

## La CNMC publica su guía orientativa sobre la cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia

Agosto 2023

**El objetivo es facilitar la labor de todas las partes involucradas en procedimientos de litigación ‘antitrust’ (reclamantes, jueces, abogados y peritos), con un doble fin: (i) asistir a los tribunales en este tipo de procedimientos de naturaleza eminentemente económica, y (ii) divulgar buenas prácticas en la cuantificación de daños derivados de infracciones de competencia.**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha publicado, con fecha 11 de julio de 2023, la [Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia](#), como respuesta al creciente número de procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia que han surgido en los últimos años en España a raíz de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE (la Directiva de Daños).

La guía se presenta como una herramienta para facilitar una de las partes más complejas de los procedimientos de reclamaciones consecutivas *follow-on*: la cuantificación del daño. En concreto, pretende ser un compendio de directrices relevantes obtenidas de la experiencia de la CNMC, la legislación y jurisprudencia aplicables, así como de la literatura económica y jurídica existente sobre la materia, incluyendo los criterios de cuantificación recogidos en la Guía Práctica de referencia elaborada por la Comisión Europea en el año 2019.

Así, la guía de la CNMC propone una serie de normas orientativas comunes para facilitar el cálculo de las indemnizaciones reclamadas por los potenciales perjudicados en procedimientos *antitrust* (esto es, para la cuantificación de la diferencia entre el escenario afectado por la infracción competitiva y el escenario contrafactual que hubiera existido de no haberse producido tal infracción).

Incluye, asimismo, como novedad un apartado práctico para la valoración de informes periciales, que contiene una lista de comprobaciones de los principales métodos de cuantificación de daños, un glosario de conceptos econométricos y estadísticos, así como un ejemplo práctico que sirve como guía tanto para expertos económicos como para jueces.

Adicionalmente, la guía destaca la relevancia de los nuevos mecanismos procesales introducidos tras la trasposición de la Directiva de Daños (singularmente, el acceso a fuentes de prueba articulado por el artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-), como medios que pueden permitir a los potenciales perjudicados preparar adecuadamente las acciones de reclamación de daños.

### Contenido de la Guía de Cuantificación de Daños

En concreto, la guía se estructura en cinco grandes bloques, con el siguiente contenido:

- El **primer bloque (1)** introduce el papel de la CNMC en la aplicación privada del derecho de la competencia, así como el marco jurídico europeo de aplicación, y las principales novedades introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) a raíz de la Directiva de Daños.

Entre otras, y como es conocido: (i) el carácter irrefutable de las resoluciones firmes de las autoridades de competencia española (art. 75.1 de la LDC) y la presunción *iuris tantum* respecto de las infracciones declaradas en resoluciones firmes de autoridades de competencia u órganos jurisdiccionales de otros estados miembros (art. 75.2 de la LDC), (ii) el régimen de prescripción consagrado en el artículo 74 de la LDC, (iii) el mecanismo de acceso a fuentes de prueba del artículo 283 bis de la LEC, (iv) la facultad de estimación judicial del daño del artículo 76.2 de la LDC, (v) la presunción *iuris tantum* del artículo 76.3 de la LDC de que las infracciones calificadas como cárteles causan daño, o (vi) el régimen de responsabilidad solidaria de los sancionados por una conducta anticompetitiva previsto en el artículo 73 de la LDC.

- En el **segundo bloque (2.1)**, la guía realiza una introducción teórica a las diversas tipologías de conductas anticompetitivas sancionadas por la normativa de competencia (esencialmente, conductas colusorias y de abuso de posición de dominio), y a la tipología de efectos que, prototípicamente, dichas conductas pueden tener en el mercado.

Además, la guía analiza algunos extremos que resultan relevantes para el proceso de cuantificación de daños en un procedimiento de aplicación privada del derecho de la competencia. En concreto:

- (i) Por un lado, en la Sección 2.1.2, la guía analiza la problemática de **repercusión del sobrecoste o *passing-on*** (tanto “aguas arriba” como “aguas abajo”), y su relevancia en el proceso de cuantificación de daños, en la medida en que el derecho al pleno resarcimiento únicamente alcanza a los sobrecostes que el potencial perjudicado haya sufrido de forma efectiva (esto es, solo puede reclamarse aquel sobrecoste que el perjudicado no haya trasladado o repercutido a otros integrantes dentro de la cadena de valor).

La Guía recuerda que el análisis de dicha potencial repercusión resulta esencial: (i) por un lado, pues puede servir como elemento de defensa del demandado (trasladándole, eso sí, la carga de la prueba: artículo 78.3 de la LDC). (ii) Y, por otro lado, (ii) porque el análisis de la repercusión en la cadena productiva puede también servir de fundamento de la acción del comprador indirecto (art. 79 de la LDC), teniendo éste la carga de la prueba de la existencia y repercusión del sobrecoste.

