

**A note on the judicial estimation of the damage in actions for infringement of the rules of Competition Law when the quantification by experts attempted by the injured parties fails.**

**by**

**Purificación Martorell Zulueta**

**Magistrada de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**

**KEYWORDS: DAMAGES DIRECTIVE, DAMAGES CLAIMS, DAMAGES QUANTIFICATION, COURT POWER TO ESTIMATE THE AMOUNT OF HARM.**

**ABSTRACT**

One of the main problems faced by national courts when ruling on damages actions for infringement of European competition rules is the quantification of damages. The problem of judicial estimation of damage manifests itself in all the State Member jurisdictions, with particular reference to those of those States that have not established a presumption by reference to a percentage, as has been done by Hungary, Latvia or Romania.

The Spanish experience, which coincides with that of other jurisdictions, highlights the fundamental problems that arise as a result of the asymmetry of information of the experts who act before the courts, the complexity of the techniques they use, the lack of soundness of their results, which are also often extremely disparate.

In order to establish the disparity of expert conclusions on the same facts, the Spanish experience is analyzed around six different reports provided by different injured parties within the claims of the cartel of the truck manufacturers.

A strict comparison of the results of the reports analyzed in Spain shows a range - only taking into consideration the averages - between 12.97% and 37.28%.

This entry reviews the different expert reports presented by claimants before the Spanish courts, citing cases relating to each of them, and reflects on how a judge should act when the expert reports are not convincing when it comes to quantifying the damage. The paper includes references to the German experience described in the paper published last July by Thomas Thiede under the title " How to estimate cartel damages ", and to the Judgment of the Court of Naples of 6 July 2021.

The reflection is made in a context, that of the truck cartel, in which neither Directive 2014/104/EU nor the national regulations transposing it in each Member State are applicable *rationae tempore*.

The aim of this paper is to identify the elements that, in an atmosphere in which the opinion of the experts does not provoke a judicial conviction as to the extent of the damage claimed, allow effective compensation for damages in antitrust actions.

From the Spanish perspective, the main factors that must be taken into consideration in order to make a judicial estimate of the damage to be compensated, when the necessary conditions are met for the action to succeed, are: 1. Degree of effect on the market 5. Possible exclusion of effects 6. Price and effect on the demand of the cartelized product. 7. Impact of external factors on the price.

The paper compares these factors assessed by the Spanish courts for the judicial estimation of the damage in the absence of a presumptive rule, with the proposals of the article published by Thomas Thiede in relation to the German judicial experience (flexible system and identification of the factors that affect the price increase and its quantification).

Last it shall be remarked the need to undertake the analysis of the issue through the creation of research groups composed of judges, academics specialized in the field, together with the officials of the D.G. Competition, in order to deepen the search for solutions in the European environment of compensation for damages arising from the infringement of the rules of competition.

## **INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DE OBJETIVOS.**

Dice Thomas Thiede en un artículo publicado el 7 de junio de 2021 bajo el título “How to estimate cartel damages”:<sup>1</sup> *“These expert opinions are, however, very time-consuming and expensive as the experts also suffer from asymmetry of information on the cartellists’ anti-competitive conduct. Hence, experts perform data forensics and apply difficult economic methodologies with often weak results. Numerous econometric expert opinions in identical cases provide for drastically different outcomes”*. Esto es: 1) Las opiniones de los expertos requieren mucho tiempo y son costosas, 2) los expertos adolecen de asimetría de información sobre la conducta anticompetitiva de los cartelistas 3) los peritos realizan análisis forenses de

---

<sup>1</sup> [competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/06/07/how-to-estimate-cartel-damages/](https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/06/07/how-to-estimate-cartel-damages/)

datos y aplican metodologías económicas difíciles con resultados a menudo débiles. 4) Numerosas opiniones de expertos econométricos en casos idénticos proporcionan resultados drásticamente diferentes.

