

Joaquín López Vallés*
María Vidales Picazo**
Miguel Higuera Maté***
Gabiella Németh Kecskeméti****
Pablo Delgado Cubillo*****

LA GUÍA DE LA CNMC SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La aplicación privada del derecho de la competencia ha cobrado especial relevancia en España en los últimos años, desde la entrada en vigor de la Directiva de daños en 2014. Para conseguir el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios de los agentes afectados por las conductas anticompetitivas, es clave llevar a cabo una correcta cuantificación. Dicha tarea implica confrontar lo ocurrido en los mercados durante la duración de las conductas anticompetitivas con una realidad alternativa (el contrafactual), cuya construcción no resulta siempre sencilla por la multiplicidad de métodos y metodologías disponibles. En este contexto, la CNMC, dentro de sus labores de promoción de la competencia, ha publicado recientemente una guía que tiene por objeto facilitar la labor de cuantificación del daño por infracciones del derecho de la competencia a todas las partes implicadas. El presente artículo muestra una panorámica general del contenido de la guía y sus principales mensajes.

Palabras clave: aplicación privada, reclamación de daños, *amicus curiae*, informe pericial.
Clasificación JEL: C10, D40, K21, L44.

* Técnico Comercial y Economista del Estado. Director de Promoción de la Competencia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

** Técnico Comercial y Economista del Estado. Doctora en Economía. Subdirectora de Análisis Económico en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

*** Técnico Comercial y Economista del Estado. Subdirector Adjunto de Análisis Económico en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**** Doctora en Economía. Técnico de la Subdirección de Análisis Económico en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

***** Técnico de la Subdirección de Análisis Económico en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Versión de agosto 2023.

<https://doi.org/10.32796/bice.2023.3161-3162.7652>

1. Introducción

El derecho de la competencia lo conforman dos vertientes: la pública y la privada. Las autoridades de la competencia son las encargadas de hacer valer la aplicación pública al perseguir y sancionar las conductas empresariales contrarias a la normativa de competencia, en aras del interés público. Por su parte, la aplicación privada del derecho de la competencia la ▷

hacen valer los agentes que han sufrido daños y perjuicios por conductas anticompetitivas, al acudir a los tribunales mercantiles para solicitar el pleno resarcimiento. Dicho resarcimiento consta de tres componentes: el *daño emergente* (la disminución del patrimonio originada por la conducta anticompetitiva), el *lucro cesante* (el incremento del patrimonio que se habría producido si no hubiera tenido lugar dicha conducta) y el *pago de intereses* (la capitalización de la indemnización en el momento en que se abone al reclamante).

Tradicionalmente, en Europa, la aplicación pública del derecho de la competencia ha tenido un peso preponderante, al intentar garantizar el buen funcionamiento de los mercados nacionales y el europeo. Sin embargo, en la última década, con la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE (en adelante, la Directiva de daños¹), la aplicación privada del derecho de la competencia ha cobrado una mayor importancia, al objeto de devolver a la parte perjudicada a la situación en la que habría estado si no hubiera tenido lugar la conducta anticompetitiva².

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tiene entre sus objetivos promover y defender una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, así como su correcto funcionamiento, en interés de los consumidores y usuarios. Por ello, entre sus funciones figuran las de investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, en aras del interés general (artículo 5 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC —en adelante, LCCNMC—).

¹ Transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 9/2017, que introdujo cambios tanto en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) —en cuestiones sustantivas o materiales—, como en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) —en cuestiones procesales de acceso a fuentes de prueba—.

² El artículo 17.2 de la Directiva de daños y el artículo 76.3 de la LDC establecen la presunción *iuris tantum* de que las infracciones calificadas como cárteles causan daños y perjuicios.

Podemos afirmar, por tanto, que la CNMC tiene un papel activo en la aplicación pública del derecho de la competencia. Sin embargo, en lo que se refiere a la aplicación privada, su rol es de carácter consultivo, ya que puede informar sobre los criterios para la cuantificación de los daños, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente (faceta de *amicus curiae*)³. Por consiguiente, en materia de las reclamaciones de daños y perjuicios, la CNMC no forma parte del procedimiento judicial, ni tiene competencias para cuantificar o liquidar las indemnizaciones, sino que aporta conocimientos técnicos y experiencia al órgano jurisdiccional cuando así es requerido por este.

