



La valoración y cuantificación del daño en los cárteles de vehículos

Juan F. Garnica Martín

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

SUMARIO

- I.- LA APUESTA POR LA TUTELA PRIVADA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
- II.- EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA GARANTIZARLO.
- III.- PRESUPUESTOS PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.
- IV.- EL HECHO ILÍCITO CONTEMPLADO DESDE LA PERSPECTIVA DE SU RELACIÓN CAUSAL CON EL DAÑO.
- V.- CAUSALIDAD Y PLURALIDAD DE RESPONSABLES.
- VI.- SOBRE LA PRESUNCIÓN DE DAÑO.
- VII.- DETERMINACIÓN DEL SOBREPrecio: CUESTIONES PREVIAS:
 - A) Reglas sobre la carga de la prueba;
 - B) Estándares probatorios;
 - C) Estimación judicial del daño.
- VIII.- LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN.

I.- LA APUESTA POR LA TUTELA PRIVADA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A diferencia de lo ocurrido en los EE UU donde la tutela privada del derecho de la competencia viene de lejos, en España (y en parte en Europa) es un fenómeno bastante reciente, podría decirse que propio del siglo XXI y que no ha llegado a nuestros tribunales de forma significativa hasta los últimos años. En el derecho europeo se apostó por la tutela de la defensa de la competencia a través del derecho público (public enforcement) de forma muy esencial y solo recientemente, y probablemente tras la evidencia de fracaso de ese sistema, se ha optado por la tutela privada (*private enforcement*), mediante el ejercicio de acciones civiles.

Tras la apertura a la tutela privada, lo que se ha instalado en los países europeos es un sistema dual, público y privado, en la aplicación de las normas sobre la defensa de la competencia que parte de la idea de que se trata de dos sistemas complementarios entre sí. A la vez que complementariedad, entre la aplicación pública y la privada existe interconexión que se ha visto intensificada a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, 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.

La Directiva prevé en su art. 9 que, una vez firme la resolución en la que la autoridad nacional declare la infracción del derecho de la competencia, dicha declaración se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional del propio Estado al que pertenezca la autoridad. Con ello se han pretendido resolver los conflictos entre la tutela pública y la privada y facilitar esta segunda descargándola de la necesidad de probar el hecho dañoso cuando la misma se inste después de haber adquirido firmeza la resolución sobre la tutela pública.

Las acciones por la defensa de la competencia pueden ser acciones consecutivas (*follow-on*) que deberán dirigirse frente a las empresas que han sido declaradas responsables del cártel o bien acciones aisladas o independientes (*stand alone*) para que se declare que la empresa ha infringido las normas sobre la defensa de la competencia y se declaren las consecuencias oportunas de derecho privado. La

Directiva apuesta de forma muy decidida por las acciones *follow-on*.

No ha sido casualidad que la nueva normativa comunitaria coincida con el gran incremento que se ha apreciado en nuestros tribunales de justicia de los asuntos en los que se ejercitan acciones privadas en materia de defensa de la competencia sino que en buena parte es consecuencia de la nueva perspectiva adoptada en el derecho europeo, con la introducción de instituciones como los programas de clemencia que han facilitado las denuncias y con la regulación del acceso a la prueba. A los asuntos del cártel del azúcar, resueltos por SSTs de 8 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2013, han seguido la saga de asuntos del cártel de los sobres y más tarde los numerosísimos asuntos del cártel de los camiones y del de los coches. De manera que podemos decir que en la práctica de los tribunales especializados en mercantil las reclamaciones civiles relacionadas con la legislación sobre defensa de la competencia ha pasado a ser una de las ocupaciones fundamentales, tanto por número de asuntos como por las dificultades que su enjuiciamiento nos ha aportado.

Por lo común, se trata de acciones consecutivas (*follow-on*), esto es, subsiguientes a una resolución administrativa de carácter firme que ha apreciado la existencia de un cártel formado por una serie de empresas. Esa situación es el primer factor que habrá tenerse en cuenta al afrontar la acción civil de responsabilidad pues el juez civil pasará a estar vinculado no solo por la apreciación de la existencia de un cártel y la pertenencia al mismo de determinadas empresas sino también por el relato de hechos que haya tomado en consideración la resolución administrativa para llegar a tales conclusiones.

En el caso del cártel de los coches, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en resolución de fecha 23 de julio de 2015, en el expediente S/0482/13, apreció que los fabricantes de automóviles y sus concesionarios llegaron a acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica relativa a vehículos nuevos, usados, venta de recambios y servicios postventa entre empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España, con el consecuente perjuicio que ello tuvo para el cliente final. La referida resolución fue objeto de numerosos recursos ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que sustancialmente fueron desestimados, por lo que devino firme.

En el caso de los camiones, se trata de una decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (publicada el 6 de abril de 2017) que apreció la concurrencia de un cártel que determinaba una infracción del art. 101 del TFUE por fijación de precios en el espacio económico europeo desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011 entre los principales fabricantes de camiones.

II.- EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA GARANTIZARLO.

La Directiva establece en su art. 3.1 que los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

El apartado 2 del propio artículo 3 dispone cuál es el alcance de ese derecho al pleno resarcimiento cuando establece:

*«El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haber cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el **daño emergente** y el **lucro cesante**, más el pago de los **intereses**».*

Especialmente hay que referirse al hecho de que el legislador comunitario no se haya referido solo a los dos apartados típicos del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) sino que ha incluido asimismo como un concepto autónomo de daño los intereses. El apartado 20 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE”, que acompaña a la comunicación número 2013/ C-167/07 de la Comisión sobre la misma materia publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, número C-167/19, de 13 de Junio de 2013 (en lo sucesivo, la Guía) dice:

«La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdi-

da para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados».

Como puede deducirse del contenido de esa indicación de la Guía, los intereses a los que se refiere no coinciden con lo que comúnmente venimos considerando como intereses moratorios, en el sentido de que no están sometidos a su régimen de exigibilidad. Se trata más bien de una actualización de la deuda dineraria, que es una deuda de valor y que, como consecuencia de la pérdida del valor del dinero, se ha podido ver seriamente disminuida como consecuencia del simple transcurso del tiempo. Por tanto, lo que nos dice la Comisión es que una vez calculada la indemnización (daño emergente + lucro cesante) es preciso proceder a actualizar su valor y que para ello se deben tener en cuenta factores tales como el tipo de interés legal o bien otras formas de interés. Nuestros tribunales se han hecho eco de esa indicación y toman como referencia para proceder a la actualización el tipo del interés legal, que durante muchos años ha sido incluso más elevado que la tasa de inflación.

