

LA CAUSALIDAD EN ACCIONES DE DAÑOS ANTITRUST, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN LA DIRECTIVA 2014/104/CE

Elena Cristina TUDOR
Universidad de Valladolid

Resumen: En una acción de daños antitrust, la prueba de la causalidad reviste una importancia especial, puesto que es una de las principales causas de desestimación de las pretensiones formuladas por los demandantes. El artículo presenta la importancia práctica que puede llegar a tener la aplicación de las teorías económicas de la causalidad en sede judicial en varios Estados miembros de la UE, la diferentes interpretaciones que se han ofrecido a esta cuestión en dichos Estados, como también la importancia que reviste en la práctica la aplicación de la presunción de que un cártel genera daños, introducida a través de la Directiva 2014/104/UE.

Palabras clave: causalidad, Directiva 2014/104/UE, daño antitrust, la presunción de que un cártel genera daños.

Summary: In an antitrust damages action, causation requirements tend to play a predominant role. The study explores the role of the economic concept of causation in claims for antitrust damages in the EU and the different approaches taken by the legal systems of the EU Member States in this regard, as well as the practical relevance of the presumption of harm in cartel cases, introduced by the Directive 2014/104/EU.

Key words: causality, Directive 2014/104/EU, antitrust harm, presumption of harm in cartel cases.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CAUSALIDAD. 3.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CAUSALIDAD. 4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2014/104/UE introduce un conjunto de reglas procesales y sustantivas de singular importancia para la tramitación de una acción de daños *antitrust* o por vulneración del Derecho de la competencia, con el fin de armonizar las normas jurídicas nacionales que rigen la tramitación de estos procedimientos en los Estados miembros. Todo ello, en un contexto en que los demandantes, víctimas de prácticas anticompetitivas, se enfrentan en Europa a una serie de dificultades que obstaculizan en la práctica el ejercicio de su derecho a la indemnización.

Destacan entre todas ellas: la falta a nivel comunitario de normas que regulen el proceso de tramitación de una acción de daños, la inexistencia a nivel nacional de órganos judiciales especializados en la tramitación de estas acciones, la ambigüedad que ofrece la llamada defensa *passing-on* (dado que en este caso es muy difícil determinar las personas afectadas en los mercados aguas-abajo y el daño sufrido por cada una de ellas), la incertidumbre a la hora de cuantificar los daños, los plazos de prescripción limitados, los obstáculos generados por los altos costes procesales y de representación, los causados por la falta de acceso a todas las pruebas exigidas por los tribunales nacionales a efectos de admitir a trámite una demanda, o las derivadas de la dificultad de probar la existencia de un nexo

causal suficientemente estrecho entre la práctica antitrust enjuiciada y el daño alegado por el demandante.

El objeto del presente trabajo es aquel de exponer la forma en que podría llegarse a probar la causalidad en estos procedimientos y la importancia que puede revestir en la práctica la presunción *iuris tantum* de que un cártel genera daños, contemplada en la citada Directiva, análisis que no puede llevarse a cabo ignorando la importancia del análisis económico de la causalidad.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA CAUSALIDAD

La causalidad fue definida en la literatura económica estadounidense como aquel de los elementos o de las condiciones que si hubiera faltado, el resultado dañoso, bien no se habría producido, bien lo habría hecho de otro modo o con distinta intensidad. El razonamiento permitió la creación de la teoría microeconómica de la causalidad *but-for*, acogida también por la literatura económica europea, debido a las semejanzas que comparte con el antiguo y conocido aforismo latín *sublata causa tollitur effectus* o *removida la causa, se quita el efecto*. Su incidencia sobre el análisis jurídico de la causalidad nunca fue cuestionada en el Derecho europeo¹, si bien su aplicación tuvo que amoldarse en la práctica a un nuevo contexto jurídico de tradición continental-europea.