Adicionalmente, la CNMC también tiene funciones de divulgación de la cultura de la competencia, como la elaboración de estudios, informes y guías para la promoción de la competencia efectiva en los mercados y de la regulación económica eficiente (artículo 5.1.h de la LCCNMC). Es por ello que, en julio de 2023, y tras un proceso largo de elaboración que incluyó varias sesiones de trabajo con las partes interesadas y dos consultas públicas⁴, la CNMC ha aprobado la *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (G-2020-03) —en adelante la Guía—, cuyo principal objetivo es «asistir a los jueces y tribunales en la determinación de la indemnización por daños y perjuicios, y divulgar buenas prácticas entre todos los agentes que participan en los procedimientos de cuantificación de daños».

Para ello, la Guía, que tiene un carácter meramente consultivo (no es vinculante jurídicamente) y no exhaustivo, presenta los ▷

³ Esta función de la CNMC está recogida en varias leyes: artículo 15 bis de la LEC, artículo 76.4 de la LDC y artículo 5.2.b de la LCCNMC.

⁴ Se puede consultar la información sobre las consultas en la página web de la CNMC: <https://www.cnmc.es/consultas-publicas/promocion-de-competencia/cuantificacion-danos-v2>

conceptos económicos, estadísticos y econométricos más relevantes para la cuantificación de daños, de manera sencilla, didáctica y rigurosa.

En ella se abordan los aspectos más relevantes para la cuantificación de daños con diferente grado de detalle y profundidad, teniendo, por ello, múltiples destinatarios: desde los jueces y tribunales encargados de enjuiciar las reclamaciones de daños hasta los peritos y letrados especializados, pasando por el público en general.

Aunque no se trata del primer manual que aborda estas cuestiones, la Guía de la CNMC incorpora algunas particularidades que le hacen aportar un valor añadido, como la inclusión de un apartado con recomendaciones sobre el contenido y la estructura de los informes periciales (al objeto de que sean lo más explicativos posibles); una lista no exhaustiva de comprobaciones que busca contribuir a la correcta utilización de los métodos de cuantificación y facilitar la evaluación del grado de robustez del análisis y sus resultados; y cuatro anexos orientados a facilitar la comprensión de los conceptos más técnicos y la aplicación práctica de los métodos más utilizados en materia de cuantificación. Asimismo, la Guía agrupa en un único documento las directrices más importantes para la cuantificación de daños que estaban dispersas en varios materiales, al objeto de facilitar el acceso a la información relevante⁵.

El presente artículo pretende ofrecer una panorámica general del contenido de la Guía de la CNMC, estructurándose de la siguiente manera. En primer lugar, se abordan algunas

cuestiones generales, como las conductas anticompetitivas sancionables y los agentes involucrados o la repercusión del sobre coste. En segundo lugar, se presentan las principales recomendaciones respecto al contenido y la estructura de los informes periciales. En tercer lugar, se muestran los tres métodos más habituales de cuantificación de daños (métodos comparativos, métodos basados en costes y análisis financiero, y modelos de simulación). En cuarto lugar, se aborda la importancia de la capitalización del daño en lo que respecta a los métodos más utilizados para su cálculo, las tasas de capitalización y la delimitación temporal de los intereses. En quinto lugar, presenta las principales diferencias en la cuantificación del daño causado por un aumento de precios y por prácticas de exclusión. Finalmente, se presentan las conclusiones y las referencias bibliográficas.

2. Cuestiones generales

2.1. Conductas anticompetitivas

Como bien recuerda la Guía, existen dos tipos de conductas anticompetitivas que pueden dar lugar a reclamaciones de daños y perjuicios, y que están reguladas tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 101 y 102) como en el ordenamiento jurídico español a través de la LDC (artículos 1 y 2): *conductas colusorias* (p. ej., acuerdos para fijar precios, cantidades, condiciones comerciales, reparto de mercado —el más paradigmático son los cárteles—) y *abuso de posición dominante* (conductas de una o varias empresas con posición de dominio que restringen u obstaculizan la competencia en el mercado y que pueden ser de tipo ▷

⁵ Entre los principales manuales tenidos en consideración por la CNMC para la elaboración de la Guía figuran, entre otros, Comisión Europea (2013, 2015, 2019 y 2020), CNMC (2018 y 2020), Tribunal Mercantil de Barcelona (2019), RBB Economics y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (2016), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2011) y Oxera (2009).

excluyente —p. ej., precios predatorios—, o de explotación —p. ej., precios excesivos o prácticas discriminatorias—).