Esta reflexión es acorde con la experiencia que hemos constatado de nuestra perspectiva como jueces en la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia – acorde con la de otras Audiencias españolas - con ocasión de la solución de un buen número de reclamaciones planteadas en el seno del denominado cártel de los fabricantes de camiones, para el resarcimiento de daños derivados del sobrecoste sufrido por los adquirentes de estos vehículos en el período de cartelización (1997 a 2011)<sup>2</sup>.

Con origen en una misma Decisión de la Comisión Europea (la de 19 de julio de 2016), los resultados alcanzados por los distintos expertos de los diferentes grupos de clientes que han encomendado las pericias, no sólo no son coincidentes, sino que se mueven en bandas de cuantificación ciertamente dispares desde la perspectiva de quienes se consideran perjudicados por la infracción<sup>3</sup>. Se desprende de nuestras Sentencias (de las que identificaré cinco en las que se analizan cada una de las distintas periciales sometidas a nuestra consideración hasta el momento) y también de las dictadas por otras Audiencias Provinciales (respecto de informes que no han llegado a nuestra sección), y de las reflexiones que, en alguna ocasión, he realizado dentro de los programas de formación para Jueces patrocinados por la Universidad de Valencia<sup>4</sup>, o en el seno de los cursos del Consejo General del Poder Judicial<sup>5</sup>.

Esta entrada tiene por objeto:

- 1) Constatar la realidad de la afirmación que encabeza estos apuntes, mediante una somera referencia a cinco sentencias de la Sección 9ª de la Audiencia de Valencia relativa a cinco informes distintos aportados por los perjudicados para la cuantificación del daño, a la que se añade la concerniente a la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 1 de julio de 2021, que se ocupa del análisis de un sexto dictamen.

---

<sup>2</sup> Y en el marco del cártel de los sobres de papel por las Audiencias de Madrid y Barcelona.

<sup>3</sup> Por el contrario, en lo que afecta a los informes de los diferentes expertos de las fabricantes demandadas, las conclusiones son similares en la medida en que consideran haber acreditado que las conductas sancionadas (en atención a la naturaleza del cártel) no generaron efectos en el mercado, y, en consecuencia, no cabe apreciar un perjuicio por sobrecoste, o de existir, sería estadísticamente irrelevante a tenor de los resultados de las regresiones de los métodos econométricos utilizados.

<sup>4</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Valoración pericial y cuantificación del daño” en la obra colectiva dirigida por RUIZ PERIS “Daños y competencia. Revisión de cuestiones candentes”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.

<sup>5</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Estimación judicial del daño” en el curso CU21028 (sesión del 12 de mayo de 2021) sobre “Determinación y cuantificación de daños y perjuicios en procesos de defensa de la competencia” Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 12. Año: 2021

- 2) Destacar que el problema de la estimación judicial del daño no es estrictamente nacional, sino que se manifiesta en el ámbito de otras jurisdicciones, por especial referencia a las de aquellos Estados que no han fijado una presunción por referencia a un porcentaje.
- 3) La identificación de los elementos que, en una atmósfera en la que el criterio de los expertos no provoca la convicción judicial sobre el alcance del daño reclamado, permita dar cumplimiento a la finalidad del efectivo resarcimiento del daño.

## **1.- CONSTATAción DE IMPORTANTES DISCREPANCIAS EN LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR LOS EXPERTOS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO Y LA GENERACIÓN DE DESCONFIANZAS RESPECTO A LA CONVICCIÓN SOBRE EL DAÑO EFECTIVAMENTE SUFRIDO POR LOS PERJUDICADOS.**

En una primera aproximación a la materia y desde la perspectiva estrictamente nacional vinculada a los criterios de valoración de las pruebas de expertos dimanantes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819), podría estimarse suficiente (si concurre la dificultad probatoria y asimetría informativa propia de este tipo de procedimientos) la aportación por los demandantes de un informe pericial que parta de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utilice “un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados” como consecuencia de la infracción concurrencial.