Se defendió en la literatura jurídica europea que a efectos de valorar el impacto de una práctica *antitrust* sobre la consecución de un determinado daño, la aplicación de la *compensatio damni cum lucro* requería introducir en el análisis no solamente el menoscabo económico generado al demandante, sino también los incrementos que derivaban de la misma causalidad determinante, o al menos de una conexión causal adecuada e inmediata²⁻³. Aspecto que impuso al economista el especial deber de valorar tal circunstancia, bajo el apercibimiento de que de no hacerse así, iba a ser rechazada la admisión como prueba del informe redactado a tal efecto.

A diferencia de lo manifestado en Estados Unidos⁴, se defendió que la causalidad era un elemento que, en materia *antitrust*, se encontraba estrechamente ligado al alcance de los daños indemnizables⁵. Pues, los problemas causales nacen

1 Vid. Díez-Picazo: Fundamentos del Derecho..., op. cit., pág. 360.

2 En Europa, se exige por imperativo legal determinar las principales causas que concurrieron en la consecución del daño, para poder posteriormente identificar aquella parte del daño, consecuencia de la realización de una práctica anticompetitiva.

3 En el Derecho antitrust estadounidense, dicha exigencia no se introdujo en el análisis económico por imperativo legal o jurisprudencial, sino que cobró cierta importancia ante el riesgo de que un juez rechace la aplicación del informe de cuantificación de los daños, por considerar que no se probó su extensión con el mínimo nivel de certeza requerido en estos casos.

4 Donde se observa una relación mucho más estrecha entre la causalidad y la teoría aplicable a efectos de valorar la legitimación activa del demandante.

5 Algunos métodos simplificados de cuantificación resultaron ser también útiles para el análisis de la causalidad, porque permiten identificar la relación existente entre los precios y sus factores determinantes. Pero existen importantes diferencias entre el análisis de la causalidad y la cuantificación de los daños. Los enfoques adoptados por los economistas en un sentido y en el otro son distintos, lo que hace que no todos los métodos utilizados en el proceso de cuantificación sean también suficientes para probar la causalidad. Por ejemplo, la aplicación del método de la simulación resultaría útil para cuantificar los daños, pero no así para acreditar la relación de causalidad, debido a que en éste segundo

sobre todo cuando el daño sea resultado de una pluralidad de causas⁶. No obstante, es posible que la práctica anticompetitiva llevada a cabo por el demandado sea tan determinante que no se planteen especiales problemas causales⁷. Tal vez por ello, los estudios preparados por la Comisión Europea ponen especial atención en la cuantificación de los daños, sin hacer mayores referencias a la relación de causalidad, cuya existencia –se afirma– podría inferirse, aunque de forma indirecta, del informe pericial de cuantificación de los daños⁸.

En la práctica, la clave de la cuestión es probar la causalidad y la cuantía de los daños a través de la redacción de un sólo informe que cumpla el nivel de certeza exigido a tal efecto por los tribunales. Algo que no es una tarea fácil. Las normas distinguen claramente el análisis de la causalidad del proceso de cuantificación de los daños. En muchos Estados se permite cuantificar los perjuicios solamente después de probarse la causalidad, considerada un prerequisite indispensable para reconocerse el derecho a la indemnización de una víctima *antitrust*. La exacta cuantificación del daño es imposible, permitiéndose al demandante acreditarlo con un nivel de certeza inferior al impuesto en el caso de la causalidad. Aspecto este último que podría inducir a un juez a creer que la redacción de dicho informe sería insuficiente a efectos de fundamentar en base a él la existencia de una relación causal. Todo ello, sin olvidar que el demandante no siempre tendría acceso a documentos que revelen los detalles relativos a la infracción y a sus efectos anticompetitivos. Finalmente, las normas jurídicas nacionales tampoco recogen reglas valorativas que puedan ser directamente aplicables a los casos *antitrust*, debido a su redacción muy general y al hecho de que fueron originariamente creadas para ser empleadas en acciones de daños donde el valor del perjuicio puede ser determinado de forma exacta.