Las conductas de carácter explotativo (habitualmente causadas por cárteles y abusos de explotación), suelen generar efectos en el mercado de carácter vertical, al concentrarse los daños generalmente en compradores o proveedores. Los daños que ocasionarían este tipo de conductas tienen dos dimensiones: efecto precio (el perjudicado paga unos precios más altos respecto a los que resultarían en ausencia de la infracción —se suele identificar con el daño emergente—) y efecto volumen (el perjudicado repercute parte del sobrecoste a sus compradores, que verán disminuidas sus ventas y sus beneficios respecto a la situación sin infracción —se suele identificar con el lucro cesante—).

Por su parte, las conductas excluyentes (habitualmente causadas por abuso de posición dominante) suelen generar efectos en el mercado de carácter horizontal, afectando a los competidores y ocasionándoles, generalmente, un lucro cesante, aunque también pueden perjudicar a los consumidores o los proveedores por los cambios en los precios.

Todas estas conductas pueden generar daños y perjuicios a una variedad de agentes, que van desde compradores directos e indirectos hasta proveedores y competidores del infractor. Todos ellos son potenciales reclamantes de indemnizaciones.

2.2. Repercusión del daño

Es posible que los agentes que hayan sufrido el daño trasladen a sus compradores directos parte o la totalidad del daño sufrido. Es lo que se conoce como repercusión del

sobrecoste (*passing-on* en inglés), al que la Guía de la CNMC le dedica un apartado.

Esta conducta conlleva que el agente que inicialmente sufrió el daño vea reducido o incluso anulado el mismo en detrimento de los compradores indirectos, quienes pueden verse perjudicados por la conducta competitiva acaecida *aguas arriba*. En consecuencia, la cuantificación de daños debe verse ajustada ante la presencia de repercusión, ya que el derecho al pleno resarcimiento únicamente aplica a los sobrecostes que el perjudicado haya sufrido de manera efectiva.

Así, es habitual hablar de dos vertientes de la repercusión del sobrecoste en la reclamación de daños:

1. *Vertiente defensiva o «escudo»*: el infractor (demandado), alega, ante reclamaciones formuladas contra él por un comprador directo o indirecto (demandante), que parte del daño causado ha sido repercutido *aguas abajo* por el demandante y que, por lo tanto, el daño sufrido por este se ha visto reducido o eliminado (artículo 78.3 de la LDC). En este caso, la carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado.
2. *Vertiente ofensiva o «espada»*: en este supuesto, el comprador indirecto (demandante) alega haber sido perjudicado a través de la repercusión del sobrecoste causado por la conducta *aguas arriba* (artículo 79 de la LDC). En este caso, la carga de la prueba de que el sobrecoste existe y se repercutió recaerá en el demandante.

Por último, es importante destacar que la existencia y la cuantía de la repercusión ▷

dependen de diversos factores como la sensibilidad de la demanda y su poder compensatorio, la intensidad competitiva, la estructura de costes, el entorno regulatorio o la existencia de productos sustitutivos.

3. Buenas prácticas relativas al informe pericial

En las reclamaciones judiciales es habitual la presencia de informes o dictámenes periciales de ambas partes en los que se suelen incluir cuantificaciones alternativas de los posibles daños. En este contexto, la Guía incorpora un apartado amplio con una serie de recomendaciones no exhaustivas ni vinculantes para que los informes sean lo más explicativos posibles. En este sentido, la CNMC recomienda que los informes periciales respeten los principios de completitud (que incorporen toda la información necesaria para ser entendidos y replicados), transparencia (que se presenten los datos utilizados y su tratamiento con un lenguaje sencillo) y consistencia (que no existan incoherencias).