La idea se desdibuja cuando, como acontece en un caso de litigación en masa como el del cártel de los fabricantes de camiones, concurren una pluralidad de informes en función de los grupos de litigantes, con resultados dispares para cuantificar un mismo daño: el sobreprecio derivado de la conducta infractora para el período de cartelización comprendido entre 1997 y 2011, en el amplio espacio geográfico europeo.

Una perspectiva más global pone en entredicho el contenido de cada uno de los informes considerado aisladamente. Se asume ahora el análisis de los resultados desde esa perspectiva, teniendo en cuenta los informes de cuya existencia tengo constancia hasta el momento de la redacción de estas notas.

### **1.1 Resoluciones de la Audiencia de Valencia**

En las resoluciones elegidas (entre otras muchas de la Sección 9ª de la Audiencia de Valencia) se contiene la valoración de cinco informes periciales que, presentados por los perjudicados, ofrecen una cuantificación del sobrecoste estimado por la infracción sancionada en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016.

No se trata de analizar ahora sus contenidos (basta con la identificación para su localización en la base de datos del CENDOJ mediante el ECLI correspondiente a cada una de las elegidas), ni de realizar un análisis de los métodos y conclusiones que de ellas se desprenden en referencia a cada dictamen.

Únicamente relacionamos los informes valorados en las sentencias de la Sección 9ª dándoles un número y una letra a cada uno de ellos, para valorar en un momento posterior los resultados en que cada uno fija el sobrecoste soportado por los perjudicados en el período de cartelización, y anotamos el método de cuantificación elegido por el experto para el tratamiento de los datos utilizados (para orientar al lector), sin abordar nada más por el momento, al no ser necesario para el análisis que se propone.

Informe	Método	Sentencia que lo valora
Número 1 (R)	Estadístico	23/01/2021 ECLI:ES:APV:2020:292 -
Número 2 (Z)	Comparativo temporal	19/01/2021 ECLI:ES:APV:2021:151 -
Número 3 (N)	Comparativo temporal	09/12/2020 ECLI:ES:APV:2020:4781 -
Número 4 (G)	Incremento costes/amortización	26/01/2021 ECLI:ES:APV:2021:170 -
Número 5 (C)	Sincrónico/diacrónico refuerzo	26/01/2021 ECLI:ES:APV:2021:199 -

## 1.2. Resolución de la Audiencia de Zaragoza

En lo que concierne a la Audiencia de Zaragoza, la sección 5ª en Sentencia de 1 de julio de 2021, analiza el que denominaremos “informe número 6”, del que facilitamos mayor información por no constar – hasta este momento – en la base de datos del CENDOJ.

Según se desprende de la resolución, el método utilizado por el perito fue el diacrónico (FJ 8º A) y los datos sobre los que se construyen sus conclusiones son los datos del comercio exterior referente a los camiones de más de 5 T y menos de 20 T (camiones medios) y los de más de 20 T (camiones pesados).

En lo que afecta a las conclusiones – que es lo que nos interesa para comparar los resultados -, resulta que:

- 1) el sobreprecio dependió de la demanda,
- 2) fue mayor en los años de auge económico y menor en los de crisis,
- 3) Fija un promedio del 20,08%, y

4) Del desglose resulta que el mayor porcentaje corresponde al año 1999 (28,83%), seguido de los años 2007 (27,79%), 2006 (25,46%) y 2005 (25,33%) por ser los años de mayor demanda y, por contra, en los años 2009, 2010 y 2011, por la caída de la demanda el sobreprecio fue del 6,53%, 6,10% y 3,85%, respectivamente.

### 1.3. Cuadro comparativo de fijación de sobreprecio en los distintos informes y diferencias entre resultados.

El siguiente paso es la recogida de los resultados de los informes identificados en los dos apartados anteriores para constatar la hipótesis de trabajo descrita como primer objetivo, en la línea apuntada en el artículo citado al inicio de estas reflexiones.

No se dispone, en todos los casos de los porcentajes desgregados por años, como se aprecia en relación a los informes 1 y 3.