En sentido contrario, el art. 3.3 de la Directiva establece que el pleno resarcimiento no justifica una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo. Por consiguiente, el legislador europeo no acepta la idea de que la acción de resarcimiento pueda convertirse en instrumento sancionatorio de la conducta ilícita y sitúa los límites del daño resarcible en el efectivamente sufrido por el afectado. Y, en esa línea, a diferencia de lo que ocurre en los EE UU, admite que se pueda deducir del daño reclamable el sobrecoste que el afectado hubiera repercutido a terceros (art. 12.2 Directiva). Ello puede resultar muy relevante en el caso del cártel de los camiones, donde resulta fácil representable la posibilidad de que el adquirente haya podido repercutir el sobrecoste a través de su facturación a sus clientes. Y en el cártel de coches la regla general será que no exista repercusión, con la excepción de los vehículos destinados a usos comerciales, como por ejemplo auto-taxi.

Con todo, a pesar de que en el artículo 12.2 de la Directiva se afirma que los Estados deben establecer normas procesales que impidan que se puedan reclamar sobrecostes repercutidos, el art. 13 dispone que la carga de la prueba de la repercusión debe pesar sobre la parte deman-

dada, quien al efecto podrá solicitar exhibición de documentos del afectado o de terceros.

El legislador europeo no se ha limitado a definir el daño reclamable sino que ha establecido medidas que faciliten su reparación. Una de ellas es la establecida en el art. 12.1 de la Directiva que permite que la acción de resarcimiento se pueda ejercitar no solo por quien sufrió de forma directa el daño sino también por quien lo sufrió de manera indirecta.

Otras medidas tienen que ver directamente con los problemas que plantea la cuantificación. Y sin perjuicio de que sobre ellas nos extendemos más adelante de forma más detallada, avanzamos la idea de que se refiere a ellas el art. 17 de la Directiva cuando afirma que:

«1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para

estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

2. Se presumirá que las infracciones de carteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción».

III.- PRESUPUESTOS PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como ya hemos anticipado, pueden reclamarse todos los daños y perjuicios sufridos, pero solo los daños y perjuicios pues el legislador europeo no acepta indemnizaciones de carácter punitivo, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos. Por ello será necesario enjuiciar de forma estricta cuál es el daño que se puede reclamar o conceder. Ello nos conduce a las reglas propias de toda reclamación de daños y perjuicios.

Existe coincidencia en indicar que los presupuestos para que pueda prosperar una acción de responsabilidad por infracción de nor-



mas sobre la defensa de la competencia son sustancialmente los mismos que para cualquier acción de responsabilidad por culpa extracontractual, esto es:

- a) Un acto ilícito, que en el caso de acciones *follow-on* se identifica con el que la resolución administrativa ha declarado probado.
- b) Un resultado dañoso sufrido por el reclamante.
- c) Relación de causalidad entre el acto ilícito y el resultado dañoso.

El juez mercantil vendrá condicionado por lo que haya resuelto la autoridad administrativa (y los tribunales del orden contencioso) respecto de la existencia del acto ilícito, esto es, la existencia de un cártel y la pertenencia al mismo de determinadas empresas, de forma que no será razonable que en el proceso civil haya que entrar en esa cuestión. Creo que la única salvedad puede provenir del particular concepto de “empresa” que es preciso aplicar en el ámbito de la defensa de la competencia, que no se corresponde estrictamente con el concepto de personalidad civil. La STJUE de 14 de marzo de 2019 (asunto Sumal, C-724/17) ha considerado que la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa puede ejercitar la acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión Europea o contra una filial “siempre que esas dos sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica”. Por tanto, lo que podrá ser discutido es si concurren las circunstancias que permiten atribuir a esas dos sociedades el carácter de unidad económica o “empresa”, en el sentido del derecho europeo de la competencia, que no es un concepto jurídico sino funcional o económico.

En desarrollo de la idea que he expresado en el párrafo anterior, la víctima deberá demostrar que el acuerdo contrario a la competencia celebrado por la sociedad matriz por el que la misma ha sido condenada se refiere a los mismos productos que aquellos que comercializa la filial (apartado 52 de STJUE de 14 de marzo de 2019). En cualquier caso, esa necesidad de demostración solo está referida al caso de que la víctima haya decidido dirigir su demanda frente a una filial no sancionada en el procedimiento administrativo en el que sí lo estuvo la matriz. La extensión de la responsabilidad de la filial a la matriz tampoco plantea duda alguna que se puede suscitar, en este caso con muchos

menos inconvenientes, pues la jurisprudencia comunitaria la venía aceptando con anterioridad a la resolución indicada.

La determinación del daño plantea cuestiones mucho más complejas en las que nos extenderemos en nuestra exposición porque constituye el núcleo de la misma. Para comenzar he de decir que en la determinación se han de diferenciar dos ámbitos bien distintos: i) el primero, la existencia misma del daño, esto es, la determinación del “*an*”; y ii) segundo, la determinación del “*quantum*”, o importe concreto. Los problemas que se producen en cada uno de esos ámbitos son distintos y aconsejan que no se mezclen porque la forma de proceder es asimismo diversa en cada uno de esos ámbitos. En la determinación del “*an*” es preciso estar a las reglas ordinarias de la prueba, con algunas especialidades, como son las pruebas por presunciones. En la determinación del “*quantum*” las reglas son especiales, en el sentido de que están presididas por la idea de que las dificultades probatorias no han de impedir el resarcimiento efectivo. Por ello con frecuencia se acude a la discrecionalidad judicial para intentar evitar la frustración del resarcimiento. Más adelante entraremos en el desarrollo de esas ideas.

Por otra parte, en directa relación con la concreta existencia del daño (*an*) es preciso analizar el nexo de causalidad pues solo se responde del daño que pueda ser imputado o puesto en relación con la concreta conducta infractora. Esa puesta en relación puede plantear problemas muy simples, cuando la relación causal sea fácilmente apreciable, o bien muy complejos, cuando el juicio de inferencia causal no resulte fácilmente apreciable. En el ámbito de la defensa de la competencia lo más frecuente es precisamente que el enjuiciamiento del nexo de causalidad plantee problemas severos, como ocurre en los casos de los cárteles de coches y camiones.

