

TEMAS

Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños

Elena Cristina Tudor

■ LA LEY



Wolters Kluwer

TEMAS

■ LA LEY

Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños

Elena Cristina Tudor



Wolters Kluwer

ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN POR ILÍCITOS COMPETITIVOS Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

Elena Cristina Tudor

Consulte en la web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Elena Cristina Tudor**, 2016

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wke.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Noviembre 2016

Depósito legal: M-39452-2016

I.S.B.N.: 978-84-9020-571-6 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-9020-572-3 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

enfrentadas por los potenciales demandantes, especialmente a la hora de acreditar la legitimación activa de la clase⁽⁷³⁴⁾.

III. DAÑOS DERIVADOS DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

1. Cuestiones previas

1.1. Naturaleza del daño

El abuso de posición dominante puede dañar no solamente a los clientes directos e indirectos, sino también conducir a la exclusión del mercado de los competidores del infractor. Estos últimos, como víctimas *antitrust*, también tienen el derecho a solicitar los daños y perjuicios derivados de tal comportamiento ilícito, salvo en aquellas situaciones en que se llegue a acreditar que tal exclusión se debió a otros factores ajenos a la infracción, como por ejemplo, a una baja calidad de sus productos o a una ineficiencia en la asignación de los recursos, cuando ésta, en términos económicos, obligue a las empresas a asumir costes muy superiores a las demás empresas competidoras. En cualquiera de las situaciones se consideraría que el potencial demandante fue obligado a salir del mercado, no debido a la infracción, sino a su incapacidad de competir con empresas más eficientes.

El análisis de estos daños *antitrust* también exige valorar el impacto económico que una práctica monopolística podría tener en un mercado, atendiendo a la situación en la que el demandante se encontrará en un escenario hipotéticamente competitivo o *but-for*. Sin embargo, el modelo de análisis utilizado para valorar el alcance de los daños generados a un competidor excluido del mercado difiere del utilizado para determinar el perjuicio sufrido por un cliente del infractor. Ello se debe al hecho de que el análisis se centra en determinar la pérdida de ganancias o *lost profits*, derivada de una disminución de las ventas generada por el comportamiento enjuiciado, mientras que en el caso de los clientes afectados se opta normalmente por solicitar el valor del sobreprecio anticompetitivo pagado, cuyo valor se cuantifica de forma muy similar a la expuesta en el caso de las prácticas colusorias⁽⁷³⁵⁾.

Por dicha razón, en las páginas que siguen centraremos nuestra atención en los daños generados por las prácticas monopolísticas a competi-

(734) Vid. PAGE: "The Limits of State Purchasers Suits: Class Certification in the Shadow of Illinois Brick", en 67 *Antitrust Law Journal*, nº. 1, 1999, págs. 1 a 35.

(735) Vid. ABA: *Proving Antitrust Damages...*, op. cit., pág. 247.

dores excluidos total o parcialmente de los mercados. En cualquiera de las dos situaciones, el volumen de ventas registrado por las empresas afectadas disminuiría, en comparación con el escenario *but-for*, y todas perderían, a consecuencia de ello, la oportunidad de obtener mayores ganancias.

Se trata de un cambio en sus resultados económicos que se determina mediante el análisis de tres elementos: de los efectos de la práctica monopolística sobre el precio del *output*, de los efectos sobre la cantidad total vendida y de los efectos sobre los costes asumidos por las víctimas durante la infracción. En atención a ello, el valor total de los daños soportados por los competidores afectados puede expresarse mediante la siguiente fórmula:

$$(\text{Precio}_{\text{but-for}} - \text{Costes}_{\text{but-for}}) \times \text{Cantidad}_{\text{but-for}} - (\text{Precio}_{\text{anticomp.}} - \text{Coste}_{\text{anticomp.}}) \times \text{Cantidad}_{\text{prod.}}$$