Veamos:

Año	Informe 1 R	Informe 2 Z	Informe 3 N	Informe 4 G	Informe 5 C	Informe 6
1997	20,7%	4,15%	12,97%	15,72%	3,42%	17,55%
1998	20,7%	10,61%	12,97%	25,32%	6,72%	23,46%
1999	20,7%	6,22%	12,97%	37,07%	9,91%	28,83%
2000	20,7%	11,50%	12,97%	42,62%	14,77%	23,93%
2001	20,7%	13,96%	12,97%	47,84%	16,37%	23,16%
2002	20,7%	13,21%	12,97%	48,84%	17,94%	26,53%
2003	20,7%	13,62%	12,97%	46,66%	19,48%	24,42%
2004	20,7%	15,69%	12,97%	46,66%	20,99%	23,42%
2005	20,7%	18,72%	12,97%	40,48%	22,47%	25,33%
2006	20,7%	23,95%	12,97%	37,24%	21,69%	25,46%
2007	20,7%	18,91%	12,97%	35,96%	21,69%	27,79%
2008	20,7%	29,64%	12,97%	36,09%	21,70%	14,85%
2009	20,7%	35,39%	12,97%	48,65%	24,06%	6,53%
2010	20,7%	21,52%	12,97%	32,11%	21,55%	6,10%
2011	20,7%	29,82%	12,97%	18,31%	18,95%	3,85%

Conviene apuntar, para justificar estas discrepancias, que los resultados están condicionados por los datos utilizados por los peritos en sus análisis, por el tratamiento que se ha hecho de los mismos, y por la metodología elegida en cada caso, ya sea por referencia a estudios estadísticos (informe 1 R) o los métodos recomendados en la Guía Práctica de la Comisión (el resto de los reseñados).

**Informe 1 (R):** Media 20,7%

**Informe 2 (Z):** Media 16,68%

**Informe 3 (N):** Media 12,97%

**Informe 4 (G):** Promedio general: 37,28%

Este informe tiene promedios por cuartiles en función de los distintos tamaños de las empresas adquirentes de camiones, de manera que para el Q 1 el incremento del promedio es del 31,77%, para el Q 2 del 42,04%, para el Q 3 del 42,48% y para el Q 4 del 32,82%, siendo el primero de los cuartiles el relativo a las grandes empresas y el último el relativo a las microempresas.

**Informe 5 (C):** Media obtenida en la aplicación del método sincrónico principal: 16,35%

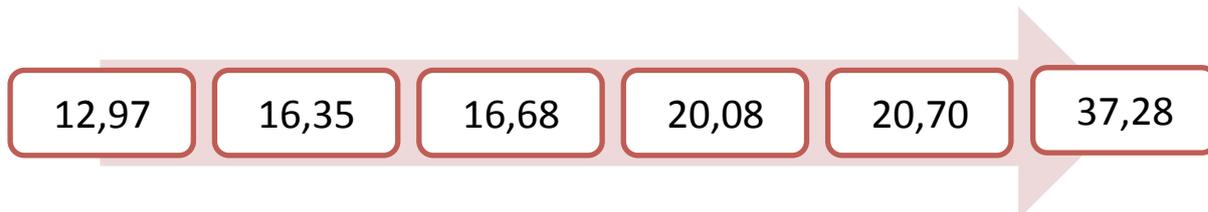
Medias en el modelo diacrónico complementario

1) Para la primera mitad del cártel (del 17 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2003): 13,87%

2) Para el segundo período (del 1 de enero de 2004 al 18 de enero de 2011): 23,46%.

**Informe 6 (S):** Media 20,08%

De menos a más (%):



La estricta comparación de los resultados plasmados en los informes analizados permite constatar la existencia de una horquilla – sólo tomando en consideración las medias – entre el 12,97% y el 37,28%. Matemáticamente se aprecia una diferencia de 3,38 puntos entre el primero y el segundo, una aproximación entre segundo y tercero, y cuarto y quinto, y una diferencia de 16,58 puntos porcentuales entre el quinto y el sexto. Entre los dos extremos la diferencia porcentual alcanza los 24,31 puntos.

