, oligopolio de Cournot, oligopolio de Bertrand, competencia monopolística y competencia perfecta.²

Una industria perfectamente competitiva, que asume una serie de hipótesis (como un gran número de participantes, transparencia, homogeneidad de producto, etc.), da lugar a un equilibrio competitivo, en el que el precio de equilibrio –igual al coste marginal– maximiza el bienestar total. En el modelo de competencia perfecta las empresas no tienen poder de mercado, de tal manera que no pueden influir en la determinación del precio. En el otro lado del espectro, se encuentra el monopolio, en el que una única empresa, sin presiones competitivas, puede fijar un precio superior al coste marginal que, en atención al resto de circunstancias del mercado, maximice su propio beneficio, en perjuicio del bienestar total de la economía y, en particular, del bienestar de los consumidores.³ El resto de los modelos se sitúan entre ambos extremos.

El previsible mayor beneficio en el caso de un monopolio implica que las empresas puedan tener incentivos para coludir. En este sentido, la teoría económica prevé que cuando varias empresas eliminan la incertidumbre competitiva al ponerse de acuerdo sobre los precios, cantidades u otras variables determinantes, esto les permite actuar frente al resto del mercado como monopolistas, fijando un precio superior al de equilibrio, cuyo beneficio adicional se reparten.⁴

Estos acuerdos pueden ser expresos o tácitos y su tipología –fijación de precios o reparto de mercado– dependerá de la naturaleza del mercado en cuestión, siendo los efectos dañinos “*en términos generales, los mismos para cada tipo*” de modalidad colusoria.⁵ La posibilidad de “hacer trampas” o el riesgo de sanciones administrativas o de otro tipo disminuyen la estabilidad de los cárteles y, consecuentemente, los incentivos para coludir.⁶

Está, pues, ampliamente aceptado desde un punto de vista teórico que los distintos tipos de colusión entre empresas dañan a los consumidores, al restringirse la producción total e

¹ Tirole, 1988, p. 88.

² Komninos, et al., 2009, p. 76.

³ Lipczynski, et al., 2005, p. 4.

⁴ Parkin, et al., 2007, p. 65.

⁵ Niels, 2011, p. 288 (traducción propia).

⁶ OCDE, 2002a, p. 25.

incrementarse los precios. Numerosos estudios empíricos elaborados en las últimas décadas lo corroboran.⁷

Los cárteles han estado justificados en ocasiones cuando el bienestar total de la economía o el de los consumidores ha cedido a otros estándares o intereses. Desde el vigente ejemplo de la Organización de Países Productores de Petróleo, algunos cárteles han jugado históricamente un papel importante en la economía, llegando a ser protegidos legalmente, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, destacando el caso de Alemania.⁸

Ahora bien, en la actualidad, y especialmente desde la Segunda Guerra Mundial, el consenso económico acerca de la nocividad de los cárteles para la economía, y para los consumidores en particular, se ha trasladado firmemente a la política de la competencia en Estados Unidos y en Europa, así como a otras partes del mundo.⁹ Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), “[i]t is helpful first to consider briefly the economic basis for the generally accepted conclusion that cartels cause great harm. Cartels that successfully reduce output and raise price above the competitive level cause consumers, collectively, to purchase less of the cartelised product and to pay more for the quantity that they do purchase”.¹⁰

Estas consideraciones llevan, en palabras de la OCDE, a considerar a los cárteles como “*the most egregious violations of competition law and hence a principal focus of competition policy and enforcement*”.¹¹ A modo ilustrativo, la anterior definición guarda parecido con la de la Supreme Court de los Estados Unidos, según la cual “*compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion*”.¹²

Este consenso académico y público ha llevado aparejada una persecución activa de los cárteles en todas estas jurisdicciones, incluyendo España, a través de sanciones administrativas –y, en algunos casos, penales–, facilitado recientemente a través de la implementación del conocido programa de clemencia.¹³

Tal y como se expondrá a continuación, estos principios económicos y la convicción de las autoridades públicas acerca de la naturaleza muy dañina de los cárteles se ha traducido en una facilitación de su acreditación desde un punto de vista legal.

2.2. Prueba de la infracción anticompetitiva “por objeto” y presunción de daño anticompetitivo en el mercado.

Toda autoridad de competencia –nacional o de la Unión– que considere que una empresa ha coludido tiene la carga de probar la existencia de un acuerdo contrario al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y, en su caso, artículo 1 de la Ley

⁷ Günster, et al., 2011, p. 3-4.

⁸ Webb, 1982.

⁹ Lee, 2016, p. 265.

¹⁰ OCDE, 2002b, p. 6.

¹¹ OCDE, 2002a, p. 11.

¹² *Verizon Communications/Trinko*.

¹³ OCDE, 2002a, p. 8.

15/2007, de Defensa de la Competencia (“**LDC**”). De manera similar, en el caso de una acción por daños derivada de un cártel, tanto los artículos 71 y 72 LDC como, con carácter general, el artículo 1902 del Código Civil (“**CC**”), requieren la acreditación por parte del demandante de la existencia de una conducta antijurídica contraria al artículo 101 TFUE y, en su caso, artículo 1 LDC, que esté causalmente relacionada con el daño.

El Reglamento 1/2003 regula expresamente la carga de la prueba de la infracción de los actuales artículos 101 y 102 TFUE. Esta carga de la prueba vincula no sólo a la autoridad de competencia –la Comisión Europea y la autoridad nacional–, sino también a los demandantes que aleguen tal infracción ante los tribunales, incluyendo los tribunales civiles. Su artículo 2 prevé que “[e]n todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue”. Bajo Derecho español, y con carácter general, rigen las reglas sobre carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”).

Pues bien, una infracción del artículo 101 TFUE y, en su caso, del artículo 1 LDC, puede serlo “por objeto” o “por efecto”.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**Tribunal de Justicia**” o “**TJUE**”), recientemente consolidada en la sentencia recaída en el asunto *Budapest Bank y otros*, ambas calificaciones son alternativas,¹⁴ y requieren tomar en consideración, en primer lugar, el objeto de la práctica concertada a la vista de su contexto económico y legal.¹⁵ Solamente cuando “*el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, sería necesario, en cambio, examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurran factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o bien falseado de manera sensible*”.¹⁶ La distinción entre ambos tipos de infracción anticompetitiva “*reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia*”.¹⁷

En suma, el estándar aplicable a la constatación de esta presunción de daño anticompetitivo (“*harm to competition*”) es, por lo tanto, el grado de nocividad que se desprende objetivamente a partir del contexto económico y legal de la conducta.¹⁸

Pues bien, los cárteles son conductas generalmente muy perjudiciales, lo que conlleva considerarlas infracciones “por objeto” siempre que se consiga reunir los elementos de prueba objetivamente necesarios. Así, el TJUE ha recordado que los cárteles son tan aptos para generar efectos negativos que la acreditación de sus efectos resulta superflua. En concreto, y en línea con los principios económicos antes expuestos, “la experiencia muestra que esos

¹⁴ *Budapest Bank y otros*, ECLI:EU:C:2020:265, ¶33.

¹⁵ *ibídem*, ¶51.

¹⁶ *ibídem*, ¶38.

¹⁷ *Allianz Hungária Biztosító y otros*, ECLI:EU:C:2013:160, ¶35.

¹⁸ *Budapest Bank y otros*, ECLI:EU:C:2020:265, ¶67.

comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores”.¹⁹

En el caso de los tribunales españoles, nuestra jurisprudencia ha acogido sin ambages la doctrina del TJUE sobre infracciones “por objeto”. El Tribunal Supremo ya recordó, tras la intervención de la Comisión Europea como *amicus curiae* en el caso del *Cártel del Seguro Decenal*, que la constatación de una infracción “por objeto” como un cártel presume un efecto o daño anticompetitivo, de tal manera que no cabe rebatir la existencia de la infracción mediante la prueba de inexistencia de efectos.²⁰ Recientemente, el Tribunal Supremo ha vuelto a hacerse eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia²¹ y la Audiencia Nacional ha matizado que “*es doctrina reiterada del TJUE la de que los acuerdos sobre precios y los de reparto de mercado son infracciones por objeto al tratarse de conductas que, por su intensidad anticompetitiva, son susceptibles, en sí mismas, de producir esta clase de efectos*”.²²

Pese a dicha constatación objetiva del daño anticompetitivo en lo concerniente a la prueba de la infracción, la doctrina del TJUE prevé que “*no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia*”.²³

Ahora bien, el hecho de que el daño anticompetitivo en el mercado se presuma y no sea, por ello, necesario acreditar tales efectos para probar la infracción, no excluye la cuestión de la prueba de dichos efectos tanto en el marco de las sanciones como en el de las acciones por daños. Así, según la sentencia del TJUE en el asunto *Allianz Hungária Biztosító y otros*, “[l]a cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios”.²⁴

No obstante, esta presunción de daño anticompetitivo en la propia infracción condiciona la acreditación de los efectos, bien en sede administrativa o bien en sede civil.