IV.- EL HECHO ILÍCITO CONTEMPLADO DESDE LA PERSPECTIVA DE SU RELACIÓN CAUSAL CON EL DAÑO

Partiendo de la perspectiva de que el daño viene representado por el hecho de que la existencia del cártel ha debido suponer para el particular afectado que formula su reclamación un mayor desembolso al adquirir su vehículo, será muy relevante que se pueda atribuir a la conducta infractora el efecto de haber dado lugar a un incremento del valor. Si la conducta infractora no ha dado lugar a incremento alguno, la consecuencia será que no exista daño.

Por tanto, será preciso convencer al juez de que la conducta infractora que han determinado la sanción por constituir un cártel ha determinado un incremento del valor del vehículo y los integrantes del mismo solo responderán en el caso y en la medida en que tal incremento se hubiera producido.

Por tanto, los hechos probados que conducen a la declaración de la infracción por la autoridad de competencia constituyen el sustrato fáctico principal a partir del cual cabe construir la pretensión indemnizatoria. La declaración de antijuridicidad hecha por la autoridad de competencia proporciona el perímetro fáctico a partir del cual podrá eventualmente identificarse el daño indemnizable causado. Ello no obstante, las decisiones de las autoridades de competencia no se pronuncian ni sobre la existencia del daño, ni sobre las circunstancias de su causación por los co-infractores, siendo este cometido exclusivo del juez civil, lo que significa que en esas resoluciones es muy probable que no se encuentren datos muy significativos desde la perspectiva del enjuiciamiento de la acción de resarcimiento.

La cuestión está en si podemos deducir de la existencia de la infracción administrativa (por la existencia de un cártel) que existe daño. Y no resulta fácil hacer esa imputación en los casos en los que, como con frecuencia ocurre, la infracción es por el objeto y no por los efectos. En las infracciones por objeto, dado que no es necesario acreditar los efectos, se realiza una investigación más simple, menos compleja. Ahora bien, las infracciones por objeto se construyen sobre la base de una experiencia sólida y fiable del carácter pernicioso para la competencia de ciertas conductas, de forma que se fundan en una experiencia previa adquirida de que esas conductas producen un efecto anticompetitivo (STJUE de 2 de abril de 2020, en asunto C-228/18 Budapest Bank).

Aunque en las infracciones por objeto no sea necesario comprobar el alcance de los efectos al examinar la autoridad administrativa la existencia de ilícito, de ello no se deriva que no se comprueben los mismos al menos de forma implícita. El daño y los efectos adversos para los operadores en el mercado afectados deben aparecer al menos como probables.

El Tribunal de Justicia ha advertido que la utilización por las autoridades de competencia de la categoría de infracciones por objeto –que dispensa la prueba de los efectos– ha de ser restrictiva (STJUE de 2 de abril de 2020, en asun-

to C-228/18 Budapest Bank), partiendo del examen de la conducta en cuestión, los objetivos que pretende alcanzar y el contexto económico y jurídico en que se desarrolle, que deben constituir una restricción manifiesta de la competencia, siendo claramente nocivos. Es menester comprobar que las circunstancias en las que tiene lugar la conducta explican por qué, con toda probabilidad, el daño a la competencia es inevitable.

Por tanto, la constatación de la existencia de una infracción por objeto constituye un sólido indicio de la existencia de daño a los afectados por la conducta infractora.

A ello tenemos que añadir que la apreciación a los efectos administrativos de la existencia de una “conducta única y continuada” entre los diversos integrantes del cártel no impide al juez civil identificar una concreta relación de causalidad con el concreto demandado en aquellos casos en que se declaren infracciones complejas en las que se puedan distinguir distintos comportamientos de los que se deriven los daños reclamados. La apreciación de conducta única y continuada se utiliza en el derecho de la competencia para permitir la imputación conjunta de todos los participantes en el cártel y exige que entre ellos exista un plan común. Ahora bien, la apreciación de la existencia de una conducta única y continuada a los efectos de la infracción no impide analizar de forma singularizada el nexo de causalidad.

En el caso del cártel de vehículos, la CNMC aprecia una “infracción única y continuada” que consistió en intercambios de información sensible de tres tipos que afectaban a diferentes mercados o dimensiones del mercado de automóviles, concretamente:

- a) Gestión empresarial.
- b) Servicios de postventa.
- c) Y marketing.

Con tales actuaciones, las marcas intercambiaban numerosa información de enorme trascendencia, pues, entre otras muchas cuestiones, intercambiaban datos relativos a la rentabilidad y la facturación de sus redes de concesionarios, desglosando la venta de automóviles y las actividades de posventa; datos relativos a los márgenes comerciales y cuál era la política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; las estructuras, características y organización de sus redes de con-

cesionarios así como datos sobre políticas de gestión de dichas redes; también las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; las campañas de marketing que realizaban al cliente final y también los programas de fidelización de sus clientes.

La participación de los diversos fabricantes en cada uno de esos intercambios de información aparece detallada en la resolución administrativa, de forma que la acción de responsabilidad es preciso que parta de los concretos hechos que la misma detalla acerca de esa participación para establecer de forma concreta el nexo causal entre el daño reclamado y la conducta infractora.

Otro factor a tomar en consideración para analizar la existencia o no de nexo causal es el temporal, pues la participación de las diversas empresas participantes en el cártel no ha sido la misma durante el largo lapso temporal de actuación del cártel (2006-2013).

V.- CAUSALIDAD Y PLURALIDAD DE RESPONSABLES

La responsabilidad por los daños que la actuación del cártel haya podido producir corresponde, en principio, a todos los participantes en el mismo, siempre que el concreto daño reclamado pueda ser imputable a sus actos concretos. En el caso del cártel de los vehículos la CNMC consideró acreditada la participación de 23 empresas, entre las que cabría hacer la imputación de responsabilidad por los daños producidos.

De acuerdo con lo previsto en el art. 73.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), en su texto posterior a la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, en nuestro derecho es clara la responsabilidad solidaria de los coparticipantes en el cártel. Pero esa norma no resulta de aplicación directa a las demandas por daños consecutivas a la resolución de la CNMC S/482/13, según la doctrina que cabe extraer de la STJUE de 22 de Junio de 2022 (asunto C-267/20), que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de León y consideró momento relevante para determinar la aplicación de normas sustantivas el de la finalización del cártel.

No obstante, pese a que esa norma (y la propia Directiva) no resulte de aplicación, el régimen de responsabilidad de los diversos corresponsables no parece que pueda ser otro que el de la solidaridad, aunque la misma haya de tener

su fundamento en la doctrina jurisprudencial. Se trata de la idea de “solidaridad impropia” a la que ha acudido con frecuencia la jurisprudencia, particularmente cuando no resulta posible deslindar la responsabilidad de cada uno de los partícipes en la producción del daño.