En la aplicación sobre el precio abonado, no parece que deba considerarse irrelevantes esas diferencias porcentuales cuando se habla de resarcimiento del daño efectivamente sufrido, en un contexto en que, en la consideración general de los informes periciales éstos han sido realizados con un esfuerzo analítico importante, y en el que el origen de las diversas reclamaciones responde a unos mismos hechos y a la sanción de una misma conducta.

Las diferencias también son patentes en la comparativa por años, en los casos en que los aparecen los porcentajes desglosados en los informes, tal y

como se desprende del segundo de los cuadros, en el que se indican los resultados por anualidades.

Pongamos un ejemplo de cómo afecta a un supuesto concreto.

Imaginemos el caso de un adquirente de un camión por importe de 50.000 euros al que aplicamos los porcentajes medios resultantes de los informes para determinar el sobreprecio soportado según cada uno de ellos. Y hagamos el mismo ejercicio eligiendo una anualidad al azar, por ejemplo 2005:

	1	2	3	4	5	6
% medio	10.350 €	8.340 €	6.485 €	18.640 €	8.175 €	10.040 €
% 2005	10.350 €	9.360 €	6.485 €	20.240 €	11.325 €	12.665 €

Las diferencias para un mismo caso, en función del porcentaje resultante de cada uno de los informes de los que tenemos conocimiento en el ámbito español, son ciertamente relevantes. Y desconcertantes cuando lo que se pretende es el efectivo resarcimiento del daño.

#### **1.4. Primera conclusión.**

A través del ejemplo analizado (experiencia práctica ofrecida en el escenario de las reclamaciones del cártel de camiones), se constata la reflexión efectuada por Thomas Thiedi en el artículo citado ut supra, en el que señala que los expertos realizan análisis forenses de datos y aplican metodologías económicas difíciles con resultados muy diversos, que los hacen débiles o no fiables.

Ello conduce a la estimación judicial del daño por los Tribunales. Dice el autor: *“Where the burden of proof lies with the party having no relevant information and if expert opinions are not reliable, we argue that courts could quite simply fall back to the provided legal procedures for these situations, that is, estimate the cartel overcharge.”*

## **2.- PERSPECTIVA PLURINACIONAL SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO.**

La apreciación de las dificultades para alcanzar una correcta estimación judicial del daño por los tribunales afectados, no es un problema estrictamente español.

Me limitaré ahora a poner sobre el tapete un apunte sobre la experiencia alemana, y la cita de una reciente sentencia dictada en Italia.

### **2.1. Por referencia a Alemania.**

En el artículo citado, THIEDI pone de relieve que, en Alemania, cuando las opiniones de los expertos no resultan fiables, cabe acudir al procedimiento/argumentos fijados en 2019 por el Juez Jürgen Kühnen (Tribunal Regional Superior de Dusseldorf) al amparo del artículo 287 del Código de Procedimiento alemán, con aportación por el perjudicado (a quien incumbe la carga de la prueba del daño) de los denominados “factores de estimación.”

El autor se refiere, a continuación, al denominado “sistema flexible” (desarrollado por Walter Wilburg y Bernhard A Koch) como instrumento de análisis y equilibrio de los distintos factores a considerar, ponderando la incidencia que cada uno de ellos ha podido tener en el perjuicio sufrido. Para ello parte del valor básico descrito por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de diciembre de 1975 ECLI:EU:C:1975:174 – la exclusión de contactos entre los operadores cuyo objeto sea influir en el comportamiento del mercado – y de la existencia de una serie de elementos (factores) que pueden haber influido en la ampliación del margen de precios. Nos referiremos más concretamente a ellos en la tercera parte de estas notas. Bastará decir ahora que, pese a que se presenta el sistema como “procedimiento bastante común”, no por ello cabe concluir que su aplicación por los jueces sea fácil o exenta de dificultades a la hora de calcular, sin tener los conocimientos de los expertos ni los métodos científicos adecuados, una aproximación del perjuicio realmente sufrido (cuantificación).