En el caso de un procedimiento de la autoridad de competencia, una vez acreditada objetivamente la existencia de un cártel y, por lo tanto, la existencia de una infracción “por objeto”, la conducta es sancionable. Ahora bien, la autoridad de competencia puede llevar a cabo un análisis de los efectos como criterio de determinación de la multa administrativa. La supuesta prueba de la inaplicación parcial o total del acuerdo no implica la inexistencia de infracción, sino una mera ponderación o minoración del importe de la multa.²⁵ Se abordará esta cuestión en más detalle a continuación (*infra* §3).

En el plano civil referido a una acción por daños, el demandante tendrá que probar tanto la existencia de una infracción “por objeto” como el daño competitivo que ha sufrido. Sobre esta cuestión se profundizará después (*infra* §4). A este respecto, la constatación firme del ilícito

¹⁹ *ibídem*, ¶36.

²⁰ Por todas, *Swiss Re/CNC*, ECLI:ES:TS:2015:239, FD 5.

²¹ *SECE/ACCO*, FD 2.

²² *Timsa/CNMC*, ECLI:ES:AN:2019:1293, FD 4.

²³ *Budapest Bank y otros*, ECLI:EU:C:2020:265, ¶34.

²⁴ *Allianz Hungária Biztosító y otros*, ECLI:EU:C:2013:160, ¶38.

²⁵ *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:810, ¶67.

anticompetitivo “por objeto” previamente por parte de una autoridad de competencia española vincula al órgano judicial civil, tal y como se desprende del artículo 75 LDC introducido por la Directiva de Daños y de jurisprudencia nacional anterior.²⁶ En el caso de infracciones acreditadas por la Comisión Europea, el órgano judicial no puede apartarse en ningún caso, según el artículo 16 del Reglamento 1/2003.

3. Prueba de los efectos (daño anticompetitivo) como criterio de determinación de la multa administrativa.

En el plano administrativo, la autoridad de competencia puede considerar que una conducta anticompetitiva “por objeto” ha tenido una repercusión en el mercado a la hora de graduar el importe de la multa, pese a que la prueba de esta repercusión (o daño anticompetitivo) sea irrelevante para acreditar la infracción. Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la acreditación de los efectos de la conducta anticompetitiva “por objeto” puede ser relevante también “*para calcular el importe de las multas*”.²⁷

En lo que respecta a los criterios de la Comisión Europea para cuantificar las multas, no existe una referencia expresa a la acreditación de los efectos, aunque sí indirectamente, al aludir a la gravedad de la sanción. Así, el artículo 23(3) del Reglamento 1/2003 prevé la toma en consideración de la gravedad de la conducta como un criterio más de determinación del importe de la multa. Las Directrices sobre el cálculo de multas de 2006 se refieren igualmente a la gravedad como uno de los criterios habitualmente tenidos en cuenta por la Comisión Europea.

Las Directrices de 2006 de la Comisión Europea matizan en su apartado 22 que esta autoridad tendrá en cuenta “*la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción, y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas*”. Asimismo, las Directrices indican seguidamente en su apartado 23, en relación con los cárteles, que “[l]os acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia” y, por ello, “*deben ser sancionados con severidad*”.

La jurisprudencia del TJUE ha reiterado que la acreditación de los efectos, en cuanto a gravedad de la conducta, no es un criterio necesario para la cuantificación de las multas, y que dichos efectos sólo “*se tomarán en consideración en caso de que puedan determinarse*”.²⁸ En este sentido, “*si bien la existencia de repercusiones concretas de una infracción en el mercado es un elemento que debe tenerse en cuenta para evaluar la gravedad de la infracción, se trata de un criterio entre otros, como la naturaleza de la propia infracción y la extensión del mercado geográfico*”.²⁹

El hecho de que este criterio no sea preceptivo no excluye que esté sometido a un estándar de prueba, en el caso de que sea invocado por la Comisión Europea. Así, según el Tribunal de

²⁶ *Nestlé y otros/Ebro Foods*, ECLI:ES:TS:2013:5819, FD 3; *Mediapro/Sogecable*, ECLI:ES:TS:2015:191, FD 15.

²⁷ *T-Mobile Netherlands y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2009:343, ¶31.

²⁸ *Archer Daniels Midland/Comisión*, ECLI:EU:C:2009:433, ¶125.

²⁹ *Schindler/Comisión y Consejo*, ECLI:EU:C:2013:522, ¶134.

Justicia, “*las repercusiones concretas de una práctica colusoria en el mercado quedan suficientemente demostradas si la Comisión puede proporcionar indicios concretos y verosímiles que indiquen, con una probabilidad razonable, que dicha práctica colusoria ha tenido repercusiones en el mercado*”.³⁰ En particular, “[d]e la jurisprudencia se desprende que es legítimo que la Comisión deduzca, sobre la base de los indicios que figuran en el apartado anterior, que la infracción tuvo una repercusión concreta en el mercado”.³¹

Este estándar probatorio indiciario puede ser rebatido, si bien ha de tenerse en cuenta tanto la potestad discrecional de la Comisión Europea como el carácter hipotético de los efectos en el mercado y, por lo tanto, la imposibilidad de una prueba real de dichos efectos. En particular, según el TJUE, “[d]eterminar las repercusiones concretas de un cártel en el mercado supone, en efecto, comparar la situación del mercado derivada del cártel con la que habría resultado de la libre competencia. Dicha comparación implica necesariamente recurrir a hipótesis, dadas las múltiples variables que pueden tener una repercusión en el mercado”.³²

El TJUE ha insistido en que el análisis de la autoridad de competencia es indiciario y que, en caso de que las cartelistas intenten probar la inaplicación de los acuerdos, este planteamiento no debe ignorar que las conductas consistentes en fijación de precios o reparto vuelven rígidas las estructuras del mercado y que, además, “*puede ser difícil para el consumidor cuantificar un perjuicio efectivo habida cuenta de las múltiples variables que intervienen, en particular, en la formación de los precios de un producto manufacturado*”.³³

En el caso del Derecho administrativo español, la Ley de Defensa de la Competencia sí alude expresamente en su artículo 64(1) a “*el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos*” (apartado e) y al “*beneficio ilícito*” (apartado f) como criterios para determinar el importe de la sanción administrativa. Además, el artículo 64(3) LDC prevé como circunstancia atenuante “[l]a no aplicación efectiva de las conductas prohibidas” (apartado b).

La jurisdicción contencioso-administrativa ha acogido la jurisprudencia de la Unión. Así, la Audiencia Nacional ha considerado, en lo que concierne a la acreditación de los efectos, que la aplicación de los acuerdos, aunque sea parcial, “*determina la existencia de un daño real para el mercado*”, matizando que “[n]o se trata de cuantificar ese daño, lo que sería propio de una reclamación de daños y perjuicios”.³⁴ En lo que respecta a la inaplicación total de los acuerdos (es decir, la ausencia total de daño anticompetitivo), la Audiencia Nacional se ha remitido expresamente a la doctrina sentada por el TJUE en el citado asunto *KME Germany y otros/Comisión*, considerando que la aplicación de esta atenuante está vinculada “*al hecho de que la inaplicación sea total*”.³⁵

³⁰ *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:T:2009:142, ¶68.

³¹ *ibidem*, ¶70.

³² *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:810, ¶31.

³³ *ibidem*, ¶65 y ¶68.

³⁴ *Pagola Poliuretanos/CNC*, ECLI:ES:AN:2014:3505, FD 7.

³⁵ *ibidem*.

Finalmente, la relación entre la acreditación de los efectos, repercusión o daño anticompetitivo en el marco de la aplicación pública del Derecho de la competencia, a la hora de graduar las multas, no ha de estar necesariamente separado de la acreditación del daño anticompetitivo que debe ser probado en el marco de un procedimiento civil.

En efecto, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de referirse expresamente, en el contexto del daño anticompetitivo causado en el mercado, a la relación entre los beneficios ilícitos –elemento tenido en cuenta a la hora de graduar la multa– y el resarcimiento de los daños. Cuando anuló la Comunicación sobre cuantificación de sanciones de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia, el Tribunal Supremo expuso que el Derecho de la competencia va encaminado a incrementar la disuasión y que el beneficio ilícito constituye el reverso del daño anticompetitivo:³⁶

*“Precisamente la evolución del Derecho de la competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (**daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido**). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo ‘sufran’ la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) 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” (énfasis añadido).*

A modo de ejemplo de dicha relación entre beneficio ilícito y daño anticompetitivo, como ya apuntó la Guía Práctica sobre cuantificación de daños de la Comisión Europea (“**Guía Práctica**”) –sobre la que se hablará más adelante–, “[l]a atribución de la carga de la prueba, por ejemplo, puede cambiar una vez que una parte ha aportado cierta cantidad de hechos y pruebas” y, en este sentido, “[l]a legislación de los Estados miembros también puede disponer que el beneficio ilícito obtenido por la empresa o empresas infractoras desempeñe un papel –ya sea directa o indirectamente– al estimar el daño sufrido por las partes perjudicadas”.³⁷

A continuación, se aludirá a la prueba del daño anticompetitivo individualizado en sede civil tomando en consideración los principios que se acaban de exponer (*infra* §4).

³⁶ BCN Aduanas y Transportes/CNC, ECLI:ES:TS:2015:112, FD 9.

³⁷ Comisión Europea, 2009, ¶5.

