
COMENTARIOS DE LA AEDC AL SEGUNDO BORRADOR DE GUÍA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA¹

COMENTARIOS GENERALES

- La Asociación Española de Defensa de la Competencia (“**AEDC**”) agradece a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”) que haya sometido a consulta pública la segunda versión del borrador de guía de cuantificación de daños. La AEDC ya hizo comentarios a la versión anterior, de julio del 2021, y se congratula de que algunas de sus propuestas se hayan recogido en esta nueva versión. En líneas generales la AEDC está de acuerdo con este segundo borrador de la guía, y algunas de sus modificaciones que son muy bienvenidas. En particular:
 - Mantiene los aspectos que el primer borrador cubría muy bien, como una descripción clara y detallada de los distintos métodos de cuantificación (comparativos, simulación, financiero) y las ventajas relativas de cada uno; e
 - Introduce nuevos elementos que son útiles como la diferencias con daños derivados de conductas de exclusión y el ejemplo práctico.
- El nuevo borrador excluye los anexos 1 y 2 del primer borrador que contenían el contexto jurídico y una recopilación de sentencias y estadísticas derivadas de casos como el del azúcar, los sobres, las gasolineras o los camiones. La AEDC no tiene comentarios al respecto y muy al contrario, está de acuerdo en que se hayan suprimido estas secciones, como ya sugirió en sus comentarios al primer borrador. Sin embargo, algunos elementos de aquellos anexos, en particular las estadísticas de la frecuencia relativa de los distintos métodos, eran útiles y quizás cabría plantearse recuperarse algunos mensajes cualitativos.
- En materia de presentación o estilo:
 - La guía es ahora mucho más extensa (aproximadamente el doble de largo). Aunque la AEDC es consciente de que difícil compaginar precisión y facilidad de lectura en un tema complejo, lo cierto es que sería deseable y más accesible si la guía fuese más concisa en el cuerpo principal. De ser necesario, se podrían trasladar discusiones secundarias a notas a pie de página y anexos (o eliminarlas si no fuesen temas centrales).

¹ Comentarios elaborados por un grupo de trabajo en el que han participado y hecho comentarios los siguientes miembros de la AEDC: Ainhoa Veiga; José Daniel Vargas Rozo; Xavier Mas, Carlos Pascual Pons, Pedro Miralles, Francisco Pernas, Natalia Gómez, María Pérez Carrillo, Enrique cañizares, Elena Zoido, Patricia Cano, Enrique Ferrer, Íñigo Igartua, Beatriz Pérez, Eduardo Gómez, Ricardo Queralt, Oriol Armengol, Manuel Contreras, Cristian Gual, José Pérez, Esther de Félix, Patricia Vidal.

-
- En ocasiones puede que tenga un lenguaje poco preciso en las recomendaciones: por ejemplo, qué es un requerimiento legal y qué no, en dónde hay jurisprudencia y dónde no, qué es puramente una recomendación conceptual basada en principios económicos.
 - Una sugerencia general sería distinguir con más cuidado entre mejores prácticas (lo deseable) y estándares mínimos (lo necesario). Insistir en mejores prácticas es lo correcto para que todas las partes puedan identificar evidencia económica de alta calidad y valorarla acordemente en los procesos judiciales. Sin embargo, esto es deseable en la medida que esto no introduzca una barrera a los demandantes si se requiere un estándar desproporcionadamente alto (sobre este punto de proporcionalidad, ver el comentario siguiente). Por otro lado, es importante recomendar estándares mínimos para que todas las cuantificaciones sean razonables y tengan credibilidad. Por lo que respecta a cuestiones de más calado jurídico donde la Guía ha de ser cauta, algunos miembros del grupo de trabajo (aunque no representa la opinión de todos, ni tampoco necesariamente de la mayoría, pero sí de algunos) han manifestado lo siguiente :
 - Si bien evita abordar cuestiones jurídicas, que están *sub iudice*, todavía la Guía desliza un tono prescriptivo que, probablemente, no le corresponda. Así, se insiste por parte de algún miembro del grupo de trabajo que ha propuesto este comentario, que se incluyan referencias más claras al principio de proporcionalidad, en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea. Otras cuestiones de calado jurídico más concretas que propone en esta línea:
 - Párr. 223.ii, que exige un “*conocimiento profundo de la infracción, del sector y del mercado afectado*”, consideración que puede resultar desproporcionada en algunos casos.
 - Párr. 223.vii puede resultar inapropiado. Serán los tribunales de justicia los que, en última instancia, considerarán la procedencia o no de acudir a estimaciones en sentencias previas y en qué condiciones.
 - El tratamiento en los párrs. 23 y 24 de la repercusión del sobrecoste supone un pseudo-planteamiento jurídico que no corresponde a una Guía consultiva de estas características. Se recomienda, por tanto, revisar la redacción o, directamente, remitirse a las directrices de la Comisión Europea en la materia.
 - En cuanto a acceso a datos, el borrador vuelve a adentrarse en cuestiones jurídico-procesales ajenas a su cometido, en particular cuando trata de salas de datos y círculos de confidencialidad, que parece identificar. Se recomienda por parte del autor de este comentario, que, en su caso, trate exclusivamente de las cuestiones de acceso a información obrante en expedientes tramitados por la CNMC.