La dificultad de estimación de los daños generados por una práctica monopolística se debe a la forma en que se manifiestan estos efectos anticompetitivos en los mercados relevantes afectados. Así, en un escenario en que una empresa abusaría de su posición dominante, los clientes del infractor alegarían que dicha práctica anticompetitiva les ocasionó un incremento de los costes y, en consecuencia, se vieron obligados a subir los precios, lo que les generó una disminución de las ventas. La situación afectaría los resultados empresariales de los demás competidores del infractor, ya que, mientras el aumento de los costes y la disminución de las ventas manifiestan una clara tendencia a incrementar los daños sufridos por los competidores afectados, los precios más altos, aplicados por éstos a sus productos compensarían o mitigarían, aunque en menor medida, el valor total de los daños *antitrust*. Por ello, se exige determinar de qué forma cada uno de estos elementos contribuyó a la consecución del daño.

Por ejemplo, en el caso de una puja abusiva, el infractor podría ofrecer a sus proveedores en el mercado aguas-arriba precios superiores por la materia prima, para poder garantizarse una determinada cantidad de *input*, especialmente cuando el nivel de la producción sea inferior al demandado en el mercado aguas-abajo. Los demás competidores se verían obligados a pagar lo mismo, derivando de ello un incremento artificial de los costes. Ello generaría una subida de los precios del *output*, seguida por una disminución de las ventas. Está claro que si un competidor tiene más gastos y vende menos, estos aspectos inciden de forma negativa sobre sus resultados empresariales. Sin embargo, aunque venda menos, lo hace a un precio superior al competitivo, por lo tanto también obtiene algunos ingresos adicionales que

no se habrían registrado en un escenario competitivo y que también deben tomarse en consideración para el cálculo de los daños *antitrust*.

Desde el punto de vista de la cuantificación, reviste especial importancia la disminución de las ventas que incida sobre los resultados empresariales de las víctimas. Los economistas intentarán expresar, mediante fórmulas de cálculo lo más sencillas posible, las pérdidas de ganancias realmente registradas por el demandante como consecuencia de la infracción. Tanto de las inventariadas hasta el momento de interposición de la acción indemnizatoria —*past lost effects*—, como de las pérdidas de ganancias futuras o cuya consecución podría anticiparse con un nivel razonable de certeza, a juicio del tribunal sentenciador —*future lost profits*—⁽⁷³⁶⁾.

El cálculo de las *future lost profits* presenta unas dificultades añadidas, ya que, éste debe partir necesariamente de una comparación entre las ganancias que se hubieran registrado en un escenario sin infracción y las alcanzadas por el demandante después de que ésta haya cesado. Entre estos valores se observarán ciertas diferencias que tenderán a disminuir gradualmente, hasta llegar a 0, momento en que se consideraría que el demandante consiguió recuperarse plenamente desde un punto de vista económico. Ello se debe a que los mercados no vuelven automáticamente al nivel competitivo existente antes de la infracción, sino que se necesita un período de adaptación en que los afectados seguirán registrando pérdidas. Las diferencias observadas entre los dos escenarios permitirán cuantificar el valor de las pérdidas de ganancias futuras⁽⁷³⁷⁾.

El valor de las *past lost profits* se calcula como diferencia entre el valor neto de los beneficios realmente registrados por el competidor excluido y el que éste hubiera registrado en el escenario *but-for*. Se tomarán en consideración, a efectos de ser descontados, aquellos costes en que el demandante no incurrió debido a una disminución de la producción y de las ventas⁽⁷³⁸⁾.

Es importante entender también que, desde un punto de vista económico, aunque un competidor siga registrando ganancias, a pesar de las pérdidas derivadas de la infracción, todavía podría plantear la correspondiente ac-

(736) Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy...*, op. cit., § 17.6.

(737) Vid. BLAIR/KASERMAN: "A Note on Dual Input Monopoly and Tying", en 10 *Economic Letters*, 1982, pág. 145.

(738) Vid. BLAIR/BURT: "Leveraging Monopoly Power Through Hospital Diversification", en 1 *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 1995, pág. 287.

ción de daños para solicitar una indemnización por los daños derivados de una disminución de la ventas, aunque éstos no fueron tan graves como para obligarle a abandonar el mercado⁽⁷³⁹⁾.