4. Prueba del daño individual sufrido por la víctima de un cártel en el marco de un procedimiento civil.

4.1. Existencia de un daño individual.

Como se ha visto antes, la teoría económica y la evidencia empírica predicen que las empresas que coluden lo hacen para maximizar sus beneficios a costa de sus clientes. Esto comporta que, a la hora de acreditar la existencia de una conducta antijurídica, la autoridad de competencia o una parte privada deba acreditar, como primer paso, un efecto o daño anticompetitivo (“*harm to competition*”).

El derecho a reclamar los daños causados por una conducta anticompetitiva como un cártel es un principio fundamental del Derecho de la competencia.³⁸ Este ejercicio individual contribuye al mantenimiento de la libre competencia³⁹ y a la disuasión de dichas conductas.⁴⁰ Ahora bien, según el TJUE, la acción por daños requiere “*no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso*”⁴¹ y corresponde al órgano judicial nacional “*determinar individualizadamente el daño ocasionado a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización*”.⁴²

El daño anticompetitivo –sobre el que se ha hablado antes, entendido en sentido amplio–, guarda relación con el daño individualizado sufrido por las víctimas en el mercado, pero no es necesariamente equivalente. Tal y como ha explicado la OCDE en 2011, “[t]he concept of harm to competition resulting from anti-competitive conduct is related but distinct from the concept of damages suffered by particular victims as a result of that conduct”. En este sentido, “[*h*]arm to competition captures the general harm done to the economy and takes a welfare perspective; it is at the centre of any assessment by a competition agency. On the opposite side, the concept of damages takes a strong individualised perspective which might or might not coincide with the damages to society; it is central in any private damages case brought in front of a national court”.⁴³

Se hará referencia, a continuación, a (*infra* §4.1.1) la naturaleza hipotética del daño sufrido por la víctima del cártel y (*infra* §4.1.2) la implicación que ello tiene sobre las reglas de la carga de la prueba.

³⁸ *Kone y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, ¶¶20-22.

³⁹ *ibidem*, ¶23.

⁴⁰ *Skanska Industrial Solutions y otros*, ECLI:EU:C:2019:204, ¶45.

⁴¹ *Otis y otros*, ECLI:EU:C:2012:684, ¶65.

⁴² *ibidem*, ¶65.

⁴³ OCDE, 2011, p. 21.

4.1.1. Naturaleza hipotética del daño.

La víctima de un cártel tiene derecho a ser resarcida por los daños, ya sea daño emergente, lucro cesante o intereses, que se deriven de dicha conducta.⁴⁴ Ahora bien, este daño no se puede conocer en la realidad con precisión.

Tal y como describe la Comisión Europea en el apartado 3 de la Comunicación sobre cuantificación de daños de 2009, la determinación de este daño individualizado “*se basa en comparar la situación actual de los demandantes con la situación en la que estarían si no se hubiera producido la infracción*”. Igualmente, la propia Directiva de Daños recoge en su considerando 46 que “[e]sta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión”. A esta misma situación hipotética contrafactual se refirió el propio Tribunal Supremo en su segunda sentencia referida al *Cártel del Azúcar*.⁴⁵

Sentado este principio, la Guía Práctica de la Comisión Europea, que acompaña a la citada Comunicación, explica en su apartado 13 que:

“el punto de partida para determinar si la infracción ha perjudicado de hecho al demandante y, en caso afirmativo, la cuantía de ese perjuicio, son las particularidades del asunto en cuestión y las pruebas de que disponga el tribunal (incluidas las decisiones de las autoridades de competencia). La (presunta) infracción concreta en cuestión y cómo afecte a un mercado particular se sitúa en el principio de cualquier determinación de la cuantía del daño causado por la infracción” (énfasis añadido).

En lo que respecta a los cárteles –y en el sentido sugerido, por cierto, por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en 2015–, la misma Guía Práctica afirma más adelante que “[e]l mero hecho de que las empresas participen, a pesar de todo, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes”⁴⁶. En línea con los principios antes expuestos, la Comisión concluye, a partir del Estudio Oxera, que, al menos, el 93% de los cárteles causan un sobreprecio, si bien los porcentajes medios de cada cártel oscilan en función de las características del caso concreto.⁴⁷

Como bien indica la Comisión Europea, estos estudios no suplen a la determinación del sobreprecio ocasionado en cada cártel concreto. Ahora bien, ésta enfatiza que los tribunales, sobre la base de “*este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto*”.⁴⁸

⁴⁴ *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, ¶100.

⁴⁵ *Nestlé y otros/Ebro Foods*, ECLI:ES:TS:2013:5819, FD 3, ¶3.

⁴⁶ Guía Práctica, ¶140.

⁴⁷ Guía Práctica, ¶¶141-144.

⁴⁸ Guía Práctica, ¶145.

Esta regla de experiencia es coherente con la evaluación de los tribunales, también en el marco del análisis de efectos referido a la cuantificación de la sanción. Según el TJUE, “[s]i un acuerdo contrario a la competencia fija el estado del mercado en el momento en que se celebra, su larga duración puede volver rígidas sus estructuras, disminuyendo la incitación a la innovación y al desarrollo para los participantes en dicho acuerdo. La vuelta al estado de libre competencia será tanto más larga y difícil cuanto más larga haya sido la propia duración del acuerdo”.⁴⁹ Asimismo, y a modo ilustrativo, el magistrado del Tribunal Supremo Diego Córdoba Castroverde afirmó, en un voto discrepante, que “la mayor permanencia en el tiempo de la conducta infractora ha tenido un mayor impacto en la competencia y es susceptible de generar mayores daños”.⁵⁰

De lo anterior se desprende que no todo cártel causa un sobreprecio ni que el sobreprecio sea el mismo para todos los cárteles. No obstante, en función de determinados criterios basados en el propio análisis del cártel en cuestión (duración, estabilidad, etc.) será posible modular las reglas de la carga de la prueba para entender más probable que un cártel concreto haya causado un sobreprecio.

4.1.2. Modulación de la carga de probar el daño causado por un cártel.

El afectado por un cártel debe probar, con carácter general, la existencia –es decir, la causación– del daño, como elemento del artículo 1902 CC, en relación con las reglas generales del artículo 217 LEC. La Directiva de Daños y su norma de transposición no regulan el estándar de prueba de la existencia de tal daño, más allá de incorporar la presunción rebatible de que los cárteles causan un daño. Esta cuestión es distinta de la prueba concreta de este daño –es decir, la prueba de su cuantificación– incorporada al artículo 76 LDC.

El punto de partida para determinar si se ha causado un daño –y, posteriormente, por lo tanto, su cuantificación–, consiste en todas las pruebas disponibles para el órgano judicial civil.⁵¹ Estas pruebas abarcan en la práctica la resolución de la autoridad de competencia, el expediente administrativo y las pruebas periciales económicas.

Pese a estas categorías de prueba disponibles, la Comunicación sobre cuantificación de daños expone que las acciones por daños ponen de manifiesto en cualquier caso “*cuestiones jurídicas en materia de competencia de gran complejidad y especificidad*”,⁵² y que hay que tener en cuenta “*la disponibilidad de datos, los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad*”.⁵³

Tanto la Comunicación como la Guía Práctica aluden por ello, en numerosas ocasiones, a varias cuestiones relacionadas con la carga de la prueba y su modulación.⁵⁴ Estas cuestiones procesales pueden abordarse tanto desde el Derecho de la Unión como desde el Derecho nacional.

⁴⁹ *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:810, ¶65.

⁵⁰ *Grafoplás del Noroeste/CNC*, ECLI:ES:TS:2018:4284, voto particular.

⁵¹ Guía Práctica, ¶13.

⁵² Comunicación sobre cuantificación de daños, ¶3.

⁵³ *ibídem*, ¶14.

⁵⁴ Entre otros, Guía Práctica, ¶5, ¶8, y ¶40.

En el caso del Derecho de la Unión, la Directiva de Daños introduce una presunción de que los cárteles causan un daño, ahora transpuesta en el artículo 76(3) LDC. En todo caso, y con independencia de la Directiva de daños, los principios de efectividad y equivalencia se entienden generalmente aplicables a todos los elementos de una acción por daños.

La presunción de que los cárteles causan un daño contenida en el artículo 76(3) LDC, entendida más como una prueba de causalidad que como prueba de cuantificación, consolida una regla económica de experiencia –que los cárteles son habitualmente dañinos– como una presunción legal que puede ser rebatida. Esta presunción, sin más desarrollo y, particularmente, sin atender a las particularidades del caso en cuestión, añade poco a los principios ya existentes.

Así, el principio de efectividad –asumiendo una infracción concerniente al artículo 101 TFUE–, entendido como límite a la autonomía procesal de los Estados Miembros, exige que la regulación procesal no haga “*imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario*”.⁵⁵

Estas consideraciones han llevado a la Comisión Europea, antes de la Directiva de Daños, a enfatizar la necesidad de que la prueba del daño respete el principio de efectividad del Derecho de la Unión. Según la Comunicación sobre cuantificación de daños, “[u]na consecuencia del principio de efectividad es que las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar las dificultades y limitaciones inherentes a la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia”.⁵⁶

En el marco de la determinación del daño anticompetitivo como criterio de cuantificación de las multas, cabe recordar que el TJUE ha afirmado en el asunto *KME Germany y otros/Comisión* que “*puede ser difícil para el consumidor cuantificar un perjuicio efectivo habida cuenta de las múltiples variables que intervienen, en particular, en la formación de los precios de un producto manufacturado*”.⁵⁷

En efecto, y al hilo de estas consideraciones, nuestros tribunales ya han reconocido expresamente, como es el caso de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso del *Cártel de los Sobres*, la aplicabilidad del principio de efectividad para facilitar la carga de la prueba del daño.⁵⁸

En cualquier caso, el artículo 4 de la Directiva de Daños y la disposición adicional segunda de la norma de transposición, el Real Decreto-ley 9/2017, consolidan expresamente el “*acquis*” del Derecho de la Unión, indicando que los procedimientos referidos a acciones por daños habrán de respetar tanto el principio de efectividad como el de equivalencia.