COMENTARIOS A LAS SECCIONES ESPECÍFICAS

1. INTRODUCCIÓN

- Sería aconsejable hacer énfasis, desde la propia presentación, de la naturaleza “consultiva” de la Guía.

2. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

- En términos generales, la Sección 2 del segundo Borrador tiene una estructura adecuada, comenzando por una serie de Cuestiones Generales, siguiendo con un apartado dedicado al Informe Pericial para pasar posteriormente a explicar las distintas metodologías y las cuestiones relacionadas con la capitalización del daño, la cuantificación del daño en los casos de exclusión, y terminando con una lista de comprobación que oriente al evaluador de las pruebas periciales.
- Se sugiere realizar una última comprobación en relación con la consistencia de los términos utilizados a lo largo de la sección² y de la coherencia entre las explicaciones de cada uno de los apartados con la lista de comprobación, para asegurarse, por ejemplo, que determinados pasos apuntados en la lista no quedan sin explicar en el cuerpo de la sección.

2.1 CUESTIONES GENERALES

2.1.1 Conductas anticompetitivas sancionables y agentes involucrados

- Se sugiere cambiar el nombre de “Conductas colusorias” por el de “Prácticas restrictivas”. La colusión es solo una, aun cuando quizás la más importante, de las prácticas sancionables. Pero no es el único tipo. Por ejemplo, como bien explica la nota al pie 11, existen también las prácticas verticales. En este caso, las principales prácticas restrictivas sancionables no conllevan la “colusión” entre proveedor y su distribuidor como dice la nota, sino que se trata de otras prácticas restrictivas. Se sugiere revisar para proporcionar una descripción más precisa.
- Sería útil clarificar que la mayor parte de la guía se aplica a sobrecostes (a pesar de la inclusión de material adicional sobre el daño generado por conductas excluyentes). Por ejemplo, ya la sección a continuación sobre repercusión se aplica solamente a sobrecostes.
- En el **párrafo 19** se enumeran los posibles perjudicados por una conducta anticompetitiva, incluyendo a proveedores y a otros agentes. Consideramos necesario enfatizar la especial necesidad de probar el nexo causal del daño en esos casos.

² Por ejemplo, en ocasiones se emplea el término “daño” cuando sería más correcto hablar de “sobrecoste” o “sobreprecio”; o se emplea el término “cártel” cuando debería hablarse de “infracción”, o se emplea el término método econométrico cuando lo correcto sería hablar de “técnica econométrica”

- En el **párrafo 22**, no es necesariamente cierto que el daño causado por las conductas excluyentes sean principalmente horizontales. Por ejemplo, muchos abusos de posición dominante (por ej. *margin squeeze*, *leveraging*) pueden ser verticales o no horizontales en naturaleza.
- En cuanto a la organización de esta subsección inicial, el Borrador parece que mezcla algunos conceptos principales, los cuales convendría presentar de forma clara y separada. Ejemplo de ello es el **párrafo 22**, donde se indica que las conductas excluyentes afectan principalmente a competidores, ocasionando un lucro cesante, aunque los consumidores también pueden estar afectados debido a un sobreprecio. Por otra parte, el **párrafo 19** no pareciera estar relacionado con el resto de la sección e interrumpe la exposición sobre la clasificación de tipos de daño. Aunque nada de lo descrito es falso, hay un riesgo en confundir al lector y por ellos sugerimos separar y explicar de forma clara:
 - la introducción;
 - las diferentes conductas anticompetitivas que pueden causar daños;
 - los efectos que tales conductas pueden tener en el desempeño del mercado, ya sea en los precios como en las cantidades vendidas;
 - los tipos de daño, en lenguaje jurídico, que estos efectos pueden generar; y
 - los diferentes agentes afectados por los efectos de las conductas en el mercado y los posibles daños que se pueden derivar de los mismos.

2.1.2 Repercusión del sobrecoste

- Como comentario general, puede resultar confuso que la guía resalte la repercusión al comienzo del texto, incluso antes de discutir en detalle el sobrecoste en sí mismo y los métodos para cuantificarlo. El daño no es algo tangible que se traslada de proveedores a compradores a lo largo de la cadena de valor. Creemos importante hacer hincapié en que son los posibles efectos de una conducta anticompetitiva, en los precios y en el volumen de ventas, los que pueden originar daños a los diferentes agentes del mercado. En base a esto se considera que los compradores directos pueden reducir el impacto de un incremento inicial de los precios por parte de los infractores, trasladando este aumento de precios (total o parcialmente) a sus respectivos compradores, repercutiendo de esta manera total o parcialmente el sobrecoste aguas abajo y generando un daño a los mismos. Esto es lo que comúnmente se refiere como al traslado total o parcialmente del daño a compradores indirectos.
- En relación a la repercusión, sugerimos que se desarrolle en esta sección (o en otro lugar) desde un punto de vista más práctico el tipo de análisis que se podría realizar y el tipo de información

que podría ser útil considerar para aportar evidencia sobre la existencia o el grado de repercusión.