La consecuencia de ello es que podrán ser objeto de discusión tanto los diversos cursos causales respecto de cada uno de los codemandados, en el caso de que fueran varios, como la imposibilidad o gran dificultad de distinguir entre cada uno de ellos a los efectos de producción del daño, si bien esta última cuestión creo que está en la propia naturaleza de las cosas, de manera que poca actividad probatoria precisa. Por tanto, la solidaridad entre coparticipantes prácticamente tiene el mismo carácter y extensión tanto en el caso de que resultara de aplicación el art. 73.1 LDC como cuando no lo resulta, con la única duda de si resulta de aplicación en este último caso la doctrina jurisprudencial acerca de la no aplicación de la norma establecida en el art. 1974 CC sobre la interrupción de la prescripción entre corresponsables solidarios (STS de 14 de marzo de 2003 y Acuerdo de Junta General de Magistrados de Sala Primera de 27 de marzo de 2003).

VI.- SOBRE LA PRESUNCIÓN DE DAÑO

El art. 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su texto procedente de la reforma legal operada para trasponer la Directiva 2014/104/UE, dispone:

«3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario».

El referido precepto es trasposición del art. 17.2 de la Directiva, cuyo contenido es el siguiente:

«Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción».

La cuestión que se ha planteado es si tales normas resultan de aplicación en los cárteles de vehículos y la respuesta la ha dado la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20) de la que cabe deducir que no es aplicable, atendido que consideró como el momento relevante para determinar la aplicación de normas sustantivas el de la finalización del cártel, lo que se ha de considerar producido antes de haberse dictado la resolución de la CNMC.

Ahora bien, que no resulte de aplicación esa presunción de carácter legal no significa que no pueda acudirse a presunciones de carácter judicial (*de homine*) para llegar a la misma o similar conclusión. En definitiva, se trata de si se puede aplicar la regla jurisprudencial del daño ex re ipsa, esto es, la presunción de que el daño está en la naturaleza de las cosas. Creo que la creación de la presunción legal a que antes me he referido no ha sido otra cosa que una forma de conceder seguridad jurídica en un ámbito precisado de ello para desterrar cualquier duda acerca de que, como regla, el daño está en estos casos en la naturaleza de las cosas, esto es, en los hechos que han determinado la apreciación de un ilícito contra la competencia.

Así lo hemos venido apreciando los tribunales en las numerosas sentencias recaídas en relación con el cártel de los camiones y esa misma idea resulta de aplicación al cártel de los coches. Aunque la infracción es por objeto y consiste en sustancia en intercambio de información, de ello no se deriva que no pueda presumirse la existencia de daño. Como hemos anticipado, la apreciación del ilícito contra la competencia presupone que los hechos que lo justifican no resultan irrelevantes desde la perspectiva de los efectos, pues en otro caso no hubiera sido posible apreciar el ilícito.

En la Guía de la Comisión, después de destacar la existencia de estudios empíricos que acreditan que todos los cárteles determinan un

incremento del coste medio, se afirma que «los tribunales nacionales, basándose en 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 (147)».

En cualquier caso, esto es, tanto sea judicial como legal la presunción de daño, la misma es *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario. Comúnmente esa prueba es de carácter general, esto es, tiende a negar que el cártel haya causado a los adquirentes de vehículos daño alguno, esto es, que haya supuesto un incremento efectivo del precio de los vehículos. Por lo general, ese esfuerzo probatorio tiene muy escaso éxito porque pugna contra la idea de que la existencia del cártel no ha pretendido alterar las reglas de la competencia, lo que suele considerarse una contradicción en los términos. Si ha existido cártel ha sido precisamente para que los que participaran en él pudieran obtener provecho y ese provecho se traduce en perjuicio para alguien, los participantes en el mercado como compradores.

Cuestión distinta es que el esfuerzo probatorio pueda ir dirigido a acreditar que en el caso concreto de la compra de un vehículo determinado no se ha producido daño alguno porque concurren circunstancias tan particulares que



así lo prueben. Aunque se trata de situaciones difíciles de imaginar, no se pueden descartar de forma absoluta. En otro caso la simple presunción *iuris tantum* se estaría convirtiendo en lo que no es, esto es, una presunción *iuris et de iure*.

En el proceso administrativo las marcas alegaron que su actuación no tuvo un grado de nocividad suficiente en el mercado, de forma que esa alegación ya fue tomada en consideración y desechada en el referido procedimiento. La STJUE, de 19 de marzo de 2015 (C-286/13, asunto *P Dole Food y Dole Fresh Fruit*) ha sintetizado cuándo puede apreciarse que un determinado tipo de coordinación entre empresas tiene el grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del art. 101 TFUE.

La jurisprudencia ha sostenido que una práctica puede ser concertada si reduce la incertidumbre estratégica, en tanto en cuanto, en el contexto de un contacto directo entre competidores mediante un intercambio de información así como la desvelación del comportamiento propio que uno tiene o pretende tener, las empresas no actúan en el mercado con la debida autonomía y lo hacen con el propósito de influir en el mercado produciendo, en consecuencia, un resultado colusorio (a modo de ejemplo, STJUE, de 16- 12-1975, asunto *Suiker Unie*, STJUE, de 24- 07-1981, asunto *Züchner* o STJUE, de 28- 05-1998, asunto *John Deere Ltd*).

Las Directrices de la Comisión Europea 2011/C 11/01 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal refrendan que, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del intercambio de información, dichos intercambios tienen capacidad de debilitar o suprimir la incertidumbre del mercado, calificando tales conductas como restricciones por objeto.

Todo lo anterior solo resulta de aplicación a los casos de acciones consecutivas (*follow-on*), atendido que en las mismas ya se ha analizado previamente por la autoridad administrativa la incidencia de la conducta sobre el mercado y solo se habrá sancionado en el caso de que haya tenido una incidencia efectiva. Pero cuando no exista un pronunciamiento de infracción será en el propio proceso civil en el que habrá que entrar de forma previa al examen de la acción de daños en esa cuestión, lo que no releva al juez civil de tener que examinar la incidencia concreta de la conducta en el mercado.

VII.- DETERMINACIÓN DEL SOBREPRECIO: CUESTIONES PREVIAS

Si la determinación de la existencia del daño no plantea especiales problemas en los casos de acciones consecutivas a un procedimiento administrativo de infracción, como hemos analizado, la cuantificación del sobreprecio plantea problemas muy agudos y respecto de los cuales no será fácil deducir del procedimiento administrativo previo datos de interés que puedan ayudar a realizar esa cuantificación cuando la infracción sea por objeto.