Además, la guía analiza las directrices de la Comisión Europea publicadas en el año 2019 en relación con el cálculo de la cuota de sobrecoste repercutida aguas abajo (accesibles [aquí](#)), y repasa los principales factores que, de acuerdo con la teoría económica, pueden afectar a la existencia y magnitud de la repercusión. Entre otros: (i) las características y sensibilidad de la demanda (mayor posibilidad de repercusión cuanto más rígida sea ésta), (ii) la intensidad de la competencia (mayor posibilidad de repercusión si el sobrecoste afecta a varios compradores directos), (iii) la estructura de costes del comparador directo afectado (mayor posibilidad de repercusión si el sobrecoste afecta a los costes variables), (iv) la capacidad de negociación de los compradores indirectos (mayor posibilidad de repercusión cuanto menor sea dicha capacidad) o (v) el nivel de regulación sobre el precio existente en el mercado del producto afectado.

- (ii) Por otro lado, y según avanzábamos, la Sección 2.1.3. se detiene a analizar la posibilidad de **“acceso a datos”** por parte de los intervinientes en un procedimiento de aplicación privada del derecho de la competencia (y muy en particular, el **mecanismo de acceso a fuentes de prueba previsto en el art. 283 bis de la LEC**).

La guía –con una vocación clara de promover la utilización de este mecanismo– remarca la utilidad del acceso a fuentes de prueba como medio para eliminar la posible asimetría de información entre infractor y perjudicado y, a la vez, como herramienta para dotar de mayor rigor a los dictámenes económicos presentados por las partes.

En concreto, la guía resalta tres particularidades relevantes del citado mecanismo, regulado en los apartados 283 bis A) a 283 bis K) de la LEC:

- a) Primero, la posibilidad de recurrir a dicho mecanismo en distintos momentos del proceso judicial: con carácter previo a la demanda, en la demanda o durante la tramitación.
- b) Segundo, la opción de que sean los jueces quienes, a instancia de la parte interesada, soliciten a las autoridades de competencia la exhibición de pruebas que consten en sus expedientes en la medida en que ninguna parte o tercero sean, en una medida razonable, capaces de aportarles (con los límites de exhibición previstos en el artículo 283 bis i) de la LEC, categorizados en tres listas [negra, gris y blanca]).
- c) Y, tercero, la posibilidad de establecer mecanismos para la protección de información confidencial sin perjudicar la efectividad del proceso (dependiendo de las circunstancias de cada caso, y con la debida ponderación de la protección del secreto empresarial y del derecho de defensa).

Sobre la relevancia y extensión de dicho mecanismo de acceso a fuentes de prueba para los procedimientos de litigación privada de derecho de la competencia, nos pronunciamos en su momento [aquí](#) (en relación con la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer* de 16 de febrero de 2023, Asunto C-312/21), y [aquí](#) (en relación con la STJUE *PACCAR/DAF* de 10 de noviembre de 2022, Asunto C-163/21).

- El **tercer bloque (2.2)** de la Guía de cuantificación de daños se centra en las características que debe reunir un informe pericial presentado por cualquiera de las partes en un procedimiento de cuantificación de daños derivado de una infracción de la normativa de competencia (completitud, transparencia y consistencia), y en las claves que deben presidir un informe pericial riguroso en la cuantificación de ese daño.

Así, la guía presenta una serie de “**buenas prácticas**” sobre el contenido de los informes periciales a fin de que éstos puedan ser lo más explicativos posibles. En concreto, destaca las siguientes:

- (i) En primer lugar, la **importancia de que el informe pericial analice y explique las concretas características del sector afectado** –su dimensión geográfica, los factores que determinan la oferta y demanda, la estructura de costes, las preferencias de los consumidores, el nivel de competencia, el grado de madurez del mercado afectado o las dinámicas de interacción entre vendedores y compradores–; pues éste puede influir directamente sobre la selección de la metodología analítica aplicable, y porque conocer las dinámicas del sector puede resultar imprescindible para una correcta cuantificación del daño.
- (ii) En segundo lugar, la guía destaca la **relevancia de la formulación de una teoría del daño y la descripción de un escenario contrafactual**.

Esto es, el informe pericial debe incorporar de forma transparente y coherente una descripción de cómo las conductas anticompetitivas han podido generar el daño

concreto que se intenta cuantificar (la teoría del daño). Y en caso de que el informe concluya en la inexistencia de daño derivado de la infracción, debería presentar una explicación económica de los hechos observados que permiten concluir la inexistencia de dicho daño. Además, debe incluir el análisis de la situación hipotética que hubiera tenido lugar en ausencia de infracción anticompetitiva (escenario contrafactual), a los efectos de poder comparar la situación real del perjudicado con la referida situación hipotética, y con ello poder cuantificar cualquier posible daño sufrido.