- En el **párrafo 25** se viene a afirmar que la repercusión del sobrecoste no podría conseguir “la plena exculpación del demandado”, sugiriendo además que solo podrá ser un “elemento modulador” de la indemnización. Esta afirmación no es correcta, ya que el daño sí podría ser cero como consecuencia del efecto de repercusión del sobrecoste y en ausencia, o a pesar, de efecto volumen. La Guía de la CE sobre el passing-on no descarta esta posibilidad que, por otra parte, ha sido avalada por la Audiencia Provincial de Madrid en una reciente Sentencia sobre el “seguro decenal”³.
- Por otra parte, aunque es esencial tener en cuenta tanto el efecto precio como el efecto volumen para captar toda la dimensión del daño sufrido, puede ser útil recordar que la interacción de ambos efectos no da lugar a un juego de “suma neta”, sino que funcionan hasta cierto punto en direcciones opuestas. En el **párrafo 21**, tal y como está redactado el texto, puede llevar a la impresión de que se “acumulan” de manera neta en todos los casos y sin matices. Sin embargo, para que exista efecto volumen, es necesario que el comprador haya trasladado al menos una parte del sobreprecio aguas abajo, lo cual implica que ese “passing on” ha reducido el importe del efecto precio.
- El **párrafo 31**, pretende condensar ciertos criterios o reglas de valoración de la probabilidad de repercusión del sobrecoste, basados en la Teoría Económica, que estarían desarrollados en la Guía CE del Passing-on, como reconoce la **nota al pie 21 del Borrador**. Sin embargo, se sugiere revisar su redacción y evitar ser excesivamente determinante, puesto que, como la propia Guía CE del passing-on explica, son simplemente criterios generales, que deben valorarse a la luz de las circunstancias concretas del caso y de la interdependencia entre ellos. Se sugiere resaltar la necesidad de realizar una evaluación completa de los criterios y de su acción interdependiente⁴.

³ AP Madrid (Secc 28) Sentencia número 377/2002, de 19 de mayo de 2022, Recurso de Apelación 292/2021

⁴ Por ejemplo, en el caso del azúcar, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el mercado de los dulces era competitivo (lo que por sí solo podría llevar a pensar que la repercusión del sobrecoste en la adquisición del azúcar a los precios de los dulces sería probable), sin embargo, también valoró que los fabricantes de dulces nacionales competían con otros de fuera que no habían sido afectados, lo que lleva a descartar la probabilidad de la repercusión.

- Por ejemplo, el primer inciso sobre la intensidad de la competencia en el mercado es demasiado determinante, apuntando a que en mercados con mayor intensidad competitiva, menor será la probabilidad de repercusión. Sin que ello sea del todo erróneo, debería matizarse ya que ese principio va a depender de otros factores, como la proporción del mercado afectado, el plazo considerado o el poder compensatorio de la demanda. La redacción del **párrafo 54** y del apartado 8.5 de la Guía CE del passing-on explican este aspecto de una manera menos determinista.

2.1.3 Acceso a los datos

- Esta sección cubre diversos temas como la asimetría de la información en litigios por daños, la ley de transparencia, el acceso a las pruebas de los expedientes de las autoridades de la competencia o la protección de información confidencial, pasando de uno a otro sin clara indicación sobre cuál es el hilo conductor, por lo que se sugiere mayor explicación al respecto. En todo caso, como ha apuntado algún miembro del grupo de trabajo (ver comentarios en la introducción), el acceso a los datos y las salas de datos deberían explicarse en la guía como un sistema que se emplea en los expedientes de competencia y que pueden ser tenidos en cuenta por los jueces en la vía civil, pero no son obligatorios ni debería pronunciarse la Guía sobre su necesidad, además de que debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad.
- El **párrafo 32**, que se presenta como introducción al epígrafe, habla de la necesidad de facilitar el acceso a las fuentes de prueba para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a realizar una reclamación. Se sugiere añadir también que el acceso a los datos es una pieza esencial del derecho a la defensa de las partes del procedimiento, tanto para valorar el posible passing-on del sobre coste, como para poder acceder a los datos empleados en la prueba del demandado y del demandante.
- En el **Párrafo 39** sugerimos proveer de cierta guía sobre qué tipo de información puede ser pertinente de ser solicitada por alguna de las partes con el propósito de cuantificar los posibles daños derivados de una infracción de la competencia. Por ejemplo, los demandantes pueden requerir información sobre precios de insumos y otros costes de producción del bien o servicio objeto de la infracción a las partes demandadas con el objetivo de evaluar si los precios de venta se incrementaron con respecto a los costes, garantizándose la confidencialidad de los mismos al ser datos de carácter privado. El juez, basado en los argumentos de los expertos, puede valorar la medida en la que datos privados de los demandados pueden ser esenciales o la existencia de datos en el dominio público que puedan ser buenos sustitutos.