Esas dificultades han determinado que la Directiva establezca remedios que tienden a garantizar el resarcimiento efectivo. Ya hemos adelantado la idea que ahora me propongo desarrollar. El art. 17 de la Directiva afirma que:

«1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles».

El precepto que acabamos de transcribir se refiere a tres ideas distintas, todas ellas fundamentales desde la perspectiva de dar efectividad al principio de la íntegra reparación y pone deberes a los Estados:

- a) Reglas sobre la carga de la prueba.
- b) Estándares probatorios.
- c) Estimación judicial del importe de los daños.

La transposición de esas normas en nuestro derecho se ha efectuado en el art. 76 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece (en la parte relevante):

«Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios.

1. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de

la competencia corresponderá a la parte demandante.

2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños».

Puede observarse que, si bien puede considerarse adecuadamente traspuesta, la idea relativa a la estimación judicial del daño, nada se dice sobre estándares probatorios y lo que se dice acerca de la carga de la prueba es dudoso que sea adecuado al espíritu de la Directiva. A continuación analizaré cada una de esas ideas de forma separada.

A) Reglas sobre la carga de la prueba

Es dudoso que fuera necesario transponer regla alguna sobre la carga de la prueba cuando en nuestro derecho tenemos una regulación más que aceptable en el art. 217 LEC. Pero, si se quería establecer alguna regla especial, parece poco razonable que esa regla consista en la reiteración de un criterio de carácter general como es que la carga de la prueba de los hechos constitutivos pesa sobre la parte demandante (art. 217.2 LEC) porque eso es tanto como no decir nada. E incluso puede que llegue a ser menos que nada, si se llegara a entender que esa supuesta regla especial, que ya hemos visto que no tiene nada de especial, excluye la aplicación de otras reglas del art. 217 LEC que la moderan, como es el caso de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

No estoy sugiriendo que la regla del art. 76.1 LDC pueda ser interpretada en el sentido de que excluya la aplicación del art. 217.7 LEC, porque si fuera así el problema sería importante, ya que habría que concluir que nuestro legislador habría traspuesto en sentido contrario al que le ordena la Directiva y creemos que la cosa no da para tanto. Lo que no tengo tan claro es que la Directiva no obligara a dar un paso más y a establecer una verdadera regla especial, como otras contenidas en el propio art. 217 LEC, que facilitarían la carga de la prueba que pesa sobre la parte demandante. Se me ocurre pensar en reglas concretas que penalizaran la falta de colaboración de los infractores al no permitir el acceso a los medios de prueba a su disposición. Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria son un buen instrumento en ese sentido pero los jueces con frecuencia echan de menos

normas más específicas que les permitan extraer consecuencias más concretas.

B) Estándares probatorios

Hablar de estándares probatorios en nuestro derecho no resulta demasiado frecuente. Quizá esa sea la razón por la que nuestro legislador no se ha ocupado de esta cuestión al transponer la Directiva, a pesar de la gran importancia que tiene en la práctica. Un gran número de acciones de daños (no estoy hablando ya solo en el ámbito de la defensa de la competencia sino con carácter general) acaban frustrándose porque el juez aplica un estándar probatorio incorrecto o poco adecuado para el enjuiciamiento de ese caso. En mi opinión, es uno de los problemas más importantes a los que tenemos que hacer frente en el enjuiciamiento de las acciones de resarcimiento. Con mayor motivo en el ámbito de la defensa de la competencia.

Para que se entienda lo que quiero decir, empezaré explicando qué es el estándar de prueba porque pocas veces hemos reparado en esta cuestión ni los jueces ni la doctrina más al uso. La cuestión tiene que ver con el convencimiento judicial y con la actividad probatoria necesaria para conseguir el éxito de convencer al juez acerca de que una alegación fáctica constituye un hecho probado. Si le preguntamos a un juez medio cuánto de convencido tiene que estar acerca de la veracidad de una alegación fáctica, concretamente: i) si muy convencido, con una probabilidad rayana en la certeza absoluta; ii) bastante convencido, con un grado de probabilidad de al menos un 80%; o iii) simplemente convencido, pensando que es más probable que sea cierto a que no lo sea, creo que la respuesta que recibiría esa pregunta se dividiría fundamentalmente entre las dos primeras opciones y muy pocas respuestas se decantarían por la tercera, a pesar de que esta última es la únicamente aceptable en el enjuiciamiento civil.

En los ordenamientos que se han ocupado de una cuestión tan importante, como es el caso de los EE UU, tienen muy claro que el convencimiento depende solo de que sea más probable la veracidad que la no veracidad, de manera que se conforman con un estándar probatorio cercano a una probabilidad de algo más del 50 % y ese es el mismo parecer que expresa la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión en Europa y en nuestro país. En España es una cuestión de la que no se suele ocupar siquiera la doctrina de Derecho Procesal y es preciso acudir a la Teoría General del Derecho para en-

contrar autores que lo hayan hecho, lo que creo que resulta insólito.

Pues bien, esto es, lo que nos ha querido decir la Directiva, que el grado de convencimiento exigible no debe ser especialmente elevado sino que tiene que ser solo el razonable y situado en los parámetros antes mencionados (más probable que sí a que no). En directa relación con ese grado de convencimiento está el esfuerzo probatorio a que se ha de ver obligada la parte. Si el estándar probatorio es muy elevado, como, por ejemplo, es exigible que ocurra en el enjuiciamiento penal, el esfuerzo probatorio que deberán efectuar las partes (particularmente aquella sobre la que pese la carga de la prueba) habrá de ser también muy importante y el riesgo de que no sea considerado por el juez como suficiente será muy alto.

Creo que algo tan importante y que en nuestro ordenamiento tenemos tan mal interiorizado hubiera requerido que nuestro legislador hubiera dicho algo al transpone la Directiva, aunque ello no quita para que la regla de la interpretación conforme con la Directiva pueda ser invocada y obligue al juez civil a seguir un estándar de exigencia probatoria correcto, esto es, moderado y conforme con las dificultades

probatorias que el caso plantee. De forma que, si como regla el estándar probatorio en el enjuiciamiento civil debe ser muy moderado, en el caso del enjuiciamiento de los daños derivados de las infracciones en defensa de la competencia todavía habría de ser más moderado, menos exigente.