De lo anterior se desprende que la carga de la prueba del daño, tanto como punto de partida como a la hora de determinar su estimación concreta, habrá de reflejar las dificultades

⁵⁵ *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, ¶62.

⁵⁶ Comunicación sobre cuantificación de daños, ¶9; Y, en un sentido similar, Guía Práctica, ¶8, ¶17.

⁵⁷ *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:810, ¶68.

⁵⁸ *Obras Misionales Pontificias/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APM:2020:1, FD 20.

inherentes a la precisión de un daño hipotético y procurar que su acreditación en el procedimiento civil no sea excesivamente difícil o imposible.

También es posible modular la carga de probar el daño en atención a principios existentes en el Derecho español de daños, incluso en ausencia del principio de efectividad.

Con carácter general, el daño emergente se entiende tradicionalmente como un daño “*real y efectivo*”, a diferencia del lucro cesante, que “*se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso*”.⁵⁹ En este sentido, en el caso de una reclamación de lucro cesante por una conducta anticompetitiva, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que “*el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar*” para lo cual “[e]s precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa a efecto”.⁶⁰ Como bien afirma la citada sentencia, “[n]o se trata por lo tanto de determinar la cuantificación del daño, sino de apreciar si consta debidamente acreditado que la producción del daño deriva del ilícito o del incumplimiento que se atribuye a la demandada”.⁶¹

No obstante, de la jurisprudencia más reciente se desprende que la actual definición de los daños hipotéticos causados por un cártel –que puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante– se aproxima más a la concepción tradicional del lucro cesante (“*cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso*”) que a la concepción del daño emergente como daño real y cierto que precisa una prueba concreta y completa sin incertidumbre.

Así, nuestra jurisprudencia reconoce que, en el caso de determinados ilícitos anticompetenciales, la prueba de la producción del daño se puede deducir a partir de su naturaleza; es decir, *ex re ipsa*. Según la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el principio según el cual los daños “*no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe (...) tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos*”.⁶² Estos supuestos son aquéllos en los que “*la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que ‘habla la cosa misma’ (‘ex re ipsa’), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella*”.⁶³

Recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona ha validado, en el marco de las sentencias dictadas en el caso del *Cártel de los Sobres*, la aplicabilidad de la regla *ex re ipsa* a las infracciones anticompetitivas –como los cárteles–, al considerar que “*está en la naturaleza de*

⁵⁹ Recurso 1183/2008, ECLI:ES:TS:2011:5099, FD 2.

⁶⁰ *Conduit Europe/Telefónica de España*, ECLI:ES:APM:2006:6773, FD 9.

⁶¹ *ibídem*.

⁶² *Industrias Alimentarias de Navarra/Mivisa Envases*, ECLI:ES:TS:2017:1653, FD 6.

⁶³ *ibídem*.

las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a las demandadas".⁶⁴ En un sentido similar se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia en el caso del *Cártel de los Camiones*.⁶⁵

El hecho de que los daños se puedan tener por probados en determinados casos *ex re ipsa* es consistente con la jurisprudencia de la Unión sobre la acreditación de infracciones "*por objeto*". En efecto, según el TJUE, "*determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia*".⁶⁶ La aplicación de esta regla implicaría, desde un punto de vista procesal, tener por probado el daño como punto de partida, salvo que ello no se desprenda de la operativa del cártel con una probabilidad razonable o salvo prueba pericial que lo rebata.

Pues bien, este razonamiento es igualmente coherente con la anterior jurisprudencia referida al *Cártel del Azúcar*, pese a que ésta no se refiera expresamente entonces a la doctrina *ex re ipsa*. Así, según la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, las bases aceptables de la estimación de la víctima han de ser "*la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia*" (es decir, la infracción y su daño anticompetitivo en el mercado). Por el contrario, son bases inaceptables por parte del demandado "*negar la actuación del cártel, negar las subidas concertadas de precios y negar por tanto la existencia de sobreprecio*". Ello explica, atendiendo al obstáculo que tal negación supondría para la reserva de la liquidación de los daños, que el Tribunal Supremo considere que el demandado no puede oponerse, en principio, a la cuantificación del demandante, sino que ha de ofrecer una cuantificación alternativa.

Así mismo, y con anterioridad a los más recientes pronunciamientos referidos al *Cártel de los Sobres* y al *Cártel de los Camiones*, en el otro procedimiento paralelo del *Cártel del Azúcar*, la Audiencia Provincial de Valladolid concluyó que la determinación de un daño anticompetitivo por parte de la autoridad de competencia había de vincular al órgano judicial civil. Así, "[s]i el Tribunal de Defensa de la Competencia (ratificado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo) ha declarado que el daño ocasionado por la demandada es de suma gravedad, lo que nos corresponderá a nosotros consistirá en evaluar económicamente dicha gravedad, pero no decir que la resolución administrativa es vinculante para nosotros, para, a renglón seguido decir, que no se ha causado perjuicio alguno".⁶⁷

De esta doctrina se colige, en definitiva, que, en el caso de un cártel en el cual se ha acreditado el daño anticompetitivo por parte de la autoridad de competencia, atendiendo a la constatación de la infracción y de la repercusión en el mercado con un grado de probabilidad razonable, este planteamiento ha de servir para tener por probada la producción de un daño individualizado.

No obstante, es razonable que, aunque se parta de la existencia de un daño anticompetitivo, el demandado pueda alegar, mediante una explicación suficientemente razonada de la operativa del cártel y, especialmente, mediante prueba económica, que no ha existido daño

⁶⁴ Por todas, *Planeta/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APB:2020:201, FD 6, ¶37.

⁶⁵ *Llácer/Volvo*, ECLI:ES:APV:2020:292, FD 9.

⁶⁶ *FSL y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2017:308, ¶130.

⁶⁷ *Nestlé y otros/Acor*, ECLI:ES:APVA:2009:1185, FD 1.

individualizado. Esto es consistente con la evidencia empírica de que no todos los cárteles, pese a su naturaleza dañosa, son implementados; ni que su afectación sea común para todas las víctimas. Otra solución sería difícilmente conciliable con el derecho de defensa. En este sentido se ha pronunciado expresamente la Audiencia Provincial de Barcelona en la citada sentencia referida al *Cártel de los Sobres* al aceptar como principio que el hecho de “*que pueda presumirse el daño de forma abstracta no significa que tengamos que estimar acreditado que existe daño a la demandante, en todo caso*”.⁶⁸

Por lo tanto, el órgano judicial civil habrá de ponderar el derecho al pleno resarcimiento, que parte de la existencia razonable de un sobreprecio y un daño individualizado, con el derecho de defensa del demandado cartelista, que puede probar que este daño individualizado no se ha materializado en un sentido amplio o en el caso concreto del demandante. Igualmente, el demandado podrá estimar que el daño individualizado ha podido existir, pero que su cuantía es muy inferior a la propuesta por el demandante.

La Guía Práctica apunta en esta dirección cuando alude, con ocasión del análisis de regresión, a que “[l]as técnicas econométricas pueden aumentar el grado de precisión de una estimación de daños y perjuicios, contribuyendo así a alcanzar un nivel probatorio superior si las normas aplicables lo requieren” y que “[p]uede también ocurrir que el ordenamiento jurídico, a la vista de la estimación de daños y perjuicios presentada por un demandante y los datos a los que razonablemente puede acceder, disponga que la carga de la prueba pase del demandante al demandado. En tal caso, el demandado puede contemplar la realización de un análisis de regresión para rebatir las alegaciones del demandante”.⁶⁹ Asimismo, “[l]os ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden permitir, por lo general, que las partes se basen en datos promedio y, al mismo tiempo, brindar al demandado la ocasión de mostrar que existen diferencias significativas, y pueden requerir la utilización de datos desagregados cuando se disponga de ellos”.⁷⁰

A continuación, se aborda la complejidad práctica de la estimación del daño individualizado.

4.2. Cuantificación del daño individual.

Una vez asentado, como punto de partida, si ha existido o no razonablemente un daño ocasionado a la víctima, el paso siguiente consiste en su estimación.

Para ello, habrá que tomar en consideración (*infra* §4.2.1) la elección de la metodología a la vista de los datos disponibles y su proporcionalidad, (*infra* §4.2.2) las herramientas que asisten al órgano judicial para facilitar su labor y (*infra* §4.2.3) las limitaciones inherentes al actual proceso civil español para las acciones por daños.

⁶⁸ Por todas, *Planeta/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APB:2020:201, FD 6, ¶38.