Así, en primer lugar, para comprender adecuadamente el desarrollo y los efectos de la infracción anticompetitiva es necesario tener un conocimiento profundo del sector que se plasme de manera adecuada en el informe pericial. Además, es importante que el informe pericial incorpore la descripción de cómo las conductas anticompetitivas han podido generar el daño concreto que se intenta cuantificar (la teoría del daño) de una manera transparente y coherente con la teoría económica y la realidad descrita, incluso en el supuesto de que el demandado considere que el daño es inexistente.

En segundo lugar, la Guía de la CNMC destaca otras dos cuestiones relevantes a

considerar en el informe pericial: la correcta selección de las variables para la cuantificación del caso concreto y la construcción de la base de datos para llevar a cabo el análisis (el acceso a los datos cobra especial relevancia en la cuantificación de daños, dada la existencia de asimetrías de información entre ambas partes)⁶. La elección de las fuentes disponibles, que pueden ser públicas o privadas, dependerá de su fiabilidad, calidad, representatividad y accesibilidad. Además, es fundamental que el tratamiento de la base de datos sea transparente y replicable, para lo que puede ser útil incluir un apartado específico en el que se ofrezca un descriptivo de las variables disponibles, las variables seleccionadas y las decisiones metodológicas tomadas.

Por último, es necesario que el informe pericial aborde la metodología utilizada para calcular la cuantificación del daño resultante. Como se verá en el siguiente apartado, no existe un *numerus clausus* en cuanto a las metodologías empleadas, pudiendo, entre otros, abarcar técnicas estadísticas sencillas o técnicas econométricas.

En todo caso, se recomienda que el informe pericial explique detalladamente cómo se ha obtenido el resultado de la cuantificación y el grado de robustez del modelo utilizado (para ello, se suelen utilizar análisis de sensibilidad en los que se exponen de manera argumentada las posibles diferencias encontradas al realizar cambios menores en la metodología empleada con el fin de comprobar cómo la ▷

⁶ Existen diferentes posibilidades en cuanto al acceso a fuentes de prueba, dependiendo de factores como la disponibilidad de información en un expediente de una autoridad de competencia, el momento del proceso judicial en el que se pretende el acceso o la sensibilidad y confidencialidad de la información. Dichas posibilidades de acceso se articulan a través de mecanismos procesales como la censura (o disociación de información), los círculos de confidencialidad o el nombramiento de expertos distintos a los peritos designados por las partes.

especificación, los supuestos o el conjunto de variables incluidas influyen en el resultado).

En este sentido, la CNMC afirma en la Guía que cada reclamación de daños tiene sus propias particularidades, por lo que aplicar los porcentajes utilizados en infracciones previas o en la literatura económica puede conducir a errores importantes, y utilizar exclusivamente sentencias previas para llevar a cabo las estimaciones de daños debería ceñirse a casos con el suficiente grado de similitud.

4. Los métodos de cuantificación del daño

La Guía de la CNMC presenta los métodos más habituales en la cuantificación de daños; no obstante, la selección no pretende ser exhaustiva, por lo que la utilización de otros métodos puede ser igualmente válida con tal de que su elaboración y presentación siga las mejores prácticas y dé resultados precisos, considerando las peculiaridades de cada caso (p. ej., limitaciones en el acceso a la información, recursos y tiempo de elaboración disponible).

Los distintos métodos tienen diferentes enfoques (comparación de periodos, mercados, utilización de costes, simulaciones, etc.) y niveles de profundidad (técnicas estadísticas sencillas o econométricas, modelos de forma reducida o estructurales, etc.), y se pueden utilizar de manera complementaria. No obstante, cabe señalar la potencial dificultad de comparar los distintos métodos, puesto que cada uno emplea suposiciones para una consistencia interna propia. Por ello, lo recomendable en cada cuantificación del daño es analizar y tratar con transparencia si los métodos escogidos se han aplicado de forma adecuada, además de

señalar las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

4.1. Métodos comparativos

Los métodos comparativos contrastan los resultados del escenario observable (real) con otro hipotético (contrafactual⁷) basándose en la comparabilidad (similitud) entre mercados, productos o periodos afectados versus no afectados por la infracción. En este marco se pueden distinguir dos tipos de métodos: por un lado, el método *diacrónico* (o comparación temporal) considera solamente a un mercado o producto, pero en distintos momentos de tiempo: antes, durante y después de la infracción; y, por otro lado, el método *sincrónico*, que compara varios mercados o productos similares. En ambos casos, el punto clave está en la justificación de la comparabilidad (que se puede realizar mediante técnicas estadísticas o econométricas), buscando aislar el efecto de la infracción de otros potenciales factores sobre la variable de interés.