Pero, a pesar de todos estos inconvenientes, sigue siendo posible acreditar la causalidad y cuantificar los daños *antitrust* en un solo informe. Y ello, porque tanto el análisis de la causalidad, como el del valor total del perjuicio *antitrust*, exigen atender a la situación en que se hubiese encontrado el demandante en un

caso se exige un nivel mayor de certeza jurídica que la aplicación del método no llega a cumplir. Pues, se considera que el objetivo del análisis de la causalidad es el de establecer la existencia de un daño y que el modelo analítico empleado en este sentido debería ser mucho más riguroso. En este sentido, no debería admitirse la utilización del método de la simulación porque éste parte de ciertas presunciones criticadas por asumir, más que probar, un nexo causal entre práctica y daño.

6 Directas, indirectas, remotas o próximas.

7 Siempre y cuando se verifique la proporcionalidad de la imputación causal. Solamente si de un determinado hecho causal se siguen consecuencias lesivas que alcanzan una intensidad desproporcionada -en relación con las que normalmente se derivan de hechos idénticos o análogos- podría apreciarse dicha proporcionalidad. Vid. Reglero Campos: Tratado de Responsabilidad Civil..., op. cit., pág. 306.

Por ejemplo, la aplicación del test del competidor eficiente permite diferenciar las situaciones en que una práctica excluyente haya ocasionado la salida del mercado de una empresa solvente e innovadora, de las demás situaciones, en que, por razones ajenas a la infracción, ésta haya perdido parte de su capacidad financiera, con consecuencias negativas y sustanciales en su desarrollo económico y empresarial durante el periodo de la infracción.

8 Obsérvese en este sentido, por ejemplo la forma de redacción del informe Oxera... ad supra, pág. iv donde se menciona textualmente que econometric analysis does not prove causality as such, but seeks to identify statistically significant relationships between a 'dependent' variable—the variable that is to be explained (eg, demand for a product)—and various explanatory variables (eg, the price of the product and consumer income).

escenario *but-for*, poniendo especial atención a los valores hipotéticos de los precios y cantidades comercializadas en el contexto teóricamente competitivo, sobre los que se fundamenta el informe.

Por ejemplo, en el caso de un cártel, los daños pueden ser calculados bien en función del valor del sobreprecio anticompetitivo, bien atendiendo a la diferencia existente entre las cantidades de productos/servicios comercializados durante la infracción y en el escenario *but-for*. En este segundo caso, los esfuerzos probatorios del demandante serían bastante inferiores que en el primero⁹, porque sería posible aportar pruebas fehacientes relativas a las cantidades comercializadas antes, durante y después de la infracción.

Problemas complejos en el análisis económico de la causalidad surgen en aquellos casos en los que se opte por cuantificar los daños en función de un sobreprecio anticompetitivo. Ello exige probar cuáles hubiesen sido los precios competitivos en un escenario sin infracción y que los impuestos por los infractores alcanzaron valores superiores, sin que pueda achacarse el resultado dañino a otras causas ajenas a la infracción. Los expertos pueden adoptar en el análisis dos enfoques distintos que se expondrán de forma sucinta a continuación. Ambos son aplicables a las prácticas colusorias y, por analogía, al abuso de posición dominante, si bien con ciertas salvedades, sobre las que se va a insistir en otra parte del trabajo, relativa al proceso de cuantificación de los daños.

El primer enfoque promueve la realización de un análisis caso por caso. Se estudia cada transacción, para verificar si un precio aplicado a un producto/servicio es superior a otro fijado en el escenario hipotético y si dicho incremento podría obedecer a otros factores ajenos a la práctica alegada, en atención a su hipotética evolución en el escenario *but-for*. Debería llegarse a la conclusión de que en el mercado relevante afectado se registró una subida de precios injustificada y atribuible, por lo tanto, a la práctica anticompetitiva alegada por el demandante.