Círculos de confidencialidad (salas de datos)

- Del título del apartado “b”, parece desprenderse que los círculos de confidencialidad y las salas de datos son dos figuras equiparables, cuando no es así. Se sugiere explicar con algo más de detalle en qué consisten los “círculos de confidencialidad” y en qué consisten las “salas de datos”, ya que son aspectos distintos y cada uno tiene unas características operativas concretas, por lo que nos parece necesario diferenciar y explicar en detalle las particularidades de ambas figuras.
- El contenido de los **párrafos 46 y 47** tiene que ver en general con la regulación de los círculos de confidencialidad, y no con las salas de datos específicamente, que son un modo de acceso a la información, no una regulación de la confidencialidad (podría imaginarse una sala de datos sin ningún límite en cuanto a confidencialidad). El Borrador solo trata de la sala de datos propiamente el último guion del **párrafo 47**.
- Por tanto, o bien deberían desarrollarse de manera específica unas indicaciones sobre cómo celebrar las salas de datos (cuestión no exenta de dificultades y que podría exceder el objeto de la Guía de la CNMC), o bien debería cambiarse el título de este apartado b) a “Círculos de confidencialidad” solamente y en otro apartado distinto señalar lo relativo específicamente a “salas de datos”.
- En los círculos de confidencialidad, la información que se considere confidencial se puede compartir entre un reducido número de personas, que asumen un compromiso con el Tribunal. En las salas de datos, se habilita la puesta a disposición o acceso a la información confidencial de forma electrónica a un determinado grupo de personas, pero sin que la información pueda abandonar o extraerse de la sala de datos, que podría ser física o virtual.
- El **párrafo 46** cita dos ventajas de los círculos de confidencialidad, pero existen otras más específicas de las salas de datos, como:
 - La puesta a disposición de la información con el formato de sala de datos permite a una parte contrastar la información empleada y la metodología aplicada por la otra parte, es decir, permite, mediante el acceso a los datos y a los comandos, verificar la replicabilidad de la cuantificación de la otra parte, que es uno de los requisitos que el Borrador exige a los informes periciales (**párrafo 52**). Asimismo, permite a la parte que accede a los datos realizar planteamientos alternativos tomando como punto de partida los datos a los que se accede.
 - El formato de sala de datos puede ser adecuado cuando se deba acceder a una gran cantidad de información confidencial, cuya censura sea muy difícil o pueda limitar las posibilidades de replicar la cuantificación.

- El **cuarto bullet del párrafo 47** sobre la organización logística de las salas de datos habla de la forma de “entrega” de la documentación. Se sugiere sustituir el término “entrega” por el de “puesta a disposición”, que es el empleado en el párrafo 46 del Borrador. También se sugiere una remisión para las cuestiones logísticas a las Buenas Prácticas de la Comisión Europea para el uso de Data Rooms en el acceso a información en expedientes de la DG Comp⁵.

2.2 EL INFORME PERICIAL

- Si bien entendemos que los principios para la elaboración de informes económicos que se presentan en la Dirección de Competencia de la CNMC son útiles y pueden ser considerados en los informes periciales, el papel del perito económico y su obligación con respecto al Tribunal, hace recomendable que se posicione esta recomendación de forma apropiada, más como sugerencia técnica y de buena praxis, más no como una recomendación explícita.
- En el **párrafo 51**, la redacción actual parece limitar la finalidad del informe pericial a la cuantificación del daño. Consideramos necesario indicar que el informe pericial también es necesario, en algunas ocasiones, para probar la existencia del daño (por ejemplo, en un caso de cártel en el que resulte de aplicación el régimen legal anterior a la nueva LDC, o en infracciones del artículo 102 TFUE).
- En el **párrafo 52**, la actual redacción puede inducir a confusión en el sentido de concluir que sólo será completo y transparente el informe que acompañe físicamente toda la información subyacente. Consideramos necesario puntualizar que la información subyacente de los informes periciales puede también ser ofrecida mediante sala de datos, o con sujeción a otras medidas de confidencialidad, en línea con lo expuesto en el apartado 2.1 del Borrador.

2.2.1 Características del sector y mercado afectados

- El **párrafo 55** del Borrador explica la conveniencia de que el informe pericial realice un análisis del mercado afectado, enumerando una serie de aspectos que dicho análisis debería cubrir. En el segundo de los bullets, el Borrador explica la importancia de explorar los factores determinantes de la oferta y la demanda. Se sugiere revisar la redacción de la última parte, dedicada a la demanda:
 - La sensibilidad de la demanda de un producto no solo es a la renta disponible de los consumidores, sino que también, en el caso de productos intermedios o bienes de inversión, pueden ser sensibles a la renta, gasto o producción de determinados sectores o de la economía en su conjunto.

⁵ European Commission. 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*. Disponible en https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf

- El final del bullet señala que sería deseable conocer o estimar los valores de la elasticidad precio y renta de la demanda del mercado. Aun cuando es verdad que conocer dichos valores puede ser útil, no es estrictamente necesario para poder realizar un análisis adecuado de cuantificación del daño, siendo suficiente con explicar cuál es la sensibilidad y aportar, en su caso, evidencia cualitativa.
- El quinto bullet expone la necesidad de que el análisis del mercado estudie si el mercado en el que se ha producido la infracción es de productos intermedios o finales. Sin menoscabar la importancia de tal distinción, se considera que el estudio del mercado también debe comprender un análisis de las propias características del producto o servicios del mercado afectado, explicando su naturaleza, si es un producto homogéneo o diferenciado, los rangos de precios, la frecuencia de compra, el componente tecnológico, y cualquier característica específica que pueda afectar a la variable de estudio.