La ventaja principal del método diacrónico reside en una comparabilidad más probable de las características del mercado o del producto entre los escenarios factuales y contrafactuales en comparación con el método sincrónico, ya que en el primero se utiliza el mismo mercado o producto, pero en distintos periodos (antes, durante o después de la infracción). No obstante, para su aplicación es necesario que la estructura del mercado no haya cambiado durante los periodos considerados.

Por su parte, la aplicación del método sincrónico requiere una demostración de la ▷

⁷ El escenario contrafactual es aquel que se habría producido si no hubiera tenido lugar la conducta anticompetitiva.

similitud de los mercados o productos seleccionados. Para ello, se pueden tener en cuenta distintos factores, tales como la dimensión geográfica y económica, diferentes características de la demanda y de la oferta, junto con el grado de concentración y de competencia. Como señala la Guía de la CNMC, tanto la regulación como la madurez del mercado y el mecanismo de fijación de precios son circunstancias relevantes para determinar la similitud de las dinámicas de mercados o productos de los escenarios real y contrafactual.

En los últimos años, un tercer método comparativo ha ido cobrando mayor relevancia. Se trata del método de *diferencias en diferencias*, que combina la comparación temporal y de mercado. Se trata de una comparación del comportamiento de la variable de interés en el tiempo (el mercado o producto observado en el periodo de la infracción versus antes o después de la misma) y otra comparación contrastando el mercado o producto afectados por la infracción con otros donde la infracción no haya tenido lugar. Al aplicar una técnica de doble diferenciación, este método ayuda a aislar los efectos de la infracción de los factores diferenciadores pero constantes en ambos mercados en el tiempo y también de factores que hayan cambiado en el tiempo, pero que sus efectos hayan sido parecidos.

Ahora bien, para aplicar esta metodología de diferencias en diferencias es necesario que se cumpla el supuesto de *tendencias paralelas*. Así, antes de realizar la cuantificación del daño con este método, se debería demostrar (de forma gráfica o empírica) que la variable de interés en los escenarios real y contrafactual evoluciona de la misma forma antes o después de la infracción. Con todo ello el objetivo es poder concluir con un nivel de seguridad aceptable (significatividad estadística alta) que la

evolución de esta variable clave habría sido similar en ausencia de infracción.

No obstante, cabe señalar dos dificultades de esta metodología: resulta complicada la delimitación de los periodos y la elección de mercados similares, y suele requerir acceder a información más detallada y granular.

4.2 Métodos basados en costes y análisis financiero

El siguiente conjunto de métodos destacados por la Guía de la CNMC se refiere a aquellos que se basan en los resultados financieros, los cuales permiten calcular un valor razonable de la variable de interés (precios, beneficios, márgenes, rentabilidad, etc.) que se habría producido en ausencia de infracción. Una vez obtenido ese valor, y con el fin de hallar el daño causado en términos monetarios, se realiza una comparación con el valor real de la variable de interés. Esta comparación se puede realizar mediante métodos basados en costes o en un análisis financiero.

Por un lado, el *método de costes* toma como referencia el coste por unidad de producción, al que se aplica un margen empresarial «razonable» para obtener un precio razonable en ausencia de infracción. Las principales dificultades de este método son la obtención de los datos de costes⁸ y la selección del margen razonable⁹. Dichas dificultades pueden implicar ▷

⁸ A la hora de hallar los costes unitarios, los problemas más frecuentes son: la falta de disponibilidad de la información contable de forma pública, la falta de coincidencia de los conceptos económicos y contables, la existencia de empresas multiproducto o el potencial efecto de reducción de eficiencia productiva y el consecuente aumento de coste en caso de cárteles.