El problema que se plantea en esta materia recuerda un poco al que ha venido planteando históricamente en nuestro derecho el enjuiciamiento del lucro cesante. Nuestra actual doctrina jurisprudencial no exigía certidumbre sobre la ganancia sino que se conformaba con algo menos, como podía verse en la STS de 8 de julio de 1996: «*las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva*». Afortunadamente ese criterio fue rectificado, como puede verse en la STS (1ª) de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550) donde se baja el listón y se habla de “*ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso*”. Por tanto, el TS acude a la regla “*id quod plerumque accidit*” (lo que normalmente ocurriría), que permite un enjuiciamiento razonable basado en presunciones judiciales.



Como ocurre en el caso del lucro cesante, en el ámbito de la defensa de la competencia, aquello por lo que se reclama suele ser una hipótesis de daño no una realidad concreta y determinada. Por tanto, hay que tratarla como tal y no exigir una prueba demasiado exigente porque las hipótesis se basan solo en criterios de probabilidad de que puedan llegar a producirse, razón por la que no puede ser exigido mayor esfuerzo probatorio que aquel que permita representarse el daño reclamado como probable. Aquí no existe certeza, existe solo probabilidad y ello constituye un importante inconveniente cuando el juez no acepta ese punto de partida y pretende refugiarse en un estándar probatorio exigente.

La Directiva le está diciendo a ese juez que actúa siguiendo ese criterio que lo está haciendo de manera incorrecta y hubiera sido bueno que nuestro legislador también lo hubiera expresado con la misma o mayor claridad si cabe.

C) Estimación judicial del daño

La tercera idea que recoge la Directiva en su voluntad de reforzar la tutela privada del derecho de la competencia consiste en permitir un método de cuantificación tan peculiar como es el de confiar en el criterio discrecional del juez cuando haya fracasado el esfuerzo de las partes siguiendo las reglas generales sobre la prueba.

Aunque pueda parecer otra cosa, en nuestro país tenemos una larga tradición de cuantificación del daño por estimación judicial pues ese fue el sistema vigente en nuestro enjuiciamiento penal durante decenios. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería *según la regulación del tribunal*, expresión en la que se consideraba ínsita una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba inatacable por vía de recurso. Ese sistema de cuantificación estuvo vigente hasta el año 1995 en que fue modificado el Código Penal, año en el que asimismo entró en vigor el sistema de baremos para los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos de motor.

Ahora bien, que se haya querido dar entrada como sistema de cuantificación a la discrecionalidad judicial para evitar que se frustre el derecho al íntegro resarcimiento no significa que se haya querido postular un sistema como el que acabo de referir que sufrimos en el enjuiciamiento penal en el pasado. En realidad, ese no puede considerarse como un sistema de enjuiciamiento, o al menos como un sistema serio de enjuiciamiento, sino que se trata de algo distinto: un remedio extremo que es razonable que un ordenamiento jurídico acoja. Y de hecho, en la Directiva no se ha incorporado nada nuevo, nada que no existiera ya en algunos ordenamientos jurídicos de forma explícita. En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): *«si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad»*.

En similar sentido, puede verse en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, presentados en Viena en 2005¹, en cuyo art. 2:105 se establece que *«el 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»*.

También en el ámbito del derecho europeo existen precedentes del recurso a la estimación judicial, como ocurre en el caso de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, en cuyo artículo 13 se dispone que cuando las autoridades judiciales fijan los daños y perjuicios:

a) *tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho;*

b) *o como alternativa a lo dispuesto en la letra*

1 Estos Principios no tienen carácter oficial sino que son el producto de una iniciativa privada de diversos juristas de diversos estados integrados en el grupo de trabajo European Group on Tort Law, fundado en 1992. Sobre el particular puede verse más ampliamente los trabajos de uno de los integrantes del grupo de trabajo, el español MARTIN CASALS, Miquel, *Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil*, en *InDret*, Revista para el análisis del derecho, www.indret.com, mayo 2005.

a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una **cantidad a tanto alzado** sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Aunque esa Directiva no ha sido objeto de una transposición especialmente fiel a su letra y a su propia finalidad, la Comisión europea ha publicado unas “Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE” en las que incide en el carácter de valoración discrecional o a tanto alzado y se manifiesta a favor de que los tribunales de los Estados miembros puedan aplicar el criterio de la cantidad a tanto alzado cuando lo consideren oportuno. Es decir, en contra de lo que resulta de la transposición hecha por nuestro legislador o de la interpretación de los tribunales, que han desnaturalizado la norma comunitaria y la han sustituido por un criterio alternativo para la parte consistente en la regalía hipotética. Algún día habrá que reparar ese desajuste.

El art. 17.1 de la Directiva se establece que *«(l)os Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles»*.

Por tanto, aunque pueda existir riesgo de que se pretenda acudir a la estimación judicial para evitar costos y aunque puedan existir buenas razones para justificar que el recurso a la estimación judicial se pueda generalizar en supuestos de litigiosidad masiva, en realidad el remedio que pone a nuestra disposición el legislador europeo no permite que se produzca esa generalización injustificada. Para poder acudir a la estimación judicial es preciso que la parte haya hecho un esfuerzo probatorio razonable y que a pesar del mismo no hayan aflorado los frutos deseados, esto es, no haya sido posible llegar a cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos.

El esfuerzo probatorio que la parte se ve obligada a hacer para que pueda estar justificado acudir a esta forma de cuantificar debe estar referido a “todas las pruebas disponibles”. Hay que entender que “disponibles” para la par-

te actora, sobre la que comúnmente pesara la carga probatoria. Ahora bien, esa disponibilidad no tiene por qué ser directa, esto es, no exige que sea la parte actora quien tenga un control inmediato sobre la fuente de prueba. Aunque la parte que ha de acreditar la cuantía del daño no tenga control directo sobre la fuente de prueba, ello no le exonera de la carga de haber intentado al menos su aportación. De manera que la falta de disponibilidad está relacionada con la imposibilidad de acceso al medio probatorio después de haber intentado aportarlo al proceso.

Por tanto, la imposibilidad de cuantificar o la dificultad excesiva deben juzgarse a partir de que la parte que soporta la carga haya hecho el esfuerzo razonable de acreditación, atendidas las circunstancias, y que el mismo no haya conseguido el fin propuesto por causas independientes de la voluntad de la propia parte. Si no ha existido la diligencia necesaria en el esfuerzo probatorio desplegado por la parte no estará justificado que se pueda acudir al arbitrio judicial. Y si ha existido un esfuerzo probatorio razonable de la parte, tampoco está justificado acudir a la fijación del daño por medio de la estimación si aplicando un estándar probatorio aceptable resultara posible cuantificar siguiendo las reglas generales.