- (iii) Seguidamente, la guía destaca la relevancia de que el informe pericial realice **una delimitación temporal de los daños y perjuicios reclamados** en relación con la infracción, de manera razonada y transparente, que, “no tiene por qué coincidir con la duración determinada en la resolución”.

En ese sentido, la guía destaca que la infracción “podría haber comenzado antes de lo recogido en la resolución” (lo que evidentemente, requería de la correlativa prueba), que “una vez iniciada, tarde un tiempo en ser efectiva”, o que sus efectos se prolonguen en el tiempo pese a haber cesado la conducta (el conocido como “efecto rezago” de una conducta anticompetitiva, que igualmente requerirá de la oportuna prueba).

Por demás –y en línea, por cierto, con lo declarado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las primeras sentencias derivadas del cártel de camiones (que analizábamos [aquí](#))– la guía destaca la relevancia de esta delimitación temporal de los efectos de la infracción para la posterior construcción de cualquier modelo econométrico (y los posibles problemas que puede comportar tener en cuenta periodos cercanos al comienzo y final de la infracción).

- (iv) Sentado lo anterior, la guía remarca la **relevancia de seleccionar de forma adecuada las variables relevantes para el análisis económico, y de construir de forma acertada la base de datos del informe pericial**.
- En relación con la selección de las variables relevantes, la guía destaca que, además de las variables habituales (precios, volumen de venta, márgenes empresariales o beneficios), resulta relevante tener también en cuenta el posible efecto sobre las variables de interés de factores ajenos a la conducta competitiva (esto es, dichas variables relevantes pueden diferir no solo por la infracción, sino por otras variables que deben ser tenidas en cuenta a la hora de llevar a cabo cualquier cuantificación del daño).
  - En lo que se refiere a las fuentes para llevar a cabo la cuantificación, la CNMC destaca la relevancia de las fuentes de datos de acceso público, pero reconoce la necesidad de recurrir a fuentes de datos de carácter privado, ya que permiten una mayor desagregación y pueden resultar más adaptadas al caso concreto. En tales casos, la guía resalta la relevancia de explicar con detalle la mecánica para la construcción de la base de datos (fuente original, proceso de recogida de datos, características de la muestra, tratamiento aplicado a la base datos original y, en su caso, posibles limitaciones existentes).

En definitiva, la guía destaca la relevancia de que el informe pericial incluya un apartado descriptivo de las variables seleccionadas y de los datos utilizados y su tratamiento, pues todo ello resulta esencial para poder reproducir o rebatir las conclusiones alcanzadas (y, por demás, para colmar el requisito de “contrastabilidad” de la información que nuestra jurisprudencia exige a este tipo de informes periciales [*vid.* por todas [STS Azúcar II, de 7 de noviembre de 2013](#)]).

- (v) Por último, la guía incide en la **relevancia de que el informe pericial aborde el análisis de la metodología utilizada para la cuantificación, e incluya una explicación detallada de la aplicación de los métodos utilizados** (explicación del método escogido, supuestos e hipótesis adoptados, etc.), así como que éste ofrezca **una explicación comprensible de los resultados alcanzados y su grado de robustez**.

Después de analizar las referidas “buenas prácticas” para la elaboración de informes periciales de cuantificación de daños, la guía concluye este bloque recordando que “las estimaciones basadas en la aplicación automática de un porcentaje promedio de infracciones anteriores, o de lo recogido en la literatura económica pueden conducir a errores importantes”, sin perjuicio de que aquéllas puedan usarse como referencia. Y ello porque, como acertadamente apunta la Guía de Cuantificación de Daños, “cada reclamación, aunque verse sobre la misma conducta que otra, puede tener particularidades que requieren adaptar el método de cuantificación a las circunstancias de la reclamación que se está analizando”.

- Para seguir, el **cuarto bloque (2.3)** de la Guía de Cuantificación de Daños describe, de forma no exhaustiva, los principales métodos de cuantificación de daños (y sus fortalezas y debilidades), clasificándolos en los siguientes:

- (i) **Métodos comparativos** –consistentes, como su nombre indica, en la comparación entre diferentes escenarios a los efectos de alcanzar conclusiones sobre la potencial existencia de sobrecostos como consecuencia de la infracción–, y que, a su vez, pueden incluir: (i) la comparación en el mismo mercado en un momento anterior y/o posterior a la infracción (diacrónica); (ii) la comparación en un mercado geográfico o de productos distinto pero similar (sincrónica o *yardstick*), o (iii) una combinación de ambas (diferencias en diferencias).

La guía remarca que la utilización de métodos comparativos exige que el informe pericial justifique suficientemente “la comparabilidad de los mercados o períodos tomados como referencia”.