⁹ Para una justificación del margen aplicado se pueden emplear distintos enfoques, como, por ejemplo: i) utilizar medias, medianas o la moda del margen del sector en cuestión; ii) utilizar los márgenes de la empresa afectada antes o después de la infracción, iii) inferir un margen razonable del mercado afectado teniendo en cuenta las características del mismo.

cálculos adicionales (p. ej., acudir a fuentes indirectas, o deducir costes a partir de los resultados contables, realizar extrapolaciones o intrapolaciones de resultados de otras zonas o de niveles de resultados, entre otros).

Por otro lado, el *método financiero* aproxima la situación financiera (generalmente, la rentabilidad) en términos monetarios o porcentuales en ausencia de infracción. Este método es especialmente útil en reclamaciones de lucro cesante. En una primera etapa, se calcula la rentabilidad de la empresa; mientras que, en una segunda, se busca definir un contrafactual que permita estimar cuál habría sido el beneficio en ausencia de infracción, a través de cualquiera de los métodos comparativos ya descritos (p. ej., la rentabilidad antes y después de la infracción, o la comparación de la rentabilidad a lo largo del tiempo con otra empresa de un mercado y características similares). Tal y como señala la Guía de la CNMC, la principal ventaja de los métodos financieros se encuentra en la accesibilidad y fiabilidad de ciertos datos contables y financieros que son públicos de acuerdo con las normas de contabilidad. Sin embargo, puede ser complicado aislar el impacto de la infracción sobre el desempeño financiero de otros factores; además, pueden surgir problemas para definir la rentabilidad tanto en el escenario contrafactual como en el real.

4.3. Modelos de simulación

Los modelos de simulación permiten aproximar el comportamiento de los agentes en el mercado basándose en la teoría económica desde la perspectiva de los modelos de organización industrial y la teoría de juegos. La principal ventaja de estos modelos es que tratan

de explicar la variable de interés considerando simultáneamente las relaciones económicas subyacentes entre los distintos factores de oferta y demanda, como la elasticidad de la demanda o la estructura de costes de las empresas.

Además de poder simular el equilibrio en el mercado, otra ventaja de estos modelos es su capacidad de representar escenarios con diferentes suposiciones acerca del comportamiento de las empresas y sobre el tipo de interacción competitiva entre ellas, como la competencia perfecta o la imperfecta (monopolística, de oligopolio, etc.). Sin embargo, como principal inconveniente destaca su elevada exigencia tanto a nivel teórico (construcción y estimación del sistema de ecuaciones) como respecto al acceso a datos que permitan la simulación simultánea de la demanda y la oferta.

5. La capitalización del daño

Como se ha indicado anteriormente, la LDC dispone que el pleno resarcimiento ante una infracción del derecho de la competencia «comprenderá la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses». Esto implica que, una vez estimado el daño en el momento de la infracción, hace falta expresarlo en términos presentes a través del pago de intereses. Un proceso que se conoce como capitalización, y se realiza aplicando una tasa o tipo de interés. La capitalización permite corregir el efecto que tiene el paso del tiempo sobre el valor del dinero debido a la inflación o la rentabilidad de las inversiones, entre otros motivos.

Generalmente, la capitalización del daño es una cuestión a la que no se suele dedicar demasiada atención, pese a que puede suponer ▷

una parte relevante de la compensación total, especialmente si el daño se prolongó en el tiempo.

Conforme indica la Guía de la CNMC, la capitalización del daño puede realizarse con dos métodos: simple o compuesto. En la *capitalización simple*, el valor resultante es la suma del capital inicial y los intereses que se generan en cada periodo, aplicando para su cálculo la tasa de capitalización elegida al capital inicial. En cambio, en la *capitalización compuesta*, se aplica en cada periodo la tasa de capitalización al capital inicial más todos los intereses generados en los periodos previos. El método compuesto, al considerar que los intereses se pueden reinvertir, resulta más completo.

Otra cuestión fundamental es determinar cuál es la tasa de capitalización o tipo de interés que debe aplicarse. En caso de estar capitalizando un daño producido en el pasado, a mayor tasa de capitalización, mayor será el daño equivalente en valor presente, y viceversa. Aunque no existe un consenso claro en la literatura, en la Guía de la CNMC se recogen, de manera no exhaustiva, varias tasas que podrían utilizarse, como el tipo de interés legal, el tipo de interés libre de riesgo, el coste de la deuda del demandado o del demandante y el índice de precios al consumo (IPC).