Ahora bien, no resultará fácil determinar cuándo ha existido un esfuerzo razonable por la parte, atendido que son muchos los factores a considerar, tales como las dificultades que entraña el acceso efectivo a las fuentes de prueba, las dudas sobre el éxito que se pueda atribuir a determinados medios y el propio costo de los mismos, que al menos *prima facie* debe ser soportado por la parte.

Tampoco creo que resulte fácil determinar cuándo puede considerarse no acreditada la cuantía del sobreprecio, esto es, cuándo es imposible o excesivamente difícil cuantificarlo. Por lo común, no se trata de un juicio *ex ante* sino *ex post*, que deberá ser realizado por el juez a partir de la prueba practicada. En ese juicio tiene una importancia decisiva el estándar probatorio que el juez aplique; cuanto más elevado sea ese estándar más fácil se justificará acudir al juicio estimatorio; cuanto menos elevado mayor justificación tendrá llevar a cabo ese juicio aplicando las reglas generales.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de lado lo que pueda entenderse por “estimación judicial” del daño. La estimación judicial no creo que suponga, simplemente, confiar en el

criterio puramente discrecional del juez, esto es, un juicio de equidad que pueda presentarse desprovisto de reglas objetivas. En mi opinión el método estimativo no autoriza a tanto; no es razonable que se pretenda simplemente sustituir las reglas generales sobre la prueba por el criterio discrecional del juez, entendido como libre discrecionalidad. A lo que autoriza el método estimativo es más bien a otra cosa, a una valoración flexible en la que el juez no utilizará parámetros seguros o firmes sino meros indicios. Por tanto, la actividad probatoria de las partes, aunque puede que no consiga el convencimiento del juez, estará al servicio, cuando menos, de suministrar esos parámetros indiciarios que deben guiar el criterio estimativo.

Por tanto, aunque la cuantificación se pueda realizar “a tanto alzado”, podríamos decir que con “trazo grueso”, ello no exonera al juez de justificarla adecuadamente y esa justificación exige que acuda a los indicios que le hayan podido suministrar las partes o que de cualquier otra forma hayan sido introducidos en el proceso. En otro caso existe el riesgo de la arbitrariedad y de que el enjuiciamiento del daño en este ámbito se haga siguiendo los patrones de la “justicia del cadí”, como fue común

en el enjuiciamiento penal de hace algunas décadas.

VIII.- LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN

Por otra parte, la Directiva no se limita a establecer las reglas a que nos acabamos de referir en su propósito de facilitar el resarcimiento sino que obliga a los Estados a poner a disposición de los órganos jurisdiccionales una actividad de asesoramiento (art. 17.3 Directiva). Ello obedece a muy buenas razones pues la actividad de cuantificar el daño presenta problemas técnicos cuya resolución suele exceder las capacidades técnicas de las que están provistos los titulares de los órganos jurisdiccionales.

Esa enorme dificultad que plantea cuantificar el daño ha determinado que las autoridades europeas no se hayan limitado a aprobar la Directiva sino que la Comisión europea ha elaborado una valiosa “Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE”, que acompaña a la comunicación número 2013/ C-167/07 de la Comisión sobre la misma materia publicada en el Diario



Oficial de la Unión Europea, número C-167/19, de 13 de Junio de 2013.

Puede decirse que se trata no solo de unas Guías prácticas sino también didácticas, por el tono en el que aparecen escritas y sin duda que creo que ha sido un esfuerzo loable por parte de las autoridades europeas que va a contribuir a traernos luz fuera incluso del ámbito de la defensa de la competencia, en la medida en la que ponen el acento en la dificultad técnica que comporta la valoración del daño y aportan criterios muy valiosos que pueden permitir traer racionalidad a este ámbito, a la vez que contribuir a obtener una mayor eficacia.

Aunque las indicaciones que la Guía incorpora no sean vinculantes para los tribunales, son tan valiosas que no han pasado inadvertidas sino que se han convertido en el eje vertebrador de los diferentes criterios de valoración que se están haciendo servir en los tribunales. Y la razón de ello se encuentra en su propia calidad técnica y en que los Estados, al menos es el caso de España, carecen de criterios legislativos o jurisprudenciales que puedan ayudar a afrontar la cuestión de la cuantificación del daño con el rigor que la misma exige.

Como se afirma en la Guía, *la cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción. Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real* (12).

Por tanto, y sin descartar supuestos concretos en los que puedan existir medios de prueba más directos, supuestos en los que se aplicarán las normas generales sobre la prueba, lo relevante es partir de la idea de que con mucha frecuencia no van a existir medios de prueba directos del daño y habrá que acudir a medios indirectos, medios cuya valoración exige un juicio estimativo. La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor «verdadero» del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones (17).

Afirma que Guía que existen diversos métodos para elaborar un escenario sin infracción

a efectos de cuantificar el daño en acciones de daños y perjuicios en asuntos de competencia (26).

Los métodos más utilizados por las partes y los órganos jurisdiccionales consisten en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma. Estos métodos comparativos toman los datos (precios, volúmenes de ventas, márgenes de beneficio y otras variables económicas) observados en el periodo no afectado o en los mercados no afectados como una indicación del escenario hipotético sin la infracción (27).

La Guía no pretende hacer una exposición cerrada de los métodos que se pueden utilizar para cuantificar el daño sino que se muestra como una exposición abierta, meramente ejemplificativa, que acepta que los métodos no son exhaustivos y están expuestos a evolución. La utilidad de la guía creo que es enorme porque no solo expone y describe métodos sino también reglas técnicas de aplicación, con lo que, aunque pueda aportar un grado alto de complejidad a la valoración del daño, pretende convertirse en un instrumento útil para conseguir racionalidad. Ahora bien, ese alto grado de complejidad parece más adecuado para un escenario de tutela colectiva que de tutela individualizada, por el alto coste que las periciales pueden alcanzar. Y precisamente la tutela colectiva no parece constituir regla general en los procesos iniciados en el ámbito de los cárteles de vehículos.

La Guía expone dos **tipos de métodos**:

- a) Los métodos comparativos, que parten de la premisa de que el escenario de contraste puede considerarse representativo del probable escenario sin infracción y de que la diferencia entre los datos de la infracción y los datos elegidos como comparación se debe a la infracción.
- b) Los métodos no comparativos.

Entre los **métodos comparativos**, a su vez, la Guía desarrolla los siguientes:

- (i) Comparación diacrónica en el mismo mercado.
- (ii) Comparación con datos de otros mercados geográficos.

(iii) Comparación con datos de otros mercados de productos.

(iv) Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados.