⁶⁹ Guía Práctica, ¶92.

⁷⁰ *ibidem*, ¶66.

4.2.1. Elección de la metodología de cálculo.

La Comunicación de la Comisión Europea de 2009 introduce la Guía Práctica, ya citada. Este trabajo preparatorio no vinculante describe, además de las consideraciones generales que ya se han explicado, las principales metodologías empleadas habitualmente en estas acciones por daños.

En concreto, en el caso de conductas colusorias (cárteles), la Comisión Europea explica los métodos comparativos (temporal, geográfico, de producto o una combinación de dos de ellos, como el método de “diferencias en diferencias”),⁷¹ los métodos de simulación y los métodos basados en el análisis financiero y de costes.⁷² Estos métodos, a su vez, podrán emplear desde técnicas más sencillas (comparación directa de datos) hasta técnicas más sofisticadas que tengan en cuenta otras variables económicas basadas en la econometría.

La Guía Práctica está basada en el Estudio Oxera. Este documento abunda en estas consideraciones generales y en las distintas metodologías posibles. Tanto la Guía Práctica como el propio documento de Oxera están redactados en un lenguaje asequible para el lector no especializado en economía. Como indica la Comunicación, su intención es que la Guía Práctica sirva de orientación a los órganos judiciales y a los afectados y, contribuir así a incrementar “*la seguridad jurídica para todas las partes implicadas*”.⁷³

En cualquier caso, a Comisión Europea no favorece ninguna metodología, que no sólo dependerá de la naturaleza del caso estudiado, sino de la disponibilidad de los datos, sugiriendo que dicha elección dependerá de “*si determinado método o técnica cumple el nivel exigido por el Derecho nacional*”, “*si la parte a la que corresponde la carga de la prueba dispone de datos suficientes para aplicar el método o técnica*” y “*si la carga y los costes que conlleva son proporcionales al valor de los daños y perjuicios que se solicitan*”.⁷⁴

Asimismo, la cuantificación del daño individualizado, en tanto que se trata de la estimación de un escenario hipotético contrafactual (“*but-for*”), puede comprender tanto el análisis de los datos del propio afectado como el de otros afectados similares, atendiendo a los datos disponibles y a su comparabilidad.⁷⁵

En esta línea apunta el trabajo de los economistas Hans W. Friederiszick and Lars-Hendrik Röller, al estudiar la interrelación (“*trade-off*”) entre la precisión (“*accuracy*”) y la funcionalidad (“*practicality*”) del análisis pericial económico. La OCDE se ha referido a estas consideraciones, apreciando que “[*t*]he trade-off between practicality and applicability is central for a proper judgement on the appropriate methodology to be applied in the court room. Well defined procedural steps, legal standards and disclosure rules are required to make econometric testimony effective in legal proceedings”.⁷⁶

⁷¹ *ibidem*, ¶¶38-95.

⁷² *ibidem*, ¶¶96-121.

⁷³ *ibidem*, ¶11.

⁷⁴ *ibidem*, ¶8.

⁷⁵ *ibidem*, ¶66.

⁷⁶ OCDE, 2011, p. 22.

Sin ánimo de exhaustividad, la siguiente tabla del informe de la OCDE ilustra varias metodologías disponibles en atención a la complejidad del análisis del mercado analizado y a una menor o mayor exigencia de datos:⁷⁷

Table 3: Estimation methods and data requirements

Estimation method	Requires understanding of the form of rivalry prevalent in the market (economic model)	Required data quality	Data needed
Presumptions	No	Low	Volume data
Straight-line Method	No	Low	Prices in cartel period and to some extent data from after (and or before) cartel period
Regional or product price comparisons	(Yes)	Low to moderate	Prices of comparable products in a different product or regional market without anti-competitive conduct
Simulation methods	No	Moderate	Average prices, demand elasticity and marginal costs within anti- or competitive period
Regression: (Dynamic) indicator variable approach	No	High	Prices, costs and demand factors from anti-competitive and before or after periods
Regression: (Dynamic) forecasting approach	No	High	Prices, costs and demand factors from anticompetitive and before or after periods
Regression: Structural estimation	Yes	High	Depends on specific model, typically prices, costs and demand factors from anti-competitive and before or after periods

Sentadas estas consideraciones, bajo Derecho español no hay ninguna indicación legal expresa acerca de cómo ha de elaborarse y valorarse un informe pericial referido a una acción por daños de esta naturaleza. Son de aplicación, en principio, tanto las reglas de la carga de la prueba como las reglas de la sana crítica.

La única doctrina jurisprudencial suficientemente ilustrativa y autorizada en nuestro país –entendiendo aquí jurisprudencia estrictamente la de nuestro Alto Tribunal– es la sentada por el Tribunal Supremo en el caso del *Cártel del Azúcar*, a la que ya se ha hecho mención. Según la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, además de partir de unas bases aceptables, “[l]o exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”.⁷⁸ Por el contrario, “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”⁷⁹.

⁷⁷ OCDE, 2011, p. 38.

⁷⁸ *Nestlé y otros/Ebro Foods*, ECLI:ES:TS:2013:5819, FD 7, ¶3.

⁷⁹ *ibídem*.

En cualquier caso, para facilitar el acceso a un mayor número de datos, con lo que poder afinar la cuantificación del daño individualizado y la elección de la metodología idónea, la Directiva de Daños ha introducido un mecanismo de acceso fuentes de prueba inspirado en las reglas generales de “*disclosure*” y “*discovery*” anglosajonas –utilizadas antes allí también en reclamaciones frente a cárteles y en otras clases de reclamaciones–. Este mecanismo, según el considerando 15 de la Directiva de Daños, permite solventar la asimetría de información que caracteriza a estas acciones por daños, en los que las variables económicas relevantes se encuentran habitualmente en poder del demandado e infractor. Estas normas se han incorporado a nuestro ordenamiento nacional a través de los artículos 283 bis (a) a 283 bis (k) LEC.

El hecho de que las víctimas dispongan de este mecanismo de acceso a fuentes de prueba ha de conllevar razonablemente un mayor esfuerzo por parte de la parte demandada en elaborar un informe pericial que emplee una metodología más robusta y precisa.

No obstante, esta mayor disponibilidad de datos ha de tener en cuenta la dificultad y costes de su tratamiento. Tal y como ha indicado la Comisión Europea, deben ponderarse en todo caso “*los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman*”.⁸⁰

4.2.2. Herramientas disponibles para el órgano judicial.

Pese a que el juez ha de conocer el derecho (*iura novit curia*), no se le presume al juez un dominio de la metodología de cuantificación. Para tal fin está previsto que las partes encarguen prueba pericial económica que el órgano judicial civil podrá valorar en atención a las reglas de la sana crítica.

No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea a través de sus trabajos preparatorios, el cálculo económico en esta clase de asuntos reviste una enorme complejidad.⁸¹ En este sentido, apunta la OCDE que “*measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing ‘but for’ scenario (i.e. what would have happened in the market if the cartel had never existed). The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced analysts with detailed knowledge of the industries, too. Even with such experts, the results could still be considered estimates, with no guarantee of precision, and estimates may not be sufficiently precise for some courts*”.⁸²

Para ayudar al juez en esta tarea de valoración de la prueba pericial económica, existen varias herramientas a su disposición.

En primer lugar, los órganos judiciales civiles pueden acudir a los trabajos preparatorios de la Comisión Europea.

⁸⁰ Comunicación sobre cuantificación de daños, ¶14.

⁸¹ Comunicación de 2009 sobre cuantificación, ¶3; Guía Práctica, ¶¶16-17.

⁸² OCDE, 2011, p. 17.

A este respecto, la propia Comunicación sobre cuantificación indica que la elaboración de la Guía Práctica, como documento no vinculante, consiste en “ofrecer asistencia a los órganos jurisdiccionales nacionales y a las partes implicadas en demandas por daños y perjuicios”,⁸³ mediante una difusión de las principales metodologías.

La Guía Práctica, en tanto que un documento de mínimos, no obstante, tiene limitaciones prácticas; sobre todo, en lo referido a indicaciones precisas referidas a la ponderación de las distintas metodologías y cuándo el tratamiento de los datos es adecuado.

En este sentido, sí podrían servir como guía los documentos de trabajo de las autoridades de competencia en relación con procedimientos administrativos. La Comisión Europea hizo público en 2011 un documento interno de trabajo referido a mejores prácticas en materia de presentación de prueba económica.⁸⁴ Recientemente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) ha hecho también pública la Guía para la presentación de informes económicos.⁸⁵ Estos documentos, más allá de referirse a cuestiones propias del procedimiento administrativo, contienen indicaciones precisas acerca de la elección del método apropiado, la interpretación de los resultados así como la robustez del análisis. Dichas cuestiones no son tratadas tan profundamente en los trabajos preparatorios de la Comisión Europea.