El segundo enfoque se basa en un análisis estadístico de precios que no siempre encuentran un correspondiente en el escenario *but-for*, sino más bien, podría inferirse en base a todos los datos existentes una tendencia general de los precios de responder en un determinado sentido a la manifestación de ciertos factores, incluida la práctica anticompetitiva. Un modelo económico utilizado para probar la llamada causalidad estocástica¹⁰, rechazada por la mayoría de las legislaciones nacionales, debido a ciertos errores inherentes a este modelo de análisis¹¹ y que imposibilitan valorar la relación de causalidad entre la práctica y el daño alegado con el mínimo nivel de certeza exigido jurídicamente¹².

9 Tanto en lo relativo a la causalidad, como al alcance del daño.

10 Exige emitir un juicio de valor sobre las probabilidades que existen de que una determinada práctica antitrust haya generado un daño al demandante, en base a datos estadísticos.

11 Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros admite su aplicación en el caso de los daños medio-ambientales, con los que se asemeja muchas veces, en la jurisprudencia internacional, los daños generados por las prácticas anticompetitivas. Vid. para más detalles, Abele/Kodek/Schaefer: "Proving causation in private antitrust cases", en *Journal of Competition Law and Economics*, n.º. 7, 2011, págs. 851-852, Green: "The Future of Proportional Liability", Paper n.º. 04-14, publicación online disponible en <http://papers.ssrn.com/> o Salvado Codech: Causalidad y responsabilidad, InDret, 2002, publicación disponible online en <http://dugi-doc.udg.edu/>.

12 La interpretación que derive de tal análisis de la causalidad podría cobrar mayor valor probatorio si, con carácter complementario, se aportase en su apoyo otros argumentos económicos que provengan

La aplicación de estos enfoques exige expresar, a través de fórmulas específicas de cálculo, los precios que operaron en el mercado relevante afectado y el escenario *but-for*, para proceder después al análisis comparativo de sus factores determinantes. Las fórmulas deben incluir, tanto el patrón general de cálculo del precio¹³, como también las desviaciones aplicadas a transacciones específicas. Sin embargo, en ningún caso sería posible determinar el valor de una desviación aleatoria de los precios¹⁴. En este contexto, alcanza especial importancia la aplicación de la presunción *iuris tantum* de que un cártel causa daños, ya que simplemente debido a ella resultaría factible la tramitación de la acción.

También ha de remarcarse que la causalidad siempre podría probarse en un sentido estocástico. Un aspecto que debería valorarse positivamente por los legisladores nacionales que, a efectos de fomentar la interposición de acciones de daños y de otorgar suficiente protección al derecho resarcitorio de las víctimas *antitrust*, deberían permitir, con carácter supletorio, que se pruebe la relación de causalidad a través de un análisis estocástico, en aquellas situaciones en que resultara imposible realizar un adecuado análisis caso por caso. De esta forma, se daría un paso más en el proceso de integración del análisis económico y jurídico de la causalidad, que a pesar de presentar ciertas diferencias, no llegan a tener un carácter excluyente. Pues, ambos modelos se fundamentan sobre la teoría económica de la causalidad *but-for*.

de una fuente de información adicional. Por ejemplo, del estudio de la causalidad en distintos niveles de producción o de la realización de un segundo informe que utilice otros modelos analíticos que permitan adoptar una perspectiva económica diferente y entender mejor la estructura, el desarrollo de la práctica antitrust y su impacto sobre los mercados afectados.

13 Aplicable con carácter general a todas las transacciones.

14 El patrón general se expresa a través de variables distintas $-X_1, X_2, X_3, \dots$ que reflejan de qué forma diversos factores F manifestados en condiciones competitivas contribuyeron a la determinación del precio-, a las que se suma el monto correspondiente a una posible desviación, expresada por el valor E , distinto a 0. Éste puede captar tanto las variaciones en precio, consecuencia de la práctica anticompetitiva, como de otros factores particulares, es decir, que variarían entre transacciones.

Por ejemplo, un cártel puede afectar los precios de dos formas. Bien manifestando una incidencia sobre el patrón general, bien sobre aquella desviación aplicada a determinadas transacciones.