También es importante considerar que, mientras que los intereses aplicados entre el momento en que se produce el daño y la fecha de la sentencia de primera instancia deben ser reclamados expresamente por el demandante y tienen un fin compensatorio, a partir de la sentencia, el interés lo aplica de oficio el órgano jurisdiccional y su cuantía está fijada por ley (artículo 576 de la LEC).

En definitiva, capitalizar la indemnización adecuadamente, al tener en cuenta los cambios

en el «valor temporal del dinero», permite expresar en las mismas unidades monetarias daños producidos en distintos momentos del tiempo y es una parte importante de la cuantificación de daños para conseguir el pleno resarcimiento.

6. Diferencias en la cuantificación del daño causado por un aumento de precios y por prácticas de exclusión

Lo habitual es que las reclamaciones de daños se deban a infracciones que generen sobrepuestos (notablemente, los cárteles). Sin embargo, las conductas de exclusión también pueden ocasionar daños y perjuicios, por lo que la Guía de la CNMC también dedica un apartado a mostrar las particularidades de la cuantificación de los daños ocasionados por este tipo de infracciones.

Como se ha indicado anteriormente, estas conductas pueden adoptar múltiples formas, como los precios predatorios, el estrechamiento de márgenes o la negativa de suministro, entre otras. Y, por lo general, se pueden distinguir tres etapas en una conducta excluyente:

- *Desgaste*. Esta fase empieza con la materialización de la conducta excluyente y finaliza cuando la infractora consigue reducir la cuota de mercado del competidor o expulsarlo temporal o definitivamente del mercado.
- *Recuperación*. La infractora puede usar su mayor poder de mercado (por el deterioro de la situación de sus competidores) para incrementar los precios y compensarse de la pérdida de beneficios durante la etapa de desgaste. ▷

- *Reactivación.* Este último periodo empieza tras concluir la conducta excluyente y se caracteriza por el progresivo restablecimiento de la competencia.

Entre las particularidades de la cuantificación de las conductas de exclusión destacan, en primer lugar, las diferencias entre los agentes afectados y la naturaleza del daño. Por un lado, los cárteles y otras conductas que generan sobreprecios perjudican fundamentalmente a los compradores (daño emergente). Con las conductas excluyentes, los principales perjudicados suelen ser los competidores, que sufren daños por las menores ventas (lucro cesante). En cambio, el efecto sobre los compradores no siempre es claro, pudiendo ser tanto negativo (si la conducta lleva, en última instancia, a un incremento de precios o a un deterioro de la calidad) como positivo (p. ej., si en la fase de desgaste se benefician de precios inferiores). Por otra parte, las empresas que proveyesen a los competidores excluidos podrían verse también perjudicadas.

Otra diferencia notable es que el perjuicio generado por los cárteles suele ser más directo, dando lugar a una situación con una estructura de mercado similar a la contrafactual, pero con un precio mayor y una cantidad inferior. En contraposición, las conductas excluyentes generan con mayor frecuencia cambios en la estructura del mercado, haciendo que sea más complicado volver a la situación de partida y establecer un modelo que capte estas circunstancias.

Adicionalmente, suele haber más dificultad para recabar los datos necesarios para la cuantificación de daños derivados de conductas excluyentes, en la medida en que estas prácticas expulsan a algunos competidores o impiden

que entren nuevas empresas (por lo que la disponibilidad de datos posteriores a la conducta anticompetitiva es menor). Esto no suele suceder en los casos de cárteles: los compradores perjudicados normalmente pueden seguir adquiriendo los productos afectados por la infracción, aunque, generalmente, a un precio mayor o en una cantidad menor.

7. Conclusiones

Como se ha expuesto a lo largo del presente artículo, la vertiente pública y la privada del derecho de la competencia son confluyentes, ya que la segunda coadyuva a la consecución de la primera, amplificando la labor de las autoridades de la competencia en su lucha contra las conductas anticompetitivas. Esto se debe a que la aplicación privada no solo permite extender los efectos positivos de la competencia efectiva en los mercados a todos los agentes económicos, sino que también disuade a las empresas de tener comportamientos anticompetitivos.