En todo caso, nuestros tribunales están incorporando ya a su razonamiento, al referirse a la idoneidad de la metodología empleada por los informes periciales, referencias expresas a los trabajos de la Comisión Europea como la Guía Práctica, según se desprende, entre otras, de las sentencias sobre el *Cártel de los Sobres* dictadas por las Audiencias Provinciales de Barcelona⁸⁶ y las sentencias sobre el *Cártel de los Camiones* dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia.⁸⁷

Una segunda herramienta consistiría en la proposición de un informe económico a un perito de designación judicial. Aunque la Guía Práctica se refiere sucintamente a esta posibilidad,⁸⁸ lo cierto que esto entraña dificultades. Tal y como indica la OCDE, los jueces de varios países difieren acerca del papel de los peritos de designación judicial y, en todo caso, su opinión es que “*the use of court experts has to be monitored carefully*” y evitar la tendencia, como ocurre en algunos casos, a descansar demasiado en dichos peritos.⁸⁹ En el caso español, pese a la desestimación de una demanda del *Cártel de los Camiones*, entre otros, por este motivo,⁹⁰ el Tribunal Supremo ya ha indicado que el uso de peritos judiciales en acciones por daños “*se revela difícil por el sistema de ‘lista corrida’ previsto como regla general en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la extrema especialidad del objeto de la pericia*”.⁹¹

⁸³ Comunicación sobre cuantificación de daños, ¶11.

⁸⁴ Comisión Europea, 2011.

⁸⁵ CNMC, 2018.

⁸⁶ Por todas, *Planeta/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APB:2020:201, FD 7, ¶64.

⁸⁷ Por todas, *Llácer/Volvo*, ECLI:ES:APV:2020:292, FD 3.

⁸⁸ Guía Práctica, ¶124.

⁸⁹ OCDE, 2011, p. 12.

⁹⁰ Procedimiento 320/2017, ECLI:ES:JMZ:2018:4752, FD 4.

⁹¹ *Nestlé y otros/Ebro Foods*, ECLI:ES:TS:2013:5819, FD 7, ¶4.

Una tercera herramienta disponible para el órgano judicial civil consiste en la solicitud judicial de intervención de las autoridades de competencia a título consultivo. No obstante, según la OCDE, “[c]ompetition authorities are generally reluctant to become involved in civil cases, and in any case, judicial views diverge as to whether such interventions are useful”.⁹²

Bajo Derecho español, el propio juez puede efectivamente consultar a la autoridad de competencia para que le proporcione criterios sobre cuantificación. Con anterioridad a la entrada en vigor Directiva de Daños, la regulación española ya preveía –a diferencia de otros países de nuestro entorno– que la entonces Comisión Nacional de la Competencia podía dictaminar un informe, según el ahora derogado artículo 25(c) LDC en relación con los “[c]riterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competentes”. Una norma similar se encuentra en el actual artículo 5(2)(c) de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

El nuevo artículo 76(4) LDC, que introduce lo dispuesto en la Directiva de Daños, contiene una regla similar que se extiende a todas las autoridades de competencia españolas.

Dado que esta facultad no es novedosa para la CNMC, podría resultar útil conocer cómo se implementa en la práctica. No obstante, al margen de la escasa información disponible en las memorias anuales de la CNMC, que desde 2016 ha optado por no informar acerca de su intervención en procedimientos civiles como *amicus curiae*, existe poca información pública acerca del contenido y alcance de dichos criterios orientativos sobre cuantificación.

Según se desprende de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander que desestima la demanda del Ayuntamiento de Torrelavega frente *Cártel del Asfalto* por prescripción, el Ayuntamiento solicitó la intervención de la CNMC pero tuvo que elaborar un informe pericial propio “ante la falta de respuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), órgano encargado de responder a este tipo de consultas”.⁹³ En el caso del *Cártel de los Sobres*, donde la CNMC sí intervino a requerimiento judicial, su informe se ciñó a recordar los hechos probados de la resolución administrativa, así como consideraciones generales acerca del derecho al pleno resarcimiento y los trabajos preparatorios de la Comisión Europea.

Sin perjuicio de que la autoridad de competencia no pueda cuantificar el daño, por las implicaciones que ello tendría para el derecho de defensa, esta facultad consultiva podría resultar útil para el órgano judicial, atendiendo tanto al conocimiento de la infracción por parte de la autoridad de competencia como a su propio *expertise* económico. A modo de ejemplo, un ámbito donde la intervención de la autoridad de competencia resultaría pertinente y útil podría consistir en la evaluación de la metodología de los informes periciales en atención a los criterios técnicos –incluyendo la robustez estadística del modelo– atendiendo a las propias guías de las

⁹² OCDE, 2011, p. 13.

⁹³ El Diario Montañés. (14/10/2017). Un informe determinará las pérdidas que provocó una empresa del cártel del asfalto. Consultado (30/04/2020) en <https://www.eldiariomontanes.es/torrelavega/informe-determinara-perdidas-20171014214432-ntvo.html>

autoridades de competencia sobre mejores prácticas en materia de presentación de prueba económica, que sí son utilizadas por dichas autoridades en el contexto de expedientes administrativos.

No obstante, ante la falta de una regulación expresa de este rol de la autoridad de competencia en la actualidad, no es posible concretar hasta qué punto podría recurrir el órgano judicial a la autoridad de competencia y hasta qué punto dicha intervención resultaría útil y admisible.

Una cuarta herramienta disponible para el juez es la estimación judicial del daño individual. Tanto la Directiva de Daños como el artículo 76(2) LDC que lo transpone prevé que cuando sea excesivamente difícil o imposible cuantificar los daños (empleando el lenguaje del principio de efectividad), pero estos se tengan por producidos, el juez estará facultado para estimar el importe del daño individual. Una facultad similar está prevista en el artículo 2:105 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (“*Principles of European Tort Law*”), cuando se afirma que “[e]l daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”.⁹⁴ La estimación judicial, en cualquier caso, es una facultad procesal discrecional del juez conocida en nuestro Derecho de daños.

En el marco de las acciones de responsabilidad civil contra cárteles, nuestros tribunales ya han acudido a esta herramienta en varias ocasiones en las que, tras presumir la existencia de un daño –por ejemplo, al deducirlo *ex re ipsa*–, se aprecia una situación de prueba insuficiente y de asimetría informativa. De una parte, la Audiencia Provincial de Valencia ha validado la decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de estimar directamente el sobreprecio en un 5% en el caso del *Cártel de los Camiones*, donde, pese a un informe pericial del demandante aparentemente deficiente, la parte contraria no ofrecía cuantificación alternativa alguna.⁹⁵ De otra parte, la Audiencia Provincial de Barcelona ha optado, en el caso del *Cártel de los Sobres*, por rechazar tanto la cuantificación propuesta por el perito del demandante (cercana al 25%), acogida por el juez de primera instancia, como las cuantificaciones alternativas propuestas por dos de los demandados (entre el 5% y el 9%, aproximadamente), estimando directamente un sobreprecio medio del 20%.⁹⁶ En ambos casos, estos tribunales han justificado extensamente su decisión.

La validación de esta herramienta procesal, hasta ahora escasamente empleada en acciones por daños contra cárteles –o empleada de manera dispar–, por nuestros tribunales superiores, previsiblemente contribuirá a delimitar su alcance y a que, en consecuencia, los jueces de primera instancia dispongan de criterios interpretativos uniformes que faciliten su correcta aplicación al caso concreto.

En todo caso, estas herramientas descritas, no obstante, no sirven para paliar las limitaciones de las reglas del procedimiento civil español que rigen las acciones por daños, a lo que se alude a continuación.

⁹⁴ Disponible en español. Consultado (30/04/2020) en <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=129>

⁹⁵ Por todas, *Llácer/Volvo*, ECLI:ES:APV:2020:292, FD 9.

⁹⁶ Por todas, *Planeta/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APB:2020:201, FD 7, ¶68.

4.2.3. Limitaciones del procedimiento civil español y el mecanismo de acceso a fuentes de prueba.

El empleo de metodologías completamente diferentes, tal y como se ha puesto de manifiesto en el asunto del *Cártel de los Sobres*, en un caso “de valoración contradictoria de dictámenes periciales diferentes y autosuficientes”,⁹⁷ o en el caso de *Céntrica*, con “sendos informes periciales tan elocuentes y brillantes como contrapuestos”,⁹⁸ hace muy difícil el debate centrado en la cuantificación. La existencia de informes periciales complejos basados en métodos completamente contrapuestos dificultan la búsqueda de puntos comunes.

La introducción del mecanismo de acceso a fuentes de prueba, importado de la tradición jurídica anglosajona, viene a suplir uno de los principales problemas de esta clase de reclamaciones; la asimetría informativa. Tanto el demandante, que podrá acceder a datos sobre sus compras o variables sobre la formación de los precios, como el demandado cartelista, que podrá acceder a datos del demandante para ofrecer una cuantificación que rebata las alegaciones del demandante, se ven beneficiados. La transparencia en los datos y, por lo tanto, las mismas reglas de juego en una acción por daños, resulta útil para todas las partes implicadas.

La introducción de unos mecanismos de acceso a fuentes de prueba procedentes de otros ordenamientos jurídicos, no obstante, encuentra un difícil encaje en las reglas del procedimiento civil español.

En el caso estadounidense, el “*discovery*” tiene sentido en un sistema procesal que distingue entre reglas sobre prueba (en el caso federal, “*Rules of Evidence*”)⁹⁹ y reglas sobre procedimiento (“*Rules of Civil Procedure*”).¹⁰⁰ En el caso estadounidense, las reglas 702 y 703 de las “*Federal Rules of Evidence*” gobiernan la admisibilidad, en una fase previa, de la prueba pericial que será practicada en el juicio.