En el primer caso, para una transacción dada i , el precio analizado y el precio *but-for* podrían representarse a través de la siguiente fórmula: $P_i = K(F(X_{1i} + X_{2i} + X_{3i} + \dots) + E_i$, donde K represente la desviación sistemática generada por la práctica anticompetitiva. Si su valor resulta ser igual a 1, no podría apreciarse un impacto de la infracción sobre los precios. Sin embargo, cuando se alcancen valores superiores podría inducirse una subida injustificada de los precios.

Si el cártel tiene efectos sobre una desviación aplicada a determinadas transacciones, un análisis caso por caso no siempre permitiría obtener un precio de referencia *but-for* de forma transparente y objetiva. Por ejemplo, sería imposible medir de este modo el valor de una desviación aleatoria de los precios, cuando no se le pueda encontrar un correspondiente en el escenario *but-for*. Si el Derecho aplicable exige, en este caso, alcanzar el mismo grado de certeza que el aplicable en el primer supuesto, el informe no podría ser admitido en el procedimiento, por no adecuarse al estándar probatorio exigido jurídicamente a efectos de probar la causalidad. Vid. Abele/Kodek/Schaefer: "Proving causation...", op. cit., págs. 857 y ss.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CAUSALIDAD

El análisis económico de la causalidad cobra especial importancia en un contexto en que no se hubiera adoptado a nivel europeo una posición común en la materia. Muchos Estados miembros han venido exigiendo a las víctimas *antitrust* acreditar su existencia con un grado de certeza superior al alcanzado a través de la utilización de métodos y técnicas estadísticas. Pero, también existen excepciones que evidentemente, colocarían a algunos de los demandantes en una situación procesal privilegiada, porque no se les exigiría realizar el mismo esfuerzo probatorio que a las demás víctimas *antitrust*¹⁵.

La mayoría de los legisladores optaron por la aplicación del primer enfoque analítico, tomando como principal fuente de inspiración la experiencia estadounidense adquirida en la materia, donde se abogó por la necesidad de imponer al demandante que acredite la causalidad con un nivel razonable de certeza mediante prueba preponderante, para permitirle después cuantificar los daños y perjuicios con un estándar probatorio bastante inferior, ante la imposibilidad de determinar con exactitud el alcance de los efectos anticompetitivos de una práctica.

Tal vez, el modelo de análisis de la causalidad que más semejanzas comparta con el Derecho *antitrust* estadounidense sea el contemplado en la normativa y jurisprudencia del Reino Unido. Se requiere al demandante acreditar la existencia de un nexo causal entre la práctica alegada y un daño *antitrust* directo. Daño que no sea demasiado remoto o especulativo¹⁶. Todo ello, a través de la aplicación del test de la causalidad *but-for*, que a juicio del TS permite filtrar con el mayor nivel de certeza posible los daños producidos por otros factores ajenos a la infracción¹⁷.

Un modelo muy semejante propone también la legislación y jurisprudencia alemana. Se exige probar que el demandado participó en el evento que generó el daño, tal y como lo exige la *conditio sine qua non*¹⁸, y que su contribución en la consecución del daño fue adecuada o eficiente¹⁹. Estos dos requisitos permiten la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, que exige acreditar que el comportamiento del demandado podría ser considerado causativo, atendiendo a la noción ordinaria de causa, y no solamente a circunstancias peculiares o improbables, sin que sea perceptible el resarcimiento de los daños incidentales o

15 Por ejemplo, el TS checo manifestó que solamente se exigía al demandante probar, a través de cualquier medio probatorio, que la práctica alegada fue una de las principales causas de la consecución del daño. Es perceptible la aportación de un informe que ofrezca un análisis estocástico de la relación de causalidad entre el daño y la práctica alegada. Vid. Czech Republic National Report, disponible online en <http://ec.europa.eu/>, pág. 11.

16 Fue declarado de tales características, el lucro cesante futuro, no indemnizable bajo la legislación nacional.

17 Vid. United Kingdom National Report, disponible online en <http://ec.europa.eu/>, pág. 23.

18 En este sentido, el infractor quedaría obligado a reparar el daño en que ha intervenido como causa o concausa. No se existe que la práctica antitrust sea la única causa generadora del daño.