En cualquier caso, el estudio de los efectos que la práctica monopolista tuvo sobre los precios, las cantidades vendidas y los costes de las empresas revestirá una importancia trascendental, ya que, de ello dependerá el valor de la cuantía indemnizatoria.

1.2. *Efectos sobre los precios*

La exclusión del mercado de un competidor puede generar una subida artificial de los precios para los consumidores. En la teoría económica, las prácticas excluyentes exitosas permiten al demandado obtener o mantener una posición dominante en el mercado, que le daría la capacidad, después de la exclusión de los competidores más débiles, de fijar los precios por encima del nivel competitivo. Por ello, se ha venido defendiendo que, en el escenario *but-for*, los precios solamente podrían alcanzar valores inferiores a éstos. Un aspecto que hizo que varios economistas defiendan la existencia de una tendencia a sobreestimar, muchas veces, la gravedad de las infracciones y del valor de los precios que el demandante hubiera podido aplicar en el escenario *but-for*, cuando no se tome en consideración que los demandantes suelen aplicar a sus clientes, antes de abandonar un mercado, precios superiores o supracompetitivos, generadores de ingresos añadidos que deben deducirse a la hora de calcular la pérdida total de ganancias derivadas de la infracción⁽⁷⁴⁰⁾.

En la práctica jurídica, esta exigencia se transformó en un requisito indispensable, cuyo incumplimiento podría conducir a la desestimación de las pretensiones formuladas por el demandante⁽⁷⁴¹⁾.

1.3. *Efectos sobre las cantidades vendidas*

La valoración de estos efectos parte de la teoría económica en virtud de la cual una subida de los precios genera una disminución de las ventas. De tal forma que, una vez probado el hecho de que las prácticas excluyentes

(739) Vid. HOVENKAMP: *Antitrust Law*, op. cit., pág. 471.

(740) Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy...*, op. cit., § 17.6.

(741) Vid. EUROPEAN COMMISSION: *Quantifying antitrust damages...*, op.cit, págs. 17 y ss.

condujeron a una subida artificial de los precios, los economistas asumen sin más la existencia de una disminución injustificada de las ventas. En sentido contrario, si se acreditara que una práctica monopolista generó una disminución del volumen de las ventas, llegaría a operar la presunción de que los precios también registraron una subida. Por ello, en el análisis de los daños *antitrust* se parte de la creencia de que el volumen de las ventas en un escenario *but-for* sería superior al observado en el mercado afectado por la práctica monopolística.

El cálculo del volumen de las ventas puede, en estas circunstancias, generar serias dificultades a la hora de aplicar el método basado en la cuota de mercado de una empresa, comúnmente utilizado para cuantificar los daños soportados por un competidor excluido del mercado. Ello se debe a que la aplicación del método exige a un experto calcular, basándose en estas presunciones teóricas, la disminución del volumen de ventas y de las ganancias que correspondan a la cuota de mercado que hipotéticamente perdería un competidor afectado por una práctica excluyente⁽⁷⁴²⁾.

Este análisis, a pesar de relacionar directamente la pérdida de ganancias del demandante con la práctica excluyente alegada, ignora los efectos indirectos de la práctica, sobre el volumen de las ventas y de las cuotas de mercado que se alcanzarían en un escenario *but-for*, ya que, se presume que el sobreprecio aplicado a los productos no tendría efectos significativos sobre la cantidad total que se vendería en el mercado relevante afectado, por todos los competidores de forma conjunta. En este sentido, se presume que la demanda es muy inelástica y, si en la práctica ello resultara no ser cierto, entonces la aplicación del método conduciría a una subestimación de los daños⁽⁷⁴³⁾. La aplicación del método para la cuantificación de los daños *anti-trust* se desarrollará más adelante.

1.4. Efectos sobre los costes

Los efectos sobre los costes se vinculan normalmente a los efectos generados por la práctica monopolística sobre las cantidades de *output* realmente producidas por el demandante, cuando el nivel competitivo existente en el mercado relevante pudiera verse afectado de forma relevante o importante. Este aspecto se considera acreditado, una vez probada la existencia de una

(742) Vid. HOVENKAMP: *Antitrust Law*, op. cit., pág. 473.