La cuestión no es baladí si se pretende que los jueces hagan aplicación de máximas de experiencia propias de la ciencia económica y en particular, econométrica.

## **2.2 La reciente Sentencia del Tribunal de Nápoles (Sección especializada en Derecho de la Competencia) de 6 de julio de 2021.**

Recientemente tuve conocimiento – consecuencia de la difusión de los diversos pronunciamientos dictados en el marco de las reclamaciones derivadas del cártel de los fabricantes de camiones – de la sentencia del Tribunal de Nápoles de 6 de julio pasado, en el que se estima el perjuicio sufrido por el comprador indirecto en un porcentaje del 15% del precio de vehículo pagado, deduciendo previamente el importe del IVA (teniendo en cuenta los beneficios fiscales derivados de la legislación italiana, para el adquirente del camión, consecuencia de la recuperación del tributo en forma de crédito resarcible).

El demandante había solicitado en su demanda el 20% del precio del camión que ascendía a 106.260,20 euros IVA incluido) o la cantidad que se determinase equitativamente por el Tribunal. Y éste considera que procede aplicar un porcentaje del 15% sobre el precio neto de 88.550,00 euros.

El Tribunal procede a la valoración equitativa del daño a que puede recurrir “el Juez siempre que, se pruebe, aunque sea por presunciones, la existencia del daño causalmente vinculado al delito competitivo y exista una imposibilidad objetiva de proceder a una cuantificación exacta del mismo,” dado que tiene por acreditada la conducta anticompetitiva y la existencia de un sobreprecio soportado por el adquirente del camión. Lo hace en los siguientes términos:

“Ed allora il Collegio intende fare uso proprio del potere equitativo che gli deriva dal richiamo dell’art. 14 del Decreto attuativo alle norme del codice civile sulla valutazione equitativa del danno alla quale, come detto, il Giudice ricorre ogni qual volta, è provata, sia pure per presunzioni, la sussistenza del danno causalmente connesso all’illecito concorrenziale e vi sia una oggettiva impossibilità di procedere ad una esatta quantificazione dello stesso.

Ipotesi questa che appare del tutto concretizzatasi nel caso in esame vista la particolare natura della azione proposta che legittima un acquirente indiretto ad agire per il risarcimento del danni da intese anticoncorrenziali accertate a monte e riversatesi a valle.

Orbene nel caso in esame il Collegio ritiene di determinare in via equitativa il danno subito dall’acquirente indiretto nella percentuale del 15% rispetto al prezzo dell’autoveicolo pagato, ovviamente detratta l’iva versata e tenuto conto anche dei benefici fiscali di cui l’acquirente dell’autocarro ha comunque beneficiato.”

Se encuentra a faltar una identificación de los argumentos que expliquen la fijación de un 15% y no de cualquier otro porcentaje.

### **3.- A LA BÚSQUEDA DE LOS FACTORES QUE PERMITAN A LOS TRIBUNALES LA ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO.**

Tanto en el ámbito de los procesos sobre el cártel de fabricantes de camiones como en el del cártel de los sobres de papel, el fracaso de la prueba pericial para la cuantificación del daño, ha dado lugar a pronunciamientos judiciales sobre la estimación del daño. No es ahora el momento de plasmar los fundamentos jurídicos que conducen a la estimación judicial en ese contexto en el que no ha hecho aplicación – por motivos de aplicación temporal - de la Directiva 2014/104 CE y de la normativa nacional derivada de ella. Tampoco en el de su aplicación a los nuevos casos que se enjuicien en el futuro. Ni de examinar las divergencias porcentuales que resultan de la comparativa de las resoluciones dictadas en España, objeto de otros análisis<sup>6</sup>.