2.2.2 Teoría del daño y descripción del escenario contrafactual

- El segundo Borrador acierta en resaltar la importancia del escenario contrafactual y advertir sobre los peligros de no definirlo cuidadosamente.
- Es importante destacar que los supuestos sobre la infracción no están incorporados necesariamente en la cuantificación. En otras palabras, los métodos comparativos son agnósticos en cuanto a la naturaleza de la infracción; es decir, el análisis y procedimiento a realizar es el mismo, independientemente de la calificación de la infracción. De hecho, esta es una ventaja de los métodos comparativos en relación con los métodos de simulación donde sí se necesitan importantes supuestos sobre como funcionó la infracción (como se describe en el párrafo 59).
- Sugerimos que el Borrador debería ser más explícito en considerar que una infracción puede generar daños en la medida que pueda tener un impacto en el desempeño del mercado y en alguno de los resultados del mismo, como los precios y/o los volúmenes de venta. Es por esta razón, junto a otras, que una descripción ajustada del funcionamiento del mercado es un elemento imprescindible en cualquier ejercicio de cuantificación del daño.
- Se considera acertada la explicación que los **párrafos 57 a 59** proporcionan a la importancia que los informes periciales realicen un análisis de la teoría del daño, como punto de partida para poder construir el escenario contrafactual. Asimismo, la necesidad de que se parta de una teoría del daño “adecuada” es uno de los primeros puntos de la lista de comprobación que el Borrador propone (párrafo 161). Por ello, se sugiere proporcionar una sucinta explicación del concepto de teoría del daño y ejemplos concretos. En las alegaciones al primer borrador, la AEDC sugería algo en los siguientes términos:

“En opinión de varios miembros del grupo, el Borrador debería recomendar que puede ser conveniente que las estimaciones partan de una teoría del daño plausible, que relacione la variable de interés en la estimación (por ejemplo, el precio) con la conducta anticompetitiva en el contexto concreto de mercado en el que se produce la misma. La teoría del daño debe ser plausible dadas las características de la infracción y la evidencia disponible sobre el mercado afectado, ya que, si bien, la teoría del daño puede ser evidente en casos de cártel duro, no lo es tanto en otro tipo de infracciones de la normativa de competencia, como aquellas prácticas cuya consecuencia ha sido la exclusión de otros competidores o, incluso, otras en las que se ha podido producir una reducción en la variedad de la oferta y/o la calidad del producto u otras con efectos más ambivalentes, como los intercambios de información, o las restricciones verticales.”

- Sin embargo, cuando se analice la teoría del daño, es necesario tener en cuenta que el rol del contrafactual puede variar de acuerdo al método. En particular, en métodos comparativos para estimar el sobreprecio, lo que se necesita generalmente son sólo los “contornos” de la infracción (fechas, mercado geográfico y producto). El contrafactual está claramente definido como la ausencia de la infracción que es aproximado por datos de otro período/mercado/geografía una vez que se tienen en cuenta otras diferencias y factores no relacionados con la infracción pero que tienen impacto en la variable de análisis.
- Los **párrafos 60 a 62** se dedican a la delimitación temporal de los daños reclamados, destacando cómo en las reclamaciones *follow-on*, existen motivos que pueden hacer que el ámbito temporal de los efectos en el mercado de las conductas sancionadas no coincida con la duración de la infracción, tal y como se recoge en la decisión de la autoridad de competencia. El Borrador no aclara, sin embargo, qué tipo de evidencia o motivos son los que deberían tenerse en cuenta para evaluar esta situación.
- En el **párrafo 61**, a través de la nota al pie 34, se proporciona un detalle de cuándo los efectos podrían haber comenzado después del inicio de la infracción. Se sugiere añadir también una nota al pie al final del párrafo para explicar en qué casos se podrían encontrar efectos más allá del fin de la infracción. En concreto, se podría remitir al párrafo 153 de la Guía Metodológica de la CE, que habla de los efectos coordinados en mercados oligopolísticos.

- En el **párrafo 62** se apunta a la conveniencia del empleo de técnicas econométricas para delimitar temporalmente la duración de los efectos de la infracción, realizando pruebas de cambio estructural en las variables relevantes. Sin menoscabar la utilidad de dicha prueba en determinados supuestos, se recomienda rebajar o eliminar dicha recomendación, puesto que puede no ser factible ni necesaria en todos los casos. Un buen análisis gráfico y descriptivo de la variable relevante y de aquellas otras que inciden en la misma, puede ser también útil a los efectos de detectar el inicio o el fin de los efectos. Por otro lado, la prueba de cambio estructural podría producir falsos negativos ante efectos no muy relevantes o podría ser de poca utilidad en casos en los que la infracción no haya producido efectos.