Estas reglas de admisibilidad han sido desarrolladas jurisprudencialmente dando lugar al denominado “*Daubert test*”.¹⁰¹ Según las directrices del Tribunal Supremo estadounidense, el juez ha de actuar como guardián (“*gatekeeper*”) de la prueba pericial que se incorpore al procedimiento, asegurándose que la prueba que se practique cumpla con unos mínimos estándares científicos y que dicha prueba resulte relevante y útil.

En apoyo de esta labor de control judicial, el *Federal Judicial Center* de Estados Unidos ha encargado el un manual de referencia sobre evidencia científica actualmente en su tercera edición, que ofrece una serie de pautas científicas para distintas cuestiones de interés científico, elaboradas por expertos en la materia.¹⁰² Varias de las guías relevantes para acciones por daños

⁹⁷ *Cortefiel/Adveo, Envel y Tompla*. ECLI:ES:JMB:2018:228, FD 3, ¶VI.ii.

⁹⁸ *Energya VM/Iberdrola*, ECLI:ES:APBI:2014:310, FD 4.

⁹⁹ Consultado (30/04/2020) en <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>

¹⁰⁰ Consultado (30/04/2020) en <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>

¹⁰¹ Conjuntamente, *Daubert/Merrell Dow Pharmaceuticals; General Electric/Joiner; Kumho Tire/Carmichael*.

¹⁰² Federal Judicial Center, 2011.

son los capítulos dedicados a la estadística, la regresión múltiple y la estimación de daños económicos.

En el caso de Inglaterra y Gales, las reglas de “*disclosure*”, más próximas a las que ha introducido la Directiva de Daños, tienen igualmente más sentido atendiendo a la naturaleza de dicho proceso civil. Las reglas procesales inglesas (“*Civil Procedure Rules*”)¹⁰³ no requieren que la demanda contenga una exposición detallada de todas las alegaciones ni una cuantificación, y es a partir de este momento cuando empieza la exhibición documental entre las partes. Asimismo, el juez o tribunal dispone de una amplia dirección de ordenación del proceso – mayor que en nuestra audiencia previa – a través de la denominada “*Case Management Conference*”.

Asimismo, en estos países se emplean cada vez más habitualmente varias técnicas, como el “*hot-tubbing*” de peritos (también denominado “*concurrent evidence*”),¹⁰⁴ similar al careo, en el que el juez dirige un debate económico entre los propios peritos, que tienen más sentido en un procedimiento en el que existe un cierto consenso en torno a los datos y metodología a utilizar.

En el caso español, el mecanismo de acceso a fuentes de prueba previsto en los artículos 283 bis (a) LEC y siguientes se encuentra, entre otros, con los siguientes problemas prácticos:

- La solicitud de acceso previa a la demanda obliga al demandante a interponer la demanda en el plazo de veinte días, con el riesgo de condena en costas y obligación de devolución de información en caso de no interposición, según el artículo 283 bis (e)(2) LEC. Tanto el plazo como su regulación procesal están inspiradas en las medidas cautelares y en las diligencias preliminares. Un plazo tan breve plantea serias dudas en cuanto a su correspondencia con los principios de efectividad y equivalencia y, por lo tanto, con una transposición correcta de la Directiva de Daños.
- En el caso de que se acuerde el acceso a la documentación en poder del futuro demandado, éste tiene derecho a recurrir en apelación –a diferencia de si dicha petición se hace con la demanda o después–, y a pedir que se suspenda la eficacia del auto que acuerde el acceso hasta que la Audiencia Provincial resuelva mediante providencia “*que habrá de dictar tras la recepción de los autos, quedando entre tanto en suspenso la resolución impugnada*”, según el artículo 283 bis (f)(4) LEC. Este trámite, tampoco previsto en la Directiva de Daños, puede demorar la acción varios meses o incluso un año, a la vista de la carga de trabajo de las Audiencias Provinciales.
- Para evitar el riesgo de suspensión por su posible elevación ante la Audiencia Provincial, el demandante puede interponer la demanda junto con la solicitud de acceso a fuentes de prueba y anunciar el informe pericial, que sería aportado antes de la audiencia previa. No obstante, dado que esta facultad es la excepción a la regla, ello entraña un riesgo procesal sobre el que no existe jurisprudencia ni indicaciones expresas. Esta

¹⁰³ Consultado (30/04/2020) en <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>

¹⁰⁴ *Streetmap v Google* [2016] EWHC 253 (Ch).

incertidumbre resta utilidad al mecanismo de acceso a fuentes de prueba por parte del demandante.

- El demandado puede ver comprometido su derecho de defensa en el caso de que la demanda se interponga sin el informe pericial aun por causas debidamente justificadas. Así, el demandado puede verse obligado a contestar a la demanda sin conocer los términos del informe pericial del demandante o, en su caso, sin su cuantificación definitiva.
- Asimismo, el escaso plazo de veinte días para contestar a la demanda puede dificultar la defensa del demandado. Tanto en el caso de contar con toda la información disponible, como en el caso de disponer de información parcial, el demandado se vería obligado a disponer de un plazo muy breve para responder a alegaciones jurídicas y económicas muy complejas. Ello ocasiona que el demandado deba contestar a la demanda sin poder aportar su informe pericial. Pese a que ello es la práctica habitual, el informe pericial puede resultar clave para alegar debidamente en el escrito (atendiendo al principio de *mutatio libelli*, y sin perjuicio de la formulación oral de las alegaciones complementarias en la audiencia previa) que no ha sufrido daños o que ha de concederse, en todo caso, una cuantificación inferior a la propuesta por el demandante.

En definitiva, el mecanismo de acceso a fuentes de prueba constituye una indudable mejora a las reglas estrictas del procedimiento civil español, que generalmente debilitan al demandante en un supuesto, como éste, con asimetría informativa. Asimismo, tanto el derecho de defensa del demandante como el del demandado se ven comprometidos en la medida en que el resto de las reglas del procedimiento civil –a diferencia de los ordenamientos donde esto tiene su origen– no se encuentran adaptadas al mecanismo de acceso a fuentes de prueba. La utilidad del mecanismo de acceso a fuentes de prueba en la actualidad es relativa.

Estas deficiencias se podrían solventar bien legislativamente, cuando el Real Decreto-ley se tramite definitivamente como proyecto de ley, o bien mediante instrumentos o criterios interpretativos no vinculantes. En cualquier caso y a falta de regulación, es previsible que el mecanismo de acceso a fuentes de prueba conlleve en la práctica un largo desarrollo jurisprudencial que, aunque alcance unos criterios comunes, contará con importantes diferencias de enfoque según el órgano judicial competente.

5.- Conclusión: hacia un procedimiento civil para acciones por daños contra cárteles centrado en el análisis económico.

La colusión de empresas mediante cárteles constituye una de las infracciones más dañinas por su naturaleza. Como lo denomina el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, los cárteles constituyen el mal supremo del Derecho de la competencia (“*the supreme evil of antitrust*”).

La naturaleza del daño anticompetitivo causado por los cárteles, aún en el caso más sencillo, es siempre muy difícil de determinar. Los precios están sometidos a numerosas variables, tal y como reconocen tanto la teoría económica como los propios tribunales. Por ello, la

determinación del daño anticompetitivo (para la economía o en el caso individual concreto) está sometido a una serie de hipótesis que entrañan incertidumbre.

El consenso en torno al gran daño que, por regla general, causan los cárteles, conlleva, desde el punto de vista de la prueba, que la infracción presuma un daño anticompetitivo y, por lo tanto, que se califique como un ilícito “por objeto”.

Esta presunción concierne a la acreditación de la infracción y no constituye una prueba de los efectos reales en el mercado en sede de cuantificación de multas administrativas y en sede de acciones por daños ejercitadas ante los tribunales civiles. No obstante, la constatación de tal infracción “por objeto” tiene implicaciones en ambos supuestos.

En el caso de la aplicación pública del Derecho de la competencia, la constatación de la infracción conlleva que el cártel sea sancionable. No cabe prueba de ausencia de efectos para rebatir la constatación la infracción. La autoridad de competencia, no obstante, puede estimar sobre la base de una probabilidad razonable, que el cártel ha causado un daño anticompetitivo. Un mayor o menor grado de repercusión (o, incluso, una repercusión nula), lleva a la minoración de la multa administrativa, pero nunca a la falta de sanción.

En el marco de la aplicación privada del Derecho de la competencia, la víctima que ejercite una acción por daños debe probar la existencia de la infracción –facilitada, en su caso, por un pronunciamiento de la autoridad de competencia–, el daño anticompetitivo individual y la relación de causalidad. Desde un punto de vista procesal, la prueba de los daños comprende la acreditación de su realidad (la prueba de su existencia o causación) y la acreditación de su extensión (propia, la prueba del daño).

La tensión entre el requisito de prueba de un daño real y efectivo y una infracción teóricamente dañina pero cuyos efectos son difícilmente cuantificables en la práctica tiene como consecuencia una modulación de las reglas clásicas sobre carga de la prueba.

