

BREVES COMENTARIOS AL SEGUNDO BORRADOR DE GUÍA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DE LA CNMC

General

La elaboración por la CNMC del segundo borrador de su Guía refleja un gran trabajo previo, desde la primera versión del guía que fue publicada en 2021, y un amplio proceso de consulta. Es oportuno congratular a la CNMC por este enorme esfuerzo así como el proceso que está siguiendo.

El segundo borrador logra en gran medida evitar entrar en cuestiones jurídicas que son objeto actualmente de procedimientos en curso (*sub iudice*), aunque (como veremos) no del todo, y ofrece pautas prácticas para jueces (tipo check-list), todo lo cual supone también un gran avance.

En cuanto a posible mejoras, nos gustaría, destacar lo siguiente, recordando a la CNMC la gran relevancia que su posición en esta Guía podrá ser otorgada por muchos (correcta o incorrectamente) en el contexto de la litigación masiva que ha irrumpido en nuestro país en estos últimos años y que ha supuesto un desafío enorme en lo que se refiere a la cuestión central de cómo se cuantifica el daño.

A nuestro juicio, el borrador corre el riesgo de ser demasiado prescriptivo en sus soluciones, lo cual puede ser peligroso cuando se hace, como aquí, en abstracto. La valoración del estándar de la prueba necesaria en un(os) caso(s) concreto(s), y las exigencias legales en cuanto a la prueba pericial, son cuestiones que pertenecen a los tribunales y no a la administración. Estas cuestiones están íntimamente relacionadas, a su vez, con los propios condicionantes del proceso civil en general y en el caso concreto. Por tanto, la CNMC debe ser cauto a la hora de prescribir soluciones o estándares cuando su aplicación se realizará en el contexto autónomo del proceso judicial civil, competencia de los tribunales y no la administración.

En este sentido, echamos en falta:

1. Una mayor insistencia al principio (Presentación) a la naturaleza consultiva de la guía (cuestión resaltada en los párrafos 5 (Intro) y 222 (Conclusiones).
2. El reconocimiento expreso al hecho de que el estándar de la prueba pericial es una cuestión de índole jurídico determinado por los tribunales nacionales en aplicación del derecho de daños en este campo (derecho nacional de responsabilidad extracontractual a la luz, en su caso, de las normas de competencia de la UE) y en un contexto procesal preciso.
3. Una referencia clara al principio de proporcionalidad que está muy presente, sin embargo, en todas las recomendaciones de la CE, pero generalmente ausente en la Guía. Como ejemplos muy concretos al respecto:
 - (a) el párrafo 223.ii exige un "*conocimiento profundo de la infracción, del sector y del mercado afectado*" que puede no ser factible o proporcionado, al menos para un demandante, según el caso (el párrafo 13 de la Guía de la CE es más equilibrado);

HITCHINGS & co

(b) el párrafo 223.vii nos parece inapropiado para la guía y propondríamos que se elimine; este tipo de mensaje, a nuestro juicio, cruza la línea de lo que es adecuado, por suponer una clara crítica a la práctica de algunos tribunales en España, cuestión que debe ser abordada más bien en vía judicial y no vía críticas públicas desde la administración.

Passing-on

La descripción en los párrafos 23 y 24 revela un planteamiento erróneo desde un punto de vista jurídico. En un plano legal, el passing-on no es una parte necesaria del cálculo del daño, mucho menos un deber del demandante (al menos cuando se trata de passing-on como un escudo (defensa)). El tratamiento de la cuestión de passing-on tiene que someterse, como todo, al contexto procesal y legal (carga de la prueba, momento de proposición de prueba, etc.). Debe revisarse por tanto la redacción de esta sección, sobre todo del párrafo 24, para evitar someter esta cuestión a un criterio puramente económico.

Acceso a datos

Es de agradecer que la CNMC haya incluido una parte sobre acceso en el nuevo borrador. Ahora bien, más que exponer las reglas del 283 bis, lo que nos parece más importante es que exponga la cuestión del acceso a información que obre en un expediente de la CNMC y, más concretamente, cómo organizará la respuesta de la CNMC a este tipo de petición, que es una cuestión más propias de su ámbito de actuación.

Como detalle, los círculos de confidencialidad no se limitan a las salas de datos (2.1.3 b)), sino que las salas de datos son un ejemplo de un círculo de confidencialidad. El círculo de confidencialidad, es un concepto abstracto que, normalmente (al menos en UK), va acompañado de un acuerdo firmado por aquellos con derechos de acceso a la información confidencial.

Post script

Por último, nos gustaría recordar dos de los comentarios que realizamos sobre el primer borrador de la Guía de la CNMC que seguimos considerando de relevancia; a saber:

- (i) Orientación sobre el papel de la CNMC: la Guía ofrece una oportunidad para que la CNMC oriente a los jueces sobre el papel de la CNMC en el proceso civil y cómo podría funcionar desde una perspectiva de proceso (en particular, el mecanismo de *amicus curiae*, etc.).
- (ii) Transparencia: el tema de la transparencia (sentencias, informes *amicus*, etc.) es, a nuestro juicio, un escollo actual que la CNMC puede ayudar a superar y la Guía se podría emplear para: (a) insistir en el deber legal de los juzgados de informar a la CNMC acerca de los procedimientos en materia de derecho de la competencia y notificar las sentencias (art. 212.3 LEC); (b) proponer medidas adicionales para mejorar la transparencia en esta materia, incluyendo la creación de una base de datos de sentencias gestionada por la propia CNMC y publicada en su web; y (c) indicar y/o ofrecer protocolos de actuación de la CNMC en relación con los procesos civiles.