En los últimos años, la aplicación privada del derecho de la competencia ha cobrado una gran relevancia tanto en España como en Europa, debido, principalmente, a las litigaciones en masa que se están produciendo en el marco del cártel de camiones¹⁰ y el de fabricantes y distribuidores de automóviles¹¹. En el primer caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre algunos aspectos materiales como el contenido y alcance de la Decisión de la Comisión Europea, la presunción de existencia del daño, la estimación judicial ▷

¹⁰ Decisión de la CE del 19 de julio de 2016 (2017/C 108/05) contra MAN, Daimler, VOLVO, DAF e IVECO; y Decisión de la CE del 27 de septiembre de 2017 contra Scania (2020/C 216/07).

¹¹ Expediente S/0482/13 –Existencia de práctica prohibida– fabricantes y distribuidores de automóviles.

de la indemnización o el devengo de intereses para capitalizar dicha indemnización¹².

Sin embargo, como pone de manifiesto el alto tribunal y la propia CNMC en su Guía, la cuantificación del daño es un ejercicio complejo y puede presentar dificultades en algunos casos. En primer lugar, porque requiere la comparación de una situación real (en la que se encuentra el perjudicado) con una situación hipotética o contrafactual (en la que se habría encontrado en ausencia de infracción). En segundo lugar, porque no existe una única metodología para la cuantificación, sino que se dispone de múltiples métodos; todos ellos, *a priori*, igualmente válidos si se acreditan suficientemente y de manera transparente los motivos de su elección, se aplican una serie de cuidados metodológicos y los resultados alcanzados son robustos y consistentes.

Ante esta complejidad, la Guía de la CNMC, elaborada en el marco de sus funciones de promoción de la competencia, pretende arrojar algo de luz en materia de cuantificación del daño tanto a jueces y tribunales como a peritos, letrados y perjudicados efectivos o potenciales de conductas anticompetitivas.

La Guía tiene un carácter puramente consultivo y su valor añadido recae en la presentación de manera sencilla y divulgativa, pero con profundidad y rigor, de los principales conceptos económicos, estadísticos y econométricos necesarios para la cuantificación de daños, al

objeto de facilitar la elaboración y evaluación de los informes periciales a todas las partes implicadas. Aspira, por tanto, a convertirse en un referente en la divulgación de buenas prácticas y a facilitar el ejercicio de la acción de reclamación de daños.

Bibliografía

Comisión Europea. (2013). *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* (Documento de trabajo de los servicios de la Comisión). https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c_en?filename=damages_actions_quantification_practical_guide.zip

Comisión Europea. (2015). *DG Competition. Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*. https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf

Comisión Europea. (2019). Comunicación (2019/C267/07). Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto. *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º 267, de 9 de agosto de 2019. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=ES)

Comisión Europea. (2020). Comunicación (2020/C242/01) de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º 242, de 22 de julio de 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0722%2801%29>

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2018). *Guía para la presentación de* ▷

¹² STS 923/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2492); STS 924/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2472); STS 925/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2495); STS 926/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2473); STS 927/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2475); STS 928/2023, de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2474); STS 939/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2476); STS 940/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2477); STS 941/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2497); STS 942/2023, de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2478); STS 946/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2479); STS 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480); STS 948/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2493); STS 949/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2494); STS 950/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2496).

informes económicos en la Dirección de Competencia en la CNMC. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/Guia%20presentaci%C3%B3n%20informes%20economicos%20en%20la%20DC%20CNMC.pdf

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2020). *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007.* https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/20200604_Gu%C3%ADa_Confidencialidad_CNMC.pdf

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2023). *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia. G-2020-03.* <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-03>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2011). *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition*

Agencies [OCDE Competition Committee, Policy Roundtables]. <https://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>

Oxera. (2009). *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission.* <https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Quantifying-antitrust-damages-1.pdf>

RBB Economics y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. (2016). *Study on the Passing-On of Overcharges. Final report. Study prepared for the Directorate-General for Competition of the European Commission.* <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>

Tribunal Mercantil de Barcelona. (2019). *Protocolo de protección del secreto empresarial en los Juzgados Mercantiles.* Sección de Derecho de la Competencia. https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Noticias/2019/2019_11_22_Protocolo_Proteccion_Secreto_Empresarial_en_los_JM.pdf