19 Se estima que media el nexo causal entre el acto y el daño, cuando aquél es apropiado (adecuado) para producir éste, es decir, cuando se dé la necesaria y correcta conexión entre el antecedente (causa) y la consecuencia (efecto), o lo que es lo mismo la aptitud de la causa para producir el resultado.

de los que no formen parte de aquella clase de daños que las normas intenten prevenir²⁰.

En Austria se aplica un estándar probatorio subjetivo. Es decir, el demandante –a través de las pruebas aportadas- debe conseguir convencer al juez de que el comportamiento anticompetitivo alegado le causó un perjuicio. Si bien, este enfoque subjetivo se complementa, por exigencia del TS, con otro de naturaleza objetiva, en virtud del cual una determinada prueba debería ser considerada relevante por el órgano sentenciador, solamente cuando permita deducir con un alto nivel de probabilidad, casi certeza, que la práctica alegada fue el evento que generó el daño sufrido por el demandante. Recientemente, y debido a las dificultades afrontadas por los demandantes para probar dicha circunstancia, los órganos judiciales inferiores entendieron que era necesario adaptar este marco legal a las particularidades que reviste la tramitación de una acción de daños *antitrust* y, en consecuencia, permitir a la víctima que acredite con un nivel de certeza inferior la relación de causalidad entre el daño y la práctica alegada. El TS todavía no ha acogido esta posición²¹.

En Francia, los tribunales nacionales no adoptaron un criterio general de análisis de la causalidad. Destaca la aplicación, en el caso de las acciones de daños *antitrust*, de la teoría del factor determinante –*causalité adéquate*²²- y de la *conditio sine qua non* o equivalencia de condiciones –*équivalence des conditions*-, aunque se observa una tendencia de los jueces a optar por la aplicación de la primera²³ y exigir al demandante que acredite, con un nivel razonable de certeza, que la práctica *antitrust* fue la causa prevalente que generó el daño²⁴.

En España, la jurisprudencia no se ha decantado por la aplicación de alguna de estas tesis empleadas con carácter general en el análisis de la causalidad. De tal forma que, se permite a los jueces optar por aquella que en su visión mejor se adapte a las circunstancias particulares de un caso concreto. Aspecto que evidentemente supone para la víctima *antitrust* un esfuerzo probatorio añadido, puesto que se vería obligada a demostrar la causalidad de tal forma que,

20 Vid. Germany National Report, disponible online en <http://ec.europa.eu/competition/>, pág. 18.

21 Vid. Austria National Report, disponible online en <http://ec.europa.eu/competition/>, pág. 8 y 11.

22 La aplicación de la teoría exige calibrar la respectiva relevancia de las concausas intervinientes, que se manifiesten con eficacia causativa, y valorar si alguna de ellas, en nuestro caso la práctica *antitrust*, sea de tal entidad cuantitativa y cualitativa que se constituya en causa determinante del daño. De tal forma que éste no se hubiese producido, en ningún caso, si no hubiese tenido lugar el comportamiento ilícito. Es decir, se valora tal comportamiento como causa prevalente que desplazaría a las demás, secundarias e irrelevantes, sin ignorar la repercusión de estas últimas, durante el proceso de cuantificación de los daños.

23 Vid. Executive summary and overview of the national report for France, publicación online disponible en <http://ec.europa.eu/>, pág. 3.