2.2.3 Selección de las variables relevantes y datos utilizados

- Como comentario general, la selección de las variables relevantes depende del método a ser utilizado. El texto de esta sección en gran parte supone que el método a ser utilizado es uno comparativo, con lo cual debe aclararse la información mínima necesaria a incluir según el método a emplear.
- Se sugiere revisar la redacción y orden de los **párrafos 67 y 69**, dejando un párrafo, por ejemplo, el 67 siguiendo el orden lógico, para la variable relevante sobre la cual se van a cuantificar los efectos de la infracción; y a continuación otro párrafo con el contenido del **párrafo 69** dedicado a las variables de control, es decir, aquellas que pueden explicar el comportamiento de las primeras y apuntando a que son las técnicas econométricas las que permiten su consideración.
- En la **nota a pie de página 37 del párrafo 68** se dice: “se podría asignar el valor 1 si la venta se ha visto afectada por la conducta y el valor 0 en caso contrario”. Esta definición debería matizarse dado que no es adecuado referirse a “venta afectada por la conducta”; el término “*afectada*” parece implicar que el precio de esa venta efectivamente fue afectado por la conducta, cuando es un aspecto que precisamente se trata de averiguar con el análisis. Por ello, en lugar de “*afectada*” sugerimos decir “*durante el período de infracción*” o “*en el mercado de infracción*” o “*que cae dentro del ámbito de la infracción*” o similar, de forma que sea una redacción neutra, que no implique de forma predeterminada que exista afectación o efecto.
- En el **párrafo 71** (sobre las fuentes públicas) se indica que “(ii) *al ser accesibles para todas las partes no están sujetas a problemas de manipulación estratégica*”. A *sensu contrario*, esta redacción parece sugerir que las fuentes privadas sí podrían estar sujetas -con carácter general- a manipulación. Entendemos que tal afirmación carecería de base y que no deberían arrojarse dudas sobre este punto, sobre todo a la luz del párrafo 72 del Borrador (en el que se reconoce que el uso de fuentes privadas no debería plantear ningún problema) y teniendo en cuenta que se trata de los datos más aproximados a la realidad y más útiles para demostrar y cuantificar el daño de forma certera.

- El **párrafo 75** apunta que la base de datos específica del caso debería contener un “*número suficiente de observaciones para garantizar unos resultados robustos*”, refiriéndose en la nota al pie 40 a la suficiencia en el número de observaciones para realizar técnicas de inferencia estadística. Sin restar importancia ni cuestionar dicho planteamiento, se considera que en este punto el Borrador debería explicar brevemente que un requisito esencial en las bases de datos que se empleen en los informes periciales es que éstos deben justificar que los datos empleados sean representativos y suficientemente comparables, cuestiones ambas que sí plantea el Borrador en las preguntas de la lista de comprobación (ver preguntas en los párrafos 169, 170 y 185).

A estos efectos, las Alegaciones de la AEDC al primer borrador ofrecía una explicación de la importancia de estos conceptos⁶. Además, dada la necesidad de que los informes periciales justifiquen la representatividad y comparabilidad de los datos empleados, lo que convendría que el Borrador de la CNMC explique en detalle, a ser posible con ejemplos, es cómo se justifica la representatividad y comparabilidad. Asimismo, cabe indicar que, cuanto más heterogéneo sea el producto analizado, la muestra empleada deberá considerar cuidadosamente dicha heterogeneidad no solo para ser representativa del mercado analizado, sino para evitar que el resultado del análisis pueda estar afectado por la misma (por ej. al realizar una comparación entre productos con características diferentes).

- En el **párrafo 76** se indica que “*el proceso de recogida de datos: las fuentes utilizadas, el método de obtención de la muestra, el proceso de selección de unos datos frente a otros, etc.*”. La mención de “*el proceso de selección de unos datos frente a otros*” puede inducir a confusión. Se sugiere hablar de “*la utilización de unos datos frente a otros*”, evitando hablar de “selección” de unos datos frente a otros, lo cual puede confundirse con un sesgo de selección.

2.2.4 Metodología y presentación de resultados

- Sería útil enfatizar que la disponibilidad de datos puede ser uno de los factores claves para inclinarse por un método u otro (similar a lo mencionado en el **párrafo 73** en relación a la selección de variables).
- En el **párrafo 80** se explican las técnicas estadísticas. Se sugiere añadir que junto con los estadísticos básicos descriptivos (media, moda, etc.) que el Borrador señala, también es útil comenzar proporcionando un análisis gráfico de la variable de interés y de aquellas otras que pudieron afectarla.

⁶ Véase el apartado “2.1.4 Representatividad y comparabilidad de las observaciones” en el documento de comentarios al primer Borrador de la CNMC.

- En tercer lugar, porque el uso de este tipo de recursos puede llevar a justificar indebidamente y legitimar cuantificaciones realizadas aparentemente en otros mercados, con datos no contrastables y con métodos no validados, lo cual hace que sea una aproximación no solo incorrecta sino insuficiente para el propósito que demanda un informe pericial.
- Finalmente, no puede ser considerado como relevante o método válido, la aplicación de promedios basados en infracciones pasadas al no hacer parte de lo que se consideran mejores prácticas. Tampoco debería ser *acceptable* este tipo de evidencia al no cumplir con los requisitos mínimos establecidos por los textos de referencia (por ej. Guía Práctica CE).
- Por ello, se sugiere que en la Guía se exprese un rechazo directo al uso de este tipo de aproximaciones para obtener, así sea de forma parcial, una cuantificación de daños en un asunto concreto. De otro modo, podría ser usado como excusa o pretexto para que peritos, abogados y jueces no analicen de manera completa e individualizada la hipotética cuantificación de daños de cada conducta de manera específica, algo fundamental en este tipo de asuntos.