Se trata de identificar los elementos que permitan a los jueces determinar el perjuicio resarcible ante la ausencia de norma presuntiva “iuris tantum” para la aplicación de un porcentaje, a diferencia de otros Estados de la Unión, como Hungría, Letonia o Rumanía que cuentan con una norma legal que simplifica el problema (sin entrar a discutir si el porcentaje legal puede ser o

---

<sup>6</sup> MARCOS F. “Cuantificación del daño causado por el cártel de los fabricantes de camiones III” <https://almacendederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones-y-iii>

no adecuado para todos los casos o la incidencia que pueda tener la diferencia entre cárteles)<sup>7</sup>.

En un trabajo recientemente publicado en la base de datos del CENDOJ<sup>8</sup>, partiendo de las reflexiones contenidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:58) relativa al cartel de los sobres de papel y de la propia experiencia de la Sección 9ª de la Audiencia de Valencia plasmada en sus resoluciones<sup>9</sup>, intentaba identificar qué factores hemos de tomar en consideración para hacer una estimación judicial del perjuicio indemnizable cuando concurren los presupuestos necesarios de prosperabilidad de la acción ejercitada.

Entre los aspectos a considerar (extraídos de los argumentos de las diversas sentencias dictadas) se incluían los siete siguientes:

1. Naturaleza del cártel
2. Área geográfica afectada
3. Duración temporal del cártel.
4. Grado de afectación del mercado
5. Eventual exclusión de efectos
6. Precio y afectación sobre la demanda del producto cartelizado.
7. Incidencia de factores externos sobre el precio.

El proceso de decisión judicial pasaba por responder a un listado de cuestiones por referencia a cada uno de los factores descritos a fin de valorar el grado de influencia respectivo en el perjuicio sufrido y se completaba con la reflexión de si, fijado un porcentaje mínimo, en supuestos de pluralidad de procesos, sería o no posible aplicar factores de corrección al alza o a la baja en función de la mayor o menor intensidad del esfuerzo probatorio desplegado en cada caso, o en atención a las concretas y particulares circunstancias de cada procedimiento, de manera que la deseable uniformidad de la respuesta no constituyera un obstáculo de adaptación que permitiera la aproximación a la efectiva reparación del perjuicio sufrido por el demandante individualmente considerado.

En el sistema flexible descrito por Thiedi en el artículo publicado en el mes de julio se valora la interacción entre los diversos elementos y el grado de influencia o peso de cada uno independientemente considerados.

El punto de partida para la aplicación del sistema es – conforme a la Sentencia citada del TJUE de 16 de diciembre de 1975 – la constatación de una

---

<sup>7</sup> En Hungría y en Letonia la cuantía del daño se fija en un 10%, y en Rumanía, desde el 16 de octubre de 2020, en un 20%.

<sup>8</sup> Véase la nota 4 a pie de página en la que se cita.

<sup>9</sup> Véanse las resoluciones citadas en el cuadro del apartado 1.1 en las que se contienen los argumentos utilizados por las Sección para la determinación de un 5% sobre el precio neto del camión.

conducta anticompetitiva. Dicho esto, para la adecuada valoración del perjuicio derivado de la ampliación del margen (aumento de precio) identifica los siguientes elementos:

ELEMENTOS	ELEMENTS
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cobertura de mercado.</li> <li>2. Grado de sustituibilidad del bien o servicio cartelizado.</li> <li>3. Duración de la conducta anticompetitiva.</li> <li>4. Sensibilidad del cliente frente al incremento de los precios.</li> <li>5. Nivel de organización de los cartelistas y disciplina de los cárteles</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Market coverage</li> <li>2. Substitutability of the cartelized good or service</li> <li>3. Duration of the anti-competitive conduct</li> <li>4. Customer sensitivity</li> <li>5. Level of cartelists' organization and cartel discipline</li> </ol>