- (ii) **Métodos basados en costes y análisis financiero**, que pretenden calcular un valor razonable y probable de la variable de interés (precios, beneficios, etc) –o de la situación financiera de la empresa demandada o demandante– que habría resultado en ausencia de infracción competitiva, para después comparar ese valor con el realmente observado para la misma variable –o situación financiera–, para con ello extraer conclusiones sobre el potencial impacto de la infracción.
- (iii) **Métodos de simulación**, que se basan en la teoría económica e incorporan datos para simular y tratar de predecir el comportamiento de los agentes en el mercado en ausencia de infracción.

- Por último, el **quinto bloque (2.4)** de la Guía de Cuantificación de Daños contiene una explicación de los métodos recomendados para “capitalizar” o “actualizar” el importe del daño sufrido por el potencial perjudicado al momento el que se produce la reclamación (esto es, reflejar el valor temporal del dinero en el tiempo y contemplar en la cuantificación del daño el hecho de que una cantidad monetaria tiene un valor distinto en función del momento en que se materialice). En concreto, la guía explica las diferencias entre la capitalización simple y compuesta y repasa las posibles tasas de capitalización por las que el informe pericial y los tribunales pueden optar para ese proceso.

**Para terminar, la Guía de Cuantificación de Daños** realiza un repaso de las diferencias en la cuantificación del daño causado por un aumento de precios y por prácticas de exclusión (sección

2.5) y, muy relevante, **incluye** en su Sección 2.6. **una lista de comprobaciones o *checklist* para contrastar la fiabilidad de la cuantificación realizada por un informe pericial, y verificar si el dictamen económico presentado “logra explicar de forma razonable el escenario contrafactual”**.

Dicha lista incluye: (i) una serie de preguntas y comprobaciones generales, que permitirán comprobar –tanto a las partes en un procedimiento como a los jueces y tribunales– si el informe pericial aportado colma los requisitos esenciales exigibles, y (ii) además, una serie de preguntas y comprobaciones específicas para cada uno de los distintos métodos de cuantificación a los que la guía se refiere en la sección 2.3.

## Conclusión

Desde que en el año 2017 se traspusiese al derecho nacional la Directiva de Daños, nuestro país ha experimentado un importante *boom* en la –hasta entonces incipiente– aplicación privada del derecho de la competencia. Desde entonces, nuestros juzgados y tribunales han enjuiciado varios miles de procedimientos *follow-on* y *stand-alone* –derivados de distintas infracciones de competencia–, y naturalmente, la calidad y sofisticación de la litigación *antitrust* desde esas *primeras oleadas* (en palabras de nuestro Tribunal Supremo, en relación con las primeras reclamaciones derivadas del cártel de camiones) se han elevado notablemente.

En ese contexto, y transcurridos casi siete años desde la citada trasposición de la Directiva de Daños, la Guía de cuantificación de daños se presenta como una herramienta útil para la práctica jurídica y económica en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia, que permitirá continuar con esa elevación de los estándares de la litigación *antitrust* en nuestro país. Aunque la guía tiene un valor meramente consultivo, sin duda facilitará el ejercicio de acciones de reclamación de daños y contribuirá a divulgar buenas prácticas a la hora de realizar cuantificaciones de daños derivadas de infracciones de competencia, que redundarán en beneficio de todos los agentes implicados en el cálculo de daños (jueces, tribunales y operadores).



## Autores



**Diego Vicente**

Socio

[diego.vicente.perez@garrigues.com](mailto:diego.vicente.perez@garrigues.com)



**Oriol Armengol**

Socio

[oriol.armengol@garrigues.com](mailto:oriol.armengol@garrigues.com)



**Rubén Magallares**

Socio

[rubén.magallares@garrigues.com](mailto:rubén.magallares@garrigues.com)



**Antonio Fabregat**

Asociado

[antonio.fabregat@garrigues.com](mailto:antonio.fabregat@garrigues.com)



**Fiona Radley-Searle**

Asociada

[fiona.radley-searle@garrigues.com](mailto:fiona.radley-searle@garrigues.com)



**María Vizcay**

Trainee

[maría.vizcay@garrigues.com](mailto:maría.vizcay@garrigues.com)

Más información:

**[Resolución de Conflictos: Litigación y Arbitraje](#)**

**[Derecho Europeo y de la Competencia](#)**

# GARRIGUES

Hermosilla, 3

28001 Madrid

T +34 91 514 52 00

[info@garrigues.com](mailto:info@garrigues.com)

Síguenos en:

**[garrigues.com](http://garrigues.com)**



© 2023 J&A Garrigues, S.L.P. | La información de esta página es de carácter general y no constituye opinión profesional ni servicio de asesoramiento legal o fiscal.