24 Vid. sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París, de 19 de mayo de 1993, en el asunto *in re Societé Labinal c. Sociétés Mors e, Wetland Aerospace*, 1993, nº. 4. Mors solicitó los daños y perjuicios generados por la práctica anticompetitiva llevada a cabo por los demandados en el mercado relevante de accesorios TPIS para los aviones A-330/340. Se alegó la fijación de los precios aplicados a estos accesorios y el hecho de que ello impidió el acceso del demandante a varios mercados adyacentes, donde en condiciones de competencia habría ganado las licitaciones que se llevaron a cabo, debido a su gran reputación en el mercado de montaje del Airbus A-330/340. El tribunal sentenciador rechazó las pretensiones formuladas, por no probarse la existencia de una ventaja competitiva suficientemente importante, como para permitirle inferir razonable que el demandante habría ganado los concursos públicos aludidos. Por ejemplo, el desarrollo por la empresa demandante de nuevas tecnologías, no disponibles para los demás participantes en el mercado.

independientemente de la elección del juez, las circunstancias alegadas y probadas resulten suficientes para considerar probada la causalidad. Ello sin que la realización de un análisis estocástico pueda, en algún caso, superar el nivel de certeza exigido jurisprudencialmente por los tribunales españoles, ya que, cualquier otro informe que adopte un enfoque caso por caso en el análisis de la causalidad sería suficiente para rebatir las conclusiones alcanzadas a través de un estudio estocástico, debido a su mayor nivel de certeza.

Aguas-abajo, el comprador indirecto se encontraría en una posición bastante más alejada del mercado de la infracción, en comparación con las víctimas directas. Ello le obligaría a enfrentarse a otras dificultades probatorias añadidas, porque en cada mercado aguas-arriba se manifestaría una serie de factores con incidencia sobre los precios y debería analizarse de qué forma cada uno de estos contribuyó a la consecución del daño. En este contexto, la prueba de la causalidad se transforma en un ejercicio muy difícil. Algunos juristas han manifestado que la lejanía aguas-abajo podría ser considerada el principal indicador de las probabilidades que tienen estos demandantes de ganar el pleito, si bien podrían darse algunas excepciones. Se trataría de supuestos en que existan productos complementarios al afectado por la práctica anticompetitiva y sea posible la comparación de estos mercados relevantes con el afectado por la práctica *antitrust* alegada²⁵.

Finalmente, dificultades muy similares enfrentan también los demandantes de una acción de clase, cuando en la consecución del daño concurren, además de la práctica anticompetitiva, otras causas ajenas a ella, que no afecten de la misma forma a todos los miembros de la clase y sea necesario proceder a la desagregación de los daños, en atención a las causas que los generaron. Los tribunales nacionales que se enfrentaron a estas situaciones hicieron una excepción y optaron por permitir el análisis estocástico de la causalidad, considerado suficiente para probar el efecto global de un cártel sobre una determinada clase de transacciones. Se determinó la cuantía total de los daños y perjuicios anticompetitivos causados a toda la clase, que después fue repartida entre sus miembros, en función de las probabilidades de cada uno de verse afectado por la práctica en cuestión²⁶.

4. CONCLUSIONES

Es evidente que la prueba de la causalidad en una acción de daños *antitrust* reviste ciertas dificultades que no pueden observarse en el caso de las acciones de daños comunes. Ello se debe a que la prueba que reviste mayor importancia en estos procedimientos es el informe pericial de cuantificación de daños que se basa en un análisis económico probabilístico de la causalidad. Un análisis que impedirá la obtención de resultados exactos o probar la existencia de la causalidad con el nivel mínimo de certeza exigido por los tribunales en aquellos supuestos en que se observe, por ejemplo, una desviación aleatoria de los precios. Además, la realización de un análisis detallado de la causalidad en estos procedimientos puede

25 Vid. Meier-Rigaud/Schwalbe: "Quantification of Antitrust Damages", publicación online disponible en http://www.ieseg.fr/wp-content/uploads/2013-ECO-09_Maier-Rigaud.pdf, 2013, págs. 37-38.

26 Vid. Abele/Kodek/Schaefer: "Proving causation in private antitrust cases", en *Journal of Competition Law and Economics*, nº. 7, 2011, págs. 4-5.



conducir a un incremento sustancial de las costas que implica su tramitación, de modo que la introducción, a través de la Directiva aplicable en la materia, de la presunción *iuris tantum* de que un cártel genera daños facilitará en muchos casos la tramitación de estos procedimientos.