Considera como “más obvio” el relativo a la cobertura del mercado, dado que cuanto más global es el cártel más se impide a los clientes cambiar a productos o servicios alternativos de terceros ajenos al cártel y se alcanza mayor eficiencia para incrementar el precio. Da relevancia a la duración de la conducta en el tiempo, porque cuanto mayor sea ésta, la restricción de la competencia deviene más eficaz y permite la ampliación del margen en la fijación de los precios. Por otra parte, afirma que el control de los precios por los compradores determina una menor eficacia del cártel y de la posibilidad de su incremento (sensibilidad del cliente / respuesta de la demanda). Finalmente apunta que cuanto mayor es el nivel de organización y control en el cartel se produce un mayor índice de disciplina entre sus integrantes, y que, por el contrario, si falla la disciplina, el equilibrio de las cuotas de mercado de los cartelistas quiebra.

La identificación de estos factores no resuelve, sin embargo, el problema judicial específico de determinar la cantidad concreta, ni desde la perspectiva de las reflexiones patrias ni desde las ofrecidas por el analista citado. Sin embargo, Thiedi propone que, como tales elementos se describen y utilizan por los economistas para valorar el sobreprecio, la opinión del experto podría limitarse a una presentación de los valores medios y tendencias para cada uno de ellos (con fijación de horquillas) de manera que el tribunal pudiera equilibrarlos en relación al caso concreto, vinculando cada elemento a un porcentaje en el rango elaborado por el experto<sup>10</sup>. En el ámbito de nuestro

<sup>10</sup> Lo expresa en los siguientes términos: “As sound as the above rule may seem it is not entirely helpful to determine a specific amount by judges. However, the elements described are in extensive use in the readily available economic studies on cartel Damages [...] As a result, the expert’s opinion on the individual case could be confined to a presentation of these average values, trends, tendencies etc for each of the respective elements for the respective product, geographic and temporal market concerned. / For example, it would be conceivable that an expert for the relevant product, geographic and temporal market would estimate a range of 20-25% cartel overcharge for complete market coverage; a range of 5-10% cartel overcharge for a 10-year

ordenamiento jurídico procesal, es lo que podríamos calificar como “pericial por máximas de experiencia”, esto es aquella pericia que consiste en la exclusiva aportación al Juez de las reglas o principios técnicos del experto para que sea aquel quien extraiga sus propias conclusiones aplicándolas directamente a los hechos objeto de Enjuiciamiento<sup>11</sup>.

**Segunda conclusión:** Las dificultades de los jueces para la estimación judicial del daño no responden a una perspectiva estrictamente nacional, como pone de relieve el proceso de reflexión que se abre desde distintos países para la identificación de los factores que inciden en el perjuicio sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva, y la búsqueda de métodos que permitan transformar esos factores en cuantías que se aproximen al daño efectivamente soportado.

Esta situación permite apuntar – en línea con las reflexiones que desde la Universidad de Valencia viene realizando el Profesor Ruiz Peris (y que comparto) – la necesidad de implicación de la Comisión Europea (más allá de los cursos de formación) en la dotación de instrumentos efectivos que permiten a los jueces despejar el camino de las dificultades que hemos apreciado en estas líneas. Se impone la necesidad de acometer el análisis de la cuestión mediante la creación de grupos de investigación integradas por jueces y académicos especialistas en la materia, conjuntamente con los funcionarios de la D.G. Competencia, con la finalidad de profundizar en la búsqueda de soluciones en el entorno europeo del resarcimiento de daños derivados de la infracción de las normas de la competencia.

---

(i.e. long-lasting) anti-competitive behaviour; a range of 60-70% cartel overcharge for the lack of functional substitutability; a range of 15-30% cartel overcharge for a lack of price sensitivity on the part of the customers, a high degree of organization and a high level of cartel discipline or an unchanged market share of the cartelists, respectively. On the basis of these corridors, the court can then carry out the balancing process on a case-by-case basis by disclosing its precise balancing process in view of the facts of the case and linking each element to a percentage in the range elaborated by the expert for the respective element.”

<sup>11</sup> MARTORELL ZULUETA, P. “Valoración pericial” 2ª Edición. Editorial Universitat Politècnica de València. Valencia 2018. Pág.52.