2.3 LOS MÉTODOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

- En el segundo Borrador se observa un avance respecto al objetivo que este grupo de trabajo apuntó⁷. Sin embargo, observamos que aún falta profundizar en algunos casos, y en otros matizar o eliminar diversos aspectos, para lograr el objetivo pretende tener esta Guía de la CNMC.
- En primer lugar, se realizan los siguientes comentarios de carácter general al **apartado 2.3** (*Los métodos de cuantificación del daño*) del segundo Borrador:

No hay referencias directas a los textos empleados para el desarrollo del apartado 2.3

- El segundo Borrador no precisa qué textos disponibles ha empleado de referencia para el desarrollo de todo el apartado 2.3 sobre los métodos de cuantificación del daño.

⁷ En los comentarios al primer Borrador de la Guía de la CNMC, el grupo de trabajo de la AEDC consideró que el objetivo de este apartado de Métodos de Cuantificación del Daño debería ser *“proporcionar una serie de indicaciones y explicaciones que complementen los textos ya disponibles, especialmente la Guía Práctica de la Comisión Europea con aportaciones sencillas y ejemplos prácticos que proporcionen a los jueces una forma de entender y formular preguntas sobre las distintas aproximaciones técnicas que se le presenten, para que puedan dilucidar si las decisiones técnicas y la cuantificación del daño, son razonables o si, por el contrario, simplemente carecen de un rigor técnico y pueden distorsionar el resultado. Todo ello, con la idea de dotar a los jueces de pautas claras para entender y orientar las discusiones técnicas, ante la variedad de métodos disponibles y las particularidades que deben tenerse en cuenta en la aplicación de los mismos.”*

- Sería importante que el segundo Borrador empezara referenciando los textos específicos que emplea para el desarrollo de dicho apartado (por ej. la Guía Práctica de la Comisión Europea (CE)).

No es posible identificar lo que el segundo Borrador de la CNMC pretende proporcionar como complemento de los textos ya disponibles, especialmente la Guía Práctica de la CE

- Es difícil precisar lo que el segundo Borrador complementa de los textos ya disponibles, especialmente la Guía Práctica de la CE. Ello se debe a que en el segundo Borrador se observa que se presenta un resumen corto y bajo una redacción alternativa de numerosos aspectos explicados y desarrollados con detalle en la Guía Práctica de la CE.
- En este sentido se sugiere que la Guía de la CNMC:
 - Junto con la redacción alternativa o resumen del texto de referencia (por ej. la Guía Práctica de la CE), se citen explícitamente no solo el párrafo concreto del documento de referencia, sino todos los párrafos adicionales para profundizar sobre el tema, indicando en qué medida comparte o resume lo previsto en dicha Guía Práctica. Alternativamente, se sugiere mantener la misma redacción del documento de referencia (por ej. la Guía Práctica de la CE), para evitar confusiones;
 - Indique de manera clara, aquellos aspectos específicos que son realmente complementarios de los textos ya disponibles, justificando y explicando con el mayor detalle posible los mismos;
 - Explícite en qué parte está asumiendo un aspecto no contemplado por el texto de la CE;
 - Evite hacer afirmaciones generales, sin el suficiente apoyo empírico o teórico, dado que ello lleva a una mayor confusión o a generar dudas infundadas sobre la utilidad de los métodos.

Ausencia de explicación de las implicaciones de omitir o incluir de forma errónea los aspectos a tener en cuenta en los distintos métodos

- El segundo Borrador adopta, por lo general, un planteamiento asertivo sobre aquellos principios y pasos a seguir en los distintos métodos de cuantificación. Sin embargo, se echa de menos una mayor profundización en:
 - Cómo detectar que se cumplen o no con los distintos principios o pasos descritos en cada método;
 - Cuáles son las implicaciones (por ej. en términos de estimación del sobreprecio), cuando tales principios o pasos a seguir en el método seleccionado, o bien se omiten o bien se tienen en cuenta pero de forma parcial o errónea. Algunos otros miembros de la AEDC consideran en cambio que la Guía no debe entrar a determinar cuál es la consecuencia jurídica que debe extraerse de si no se siguen los pasos; es el juez el que debe de determinar la consecuencia y la guía limitarse a exponer ejemplos de error grave a que

puede llevar el que no se sigan esos principios básicos del método seleccionad; en otras palabras, la guía debería entrarse en consecuencias económicas, no jurídicas en este punto;

- Proporcionar más ejemplos concretos y claros que desarrollen diversos aspectos que según el Borrador deberían tenerse en cuenta en la aplicación de los diversos métodos.

Comentarios a la parte introductoria del apartado 2.3.

- En el **párrafo 85** del segundo Borrador, se indica que *“una metodología de cuantificación de daños diferente a las presentadas en esta Guía no debería ser rechazada de forma automática, especialmente si la elección está justificada de forma razonable por las características del caso o por la disponibilidad de información”*.