Entre los **modelos no comparativos** la Guía hace referencia a los modelos de simulación, análisis basado en los costes y financiero y otros métodos. Los métodos de simulación utilizan modelos económicos de comportamiento del mercado. Otros métodos basan su análisis sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable. El método basado en los costes consiste en utilizar alguna medida de los costes de producción por unidad y añadirle un margen por el beneficio que habría sido «razonable» en el escenario sin infracción (107).

Cada uno de estos métodos y técnicas tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes, que pueden hacerlos más o menos adecuados para estimar el perjuicio sufrido en unas circunstancias concretas. En particular, se diferencian en la medida en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que controlan otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado al solicitante de los daños y perjuicios. Por otra parte, los métodos y técnicas se diferencian en cuanto a su sencillez de utilización y el tipo y la cantidad de datos requeridos.

La decisión con arreglo a la legislación aplicable en cuanto a si debe utilizarse alguno de los métodos y técnicas descritos en la Guía práctica —y, en tal caso, cuál—, puede también depender de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas sobre sus actividades que demuestren que se aplicó realmente un incremento de precios acordado ilegalmente por determinado importe. Y, en cualquier caso, será una decisión que habrá de tomar la parte actora aunque en esa elección no podemos considerar que sea completamente libre sino que ha de procurar que el método elegido sea el que mejor se adecúe a las concretas circunstancias del caso.

Quien está en condiciones de elegir entre los diversos métodos a los que me he referido o bien de hacerlo por cualquier otro es el perito a quien la parte haya encomendado la valoración del daño. De forma que podría decirse que lo

que hace la Guía no es otra cosa que dar carta de naturaleza a los diversos métodos ya conocidos por los peritos, de forma que la parte adversa, al cuestionar el peritaje puede cuestionar el método empleado como poco apropiado, atendidas las circunstancias.

Una de las conclusiones recogidas en la Guía es que ningún método es superior a otro y que todos ellos son relativos, en la medida que pretenden acreditar de forma indirecta o por indicios una situación hipotética. Por ello no descarta la posibilidad de que el método que se utilice no sea único sino producto de una combinación de métodos. En ese sentido afirma en su apartado 125:

«Puede ocurrir que en un asunto dado se contemple la aplicación de varios métodos (por ejemplo, comparación diacrónica y comparación entre mercados geográficos), ya sea de forma alternativa o acumulada. Cuando dos métodos distintos den resultados similares, estas apreciaciones pueden llevar a un ordenamiento jurídico a atribuir mayor valor probatorio a la estimación de daños y perjuicios, posiblemente un límite inferior, basado en estos métodos. Cuando, sin embargo, la aplicación de dos métodos dé resultados aparentemente contradictorios (especialmente cuando las dos partes contrarias se basen en métodos diferentes), por lo general no es adecuado sacar simplemente la media de los resultados, ni sería adecuado considerar que los resultados contradictorios se anulan mutuamente en el sentido de que deben desecharse ambos métodos. En tal situación, sería más conveniente examinar las razones de la divergencia de los resultados y considerar cuidadosamente las ventajas e inconvenientes de cada uno de los métodos y de su aplicación en el asunto en cuestión».

Y, en cualquier caso, concluye que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción. Por tanto, por adecuado que sea el método o métodos elegidos y por bien aplicado que haya sido, las conclusiones obtenidas siempre parecerán legítimamente discutibles. Ello no es *per se* razón suficiente para apartarse de ellas.

Ahora bien, la cuestión más compleja no está en cuál es el método que el perito o los peritos hayan aplicado en su informe sino a partir de qué datos está aplicando el perito el método. En la fiabilidad o no de los datos es donde creo que se juega de forma esencial la partida.

Cuando no existen datos de carácter público que sean fiables, como ocurre en el caso del cártel de los coches y en menor medida también en el de los camiones, la aplicación de cualquier método aparece salpicada de dudas porque los peritos deberán operar con datos dudosos, no contrastados o difícilmente contrastables, con frecuencia obtenidos directamente de la parte infractora y cuya comprobación no resultará fácil. En tales casos, por bien elegido que sea el método, sus conclusiones siempre serán dudosas.

Eso creo que es lo que ha estado ocurriendo en el enjuiciamiento de los asuntos relativos al cártel de los camiones, en los que nos encontramos con periciales muy enjundiosas pero que no nos acaban de convencer (o al menos no nos convencen plenamente) porque no ofrecen una trazabilidad que permita contrastar adecuadamente los datos en los que se basan. Esa es la razón por la que se ha producido una tendencia muy pronunciada a terminar recurriendo a la estimación judicial del daño. Ahora bien, de ello no se sigue que tales periciales hayan resultado inútiles, en la medida en que el criterio estimativo se ha ido determinando con fundamento en esas periciales. Ejemplo de ello lo tenemos en la experiencia de mi propio tribunal. En los primeros pronunciamientos sobre el cártel de los camiones, después de valorar ambas periciales y no acabarnos de creer los datos de los que partían, acabamos acudiendo a fijar el daño en un 5 % del valor de compra del vehículo. Más adelante, otras periciales, sin llegar a convencernos plenamente, nos hicieron ver que el anterior criterio estimativo tampoco era

adecuado, lo que nos ha llevado a corregirlo y fijarlo en el 10 %.

La situación en la que nos encontramos ahora, después de haber dictado unas decenas de resoluciones, es que aún no hemos despejado todas las dudas. La más trascendente de todas es si hemos de juzgar caso a caso en función de las diversas periciales o bien si hemos de optar por mantener un mismo criterio con independencia de las periciales. Cosas de la litigiosidad en masa.

Argumentos no faltan para defender cada una de esas posturas. La ortodoxia procesal parece justificar que se enjuicie cada caso como si fuera nuevo y a partir de la prueba practicada en el juicio. No obstante, no resulta demasiado razonable sostener ese determinismo que parece al servicio de que la función del órgano jurisdiccional sea más la de decidir qué parte ha sido más hábil en la elección de perito que en resolver controversias civiles. Mi opinión personal es que el tribunal, en estos casos sustancialmente idénticos, debe acabar encontrando un camino y aplicando siempre la misma solución. Una justificación para esa toma de postura se encuentra en que las periciales son instrumentos para facilitar al órgano jurisdiccional “máximas de la experiencia humana adquirida” y que el tribunal no puede permanecer impermeable al conocimiento que va adquiriendo cada vez que juzga un asunto. De manera que el conocimiento adquirido (siempre que constituya una máxima de la experiencia humana) lo puede utilizar para resolver casos similares.