En particular, la carga de la prueba del daño individual habrá de ser modulada en atención a principios de Derecho de la Unión (como el principio de efectividad) y de Derecho civil (como la doctrina *ex re ipsa* o el principio de indemnidad del lesionado) a la vista de las reglas de experiencia y de que la constatación de la infracción y su gravedad pueden constituir una prueba razonable del daño anticompetitivo como punto de partida. La toma en consideración de varios de estos factores ha llevado a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el *Cártel del Azúcar* a considerar que el derecho del lesionado a ser resarcido por la actuación anticompetitiva se opone a una negación categórica de ausencia de prueba del daño, exigiéndose al demandado una cuantificación alternativa técnicamente fundada que parta de unas bases razonables.

El punto de partida de la cuantificación de los efectos en sede administrativa y en sede civil se funda en una situación hipotética y en la probabilidad razonable –basada en elementos objetivos– de que ha existido un daño anticompetitivo. En el caso de la acción por daños, este punto de partida –ampliamente superado en el caso de la aplicación pública– debería conllevar el abandono de un debate jurídico en torno a la producción o no del daño real y efectivo como paso previo, en favor de un verdadero debate en torno a la mejor estimación económica posible.

Este principio no excluye, no obstante, que el daño individual pueda ser nulo. Así, el derecho al pleno resarcimiento de la víctima no se opone al derecho del demandado cartelista a probar, tal y como predice la teoría económica y la evidencia empírica, que el cártel en cuestión no haya causado razonablemente un daño anticompetitivo generalizado o individualizado en el caso concreto.

El empleo de metodologías más robustas por todas las partes involucradas, facilitadas por una facultad de dirección del órgano judicial asistido por las herramientas adecuadas, debería permitir alcanzar el objetivo de un debate centrado en la cuantificación. Un mayor diálogo entre peritos, cuyos informes se basen en metodologías similares, facilitará una resolución razonable de las acciones por daños por parte de los tribunales, así como la consecución de acuerdos transaccionales que pongan fin o eviten los procedimientos.

Referencias.

I. Legislativas y normativas (incluyendo las no vinculantes).

1.1. España.

- Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. BOE, núm. 36, 11/02/2009, Sec. III, p. 14654. (“**Comunicación sobre cuantificación de sanciones de 2009**”).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08/01/2000. BOE-A-2000-323. (“**LEC**”).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159, de 04/07/2007. BOE-A-2007-12946. (“**LDC**”).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889. BOE-A-1889-4763. (“**CC**”).
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017, p. 42820 a 42872 (53 págs.). BOE-A-2017-5855. (“**Real Decreto-ley 9/2017**”).

1.2. Unión Europea.

- Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 167, 13/06/2013, p. 19-21. C(2013) 3440. (“**Comunicación sobre cuantificación de daños**”).
- 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. DOUE L 349, 05/12/2014, p. 1-19. (“**Directiva de Daños**” o “**Directiva**”).
- Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003. DOUE C 210, 01/09/2006, p. 2-5. (“**Directrices sobre el cálculo de multas de 2006**” o “**Directrices de 2006**”).
- Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE L 1, 04/01/2003, p. 1-25. (“**Reglamento 1/2003**”).

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). DOUE C 326, 26/10/2012, p. 47–390 (“TFUE”).

2. Jurisprudenciales.

2.1. España.

- JM, Barcelona, 3º, procedimiento 30/2015, *Cortefiel/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:JMB:2018:228.
- JM, Zaragoza, 1º, 13/12/2018, procedimiento 320/2017, ECLI:ES:JMZ:2018:4752.
- AP, Barcelona, 15ª, 10/01/2020, recurso 1311/2019, *Planeta/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APB:2020:201.
- AP, Madrid, 28ª, 25/05/2006, recurso 170/2006, *Conduit Europe/Telefónica de España*, ECLI:ES:APM:2006:6773.
- AP, Madrid, 28ª, 03/02/2020, recurso 99/2019, *Obras Misionales Pontificias/Adveo, Envel y Tompla*, ECLI:ES:APM:2020:1.
- AP, Valencia, 9ª, 23/01/2020, recurso 1147/2019, *Llácer/Volvo*, ECLI:ES:APV:2020:292.
- AP, Valladolid, 3ª, 09/10/2009, recurso 214/2009, *Nestlé y otros/Acor*, ECLI:ES:APVA:2009:1185.
- AP, Vizcaya, 4ª, 28/03/2014, recurso 873/2010, *Energya VM/Iberdrola*, ECLI:ES:APBI:2014:310.
- AN, Contencioso, 29/07/2014, recurso 172/2013, *Pagola Poliuretanos/CNC*, ECLI:ES:AN:2014:3505.
- AN, Contencioso, 26/03/2019, recurso 583/2015, *Timsa/CNMC*, ECLI:ES:AN:2019:1293.
- TS, Civil, 17/07/2011, recurso 1183/2008, ECLI:ES:TS:2011:5099.
- TS, Civil, 07/11/2013, recurso 2472/2011, *Nestlé y otros/Ebro Foods*, ECLI:ES:TS:2013:5819.
- TS, Civil, 09/01/2015, recurso 220/2013, *Mediapro/Sogecable*, ECLI:ES:TS:2015:191.
- TS, Contencioso, 29/01/2015, recurso 2872/2013, *BCN Aduanas y Transportes/CNC*, ECLI:ES:TS:2015:112.

- TS, Contencioso, 22/05/2015, recurso 2449/2013, *Swiss Re/CNC*, ECLI:ES:TS:2015:239.
- TS, Civil, 03/05/2017, recurso 2579/2014, *Industrias Alimentarias de Navarra/Mivisa Envases*, ECLI:ES:TS:2017:1653.
- TS, Contencioso, 18/12/2018, recurso 5153/2017, *Grafoplás del Noroeste/CNC*, ECLI:ES:TS:2018:4284.
- TS, Contencioso, 28/01/2019, recurso 1396/2017, *SECE/ACCO*, ECLI:ES:TS:2019:263.

2.2. Estados Unidos.

- Supreme Court, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).
- Supreme Court, *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).
- Supreme Court, *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).
- Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004).

2.3. Inglaterra y Gales.

- High Court, *Streetmap v Google* [2016] EWHC 253 (Ch).

2.4. Unión Europea.

- TGUE, 06/05/2009, asunto T-127/04, *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:T:2009:142.
- TJUE, 13/07/2006, asunto C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.
- TJUE, 04/06/2009, asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2009:343.
- TJUE, 09/07/2009, asunto C-511/06 P, *Archer Daniels Midland/Comisión*, ECLI:EU:C:2009:433.
- TJUE, 08/12/2011, asunto C-278/09-P, *KME Germany y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:810.
- TJUE, 06/11/2012, asunto C-199/11, *Otis y otros*, ECLI:EU:C:2012:684.
- TJUE, 14/03/2013, asunto C 32/11, *Allianz Hungária Biztosító y otros*, ECLI:EU:C:2013:160.

- TJUE, 18/03/2013, asunto C-501/11 P, *Schindler/Comisión y Consejo*, ECLI:EU:C:2013:522.
- TJUE, 05/06/2014, asunto C-557/12, *Kone y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317.
- TJUE, 27/04/2017, asunto C-469/15 P, *FSL y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:2017:308.
- TJUE, 14/03/2019, asunto C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros*, ECLI:EU:C:2019:204.
- TJUE, 02/04/2020, asunto C 228/18, *Budapest Bank y otros*, ECLI:EU:C:2020:265.

3. Doctrinales.

- CNMC. (2018). Guía para la presentación de informes económicos en la dirección de competencia de la CNMC. Consultado (30/04/2020) en <https://www.cnmc.es/node/372213> (“**Guía para la presentación de informes económicos**”).
- Comisión Europea. (2009). Guía Práctica: Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. SWD(2013) 205. (“**Guía Práctica sobre cuantificación de daños**” o “**Guía Práctica**”).
- Comisión Europea. (2011). Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases. Consultado (30/04/2020) en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf
- Federal Judicial Center, & National Research Council (2011). *Reference Manual on Scientific Evidence*. The National Academies Press.
- Günster, A., Carree, M., & van Dijk, M. A. (2011). Do cartels undermine economic efficiency?. The American Economic Association.
- Komninou, A., Beckert, W., van Damme, E., Dewatripont, M., Franks, J., ten Kate, A., & Legros, P. (2009). *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*. Publications Office of the European Union. (“**Estudio Oxera**”).
- Lee, J. S. (2016). *Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels*. Springer Nature. Spore.
- Lipczynski, J., Wilson, J. O., & Goddard, J. A. (2005). *Industrial organization: competition, strategy, policy*. Pearson Education.

- Niels, G., Jenkins, H., & Kavanagh, J. (2011). *Economics for competition lawyers*. Oxford University Press.
- OCDE. (2002a). *Fighting hard-core cartels: Harm, effective sanctions and leniency programmes*. OECD Publishing.
- OCDE. (2002b). *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*. DAFFE/COMP(2002)7.
- OCDE. (2011). *Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*. DAF/COMP(2011)25.
- Parkin, M., Powell., M., & Matthews, K. (2007). Addison-Wesley. Pág. 303.; Utton, M. A. (2011). *Cartels and economic collusion: The persistence of corporate conspiracies*. Edward Elgar Publishing.
- Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. MIT press.
- Webb, S. B. (1982). Cartels and business cycles in Germany, 1880 to 1914. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 205-224.