(743) Vid. ABA: *Proving Antitrust Damages...*, op. cit., pág. 237.

diferencia sustancial entre las cantidades de *output* realmente producidas y vendidas por el demandante, y las que éste hubiera alcanzado en el escenario *but-for*.

Para cuantificar adecuadamente los daños y perjuicios *antitrust*, es necesario atender al valor de los costes que el demandante hubiera asumido en el escenario *but-for*, donde produciría más cantidad de *output*, y al que realmente afrontó en el mercado analizado. El análisis resulta relevante en el momento de determinar su pérdida de ganancias, porque mide el incremento de los costes que hubiera tenido que asumir el demandante en el escenario *but-for* para producir una cantidad de *output* acorde a su hipotético poder de mercado⁽⁷⁴⁴⁾.

La diferencia existente entre los costes que el demandante realmente asumió y los que hubiera afrontado en el escenario *but-for* se denomina en economía como *avoided costs* o “costes evitados, no realizados”, y su valor se determina normalmente mediante la aplicación de diversas técnicas financieras. Su extensión dependerá de la cantidad producida de *output* y del intervalo de tiempo para el que se realice la cuantificación. Durante el proceso de cuantificación se tomará en consideración también, la diferencia entre las tasas que el demandante asumiría en ambos escenarios⁽⁷⁴⁵⁾.

Se ha observado que los efectos de una práctica monopolística sobre los costes pueden incrementar el valor de los daños, cuando estos últimos registren un incremento sustancial durante la infracción. Por ejemplo, en un supuesto en que el demandado opte por excluir a un competidor del mercado, generando una subida artificial del precio del *input*. Su valor se determinaría en función de la evolución del precio del *output* y se consideraría una fuente adicional, generadora de perjuicios.

Otro aspecto muy importante es el hecho de que, en un juicio, el demandante intentará alegar que, en el escenario *but-for*, su cuota de mercado se habría visto incrementada. Por ello, sería interesante valorar si su capacidad productiva, acreditada durante el juicio, le hubiera permitido hacerlo. De lo contrario, del importe de la indemnización debería restarse los gastos en los que tendría que incurrir para poder producir aquellas unidades adicionales de *output*, que corresponderían al valor de mercado observado en el

(744) Vid. ZOHN: “How Antitrust Damages Measure Up with Respect to the Daubert Factors”, en13 *Geo. Mason Law Review*, 2005, págs. 697 a 700.

(745) Vid. BLAIR/BURT: “Leveraging Monopoly Power...”, *op. cit.*, págs. 290 y ss.



El objeto de esta monografía lo constituye el examen de las acciones de daños antitrust y la cuantificación de los perjuicios que pueden derivarse de los ilícitos competitivos.

La obra aborda el análisis del marco jurídico aplicable a las acciones de daños antitrust y radiografía el actual estado de la cuestión, a la luz de las nuevas modificaciones introducidas por la Directiva 2014/104/UE. Todo ello, desde una perspectiva comparada, con especial referencia al sistema estadounidense de aplicación privada –que representó la principal fuente de inspiración del legislador europeo– y al Derecho español.

Una de las cuestiones más conflictivas que plantea el ejercicio de estas acciones es la cuantificación de los daños. Ello exige la aportación en el juicio de un informe pericial de cuantificación que, mediante la aplicación de una serie de métodos y modelos simplificados de cálculo, solamente permitiría una valoración aproximada de los daños. Un aspecto que ofrece a las contrapartes bastante margen de interpretación como para fundamentar jurídicamente sus pretensiones dispares. La última parte de la obra presenta, de forma detallada, todos estos métodos y modelos, poniendo especial atención en las ventajas y desventajas derivadas de su aplicación y en las condiciones en que los jueces admiten su utilización en la práctica. Un estudio de especial interés, tanto para juristas, como para economistas.

ISBN: 978-84-9020-571-6