- Al respecto sugerimos que:

- El método alternativo diferente que se emplee, debe ser explicado detalladamente por la parte que lo use: debe explicarse cuáles son los supuestos sobre los que se fundamenta, los datos empleados y el procedimiento para obtener el escenario con infracción y sin infracción, junto con la estimación detallada del sobreprecio o del daño.
- Adicionalmente, también debe indicarse por la parte que lo emplea, las limitaciones y desventajas que tiene dicho método alternativo;
- Se revise la nota al pie 44 que realiza el segundo Borrador sobre el párrafo 30 de la Guía Práctica de la CE, dado que se le da un alcance que dicho párrafo no tiene.

Dicho párrafo 30 se refiere a *“pruebas más directas de que dispongan las partes y los tribunales (por ejemplo, documentos internos de las empresas infractoras sobre incrementos de precios acordados”, las cuales pueden aportar “información útil para evaluar la cuantía de los daños y perjuicios en un asunto concreto”, sujeto a “a las disposiciones jurídicas nacionales aplicables”*.

Pero, dicho párrafo no apunta a la *“falta de información”* ni *“otras pruebas”* como justificación para utilizar un método diferente a los presentados en dicha Guía.

- En el **párrafo 86** del segundo Borrador, se indica que *“[e]n ocasiones, puede que se apliquen varios métodos a un mismo caso, ya sea en el mismo informe pericial o en los respectivos informes de las partes. Si los resultados son similares, pueden verse reforzadas las conclusiones o contribuir a establecer una estimación del nivel mínimo del daño causado por la infracción”*.

- Se considera que esta afirmación debe matizarse porque puede darse el caso que, aun cuando se apliquen varios métodos a un mismo caso y se obtengan resultados similares, ello no implica que los métodos hayan sido aplicados correctamente, ni tampoco garantiza que los datos empleados no sean erróneos como deben ser en este tipo de análisis. Adicionalmente, de emplearse como una estimación mínima del daño podría llevar a una sobrecompensación del daño.

2.3.1 Métodos comparativos

- Se considera necesario la inclusión de una referencia en el Borrador para sostener que los métodos comparativos son los más utilizados, dado que el análisis sobre la utilización relativa de los distintos métodos del primer borrador fue eliminado. Se sugiere incorporar referencias a otras fuentes.
- El **párrafo 87** del segundo Borrador es incompleto y debería complementarse para estar en línea con lo señalado en el párrafo 33 de la Guía Práctica de la CE, tal como se subraya a continuación:

*“Entre los métodos más utilizados se encuentran los **métodos comparativos**, que se basan en la comparación ~~del mercado o producto afectado con un mercado o producto similar pero no afectado por la infracción~~ en el mismo mercado en un momento anterior y/o posterior a la infracción (1); o en un mercado geográfico distinto pero similar (2); o en un mercado de productos distinto pero similar (3). También se puede combinar una comparación diacrónica (de distintos periodos de tiempo) con una comparación de distintos mercados geográficos o de producto (4).”*

- Por otra parte, la apreciación realizada al final del mismo **párrafo 87** del segundo Borrador que indica “*con carácter previo a la aplicación de este enfoque, y tal y como se indica en el apartado 2.2.2 de esta Guía, es necesario justificar la comparabilidad de los mercados tomados como referencia*”, debería matizarse en al menos dos aspectos:
 - En primer lugar, si el análisis se hace en el mismo mercado en un momento anterior y/o posterior a la infracción, no sería necesario “*justificar la comparabilidad de los mercados tomados como referencia*”, siempre y cuando sea exactamente el mismo mercado y producto;
 - En segundo lugar y en línea con lo anterior, lo que podría hacer el Borrador de la CNMC es indicar qué se entiende por el “*mismo mercado y producto*” que menciona posteriormente en el **párrafo 94**. Por ejemplo, podría basarse en la definición de mercado relevante, brindando además ejemplos de situaciones concretas en las cuales se puede, así como aquellas en las que un conjunto de información no puede considerarse del “*mismo mercado*” respecto de otro conjunto de información (por ej. cuando se utilizan y comparan datos en distintos niveles de la cadena de suministro: a

nivel del cliente final para el período con infracción y datos a otro nivel de la cadena en el escenario sin infracción, o viceversa).

- En el **párrafo 89** del segundo Borrador se describen los **modelos de forma reducida**, señalando que *“[l]a suposición subyacente de estas metodologías es que durante el período investigado no existen cambios sustanciales y significativos en la estructura del mercado (elasticidades de la demanda, estructura de costes, etc.) y que tampoco varían las dinámicas entre el escenario factual y el contrafactual. Ello implica que, como regla general, estos modelos sólo se deben aplicar si durante el período objeto del estudio no se ha modificado la estructura del mercado”*. Además, el segundo Borrador indica en el **párrafo 91** que este inconveniente no lo tendrían los **modelos estructurales**: *“[l]os modelos estructurales tienen unos fundamentos teóricos sólidos y pueden tener en cuenta tanto cambios en la estructura del mercado provocados por la infracción como otros factores no capturados por los modelos de forma reducida.”* Tales afirmaciones no son de mucha utilidad y pueden generar confusión si no se explica y contextualiza bien, tal como detallamos a continuación⁸:
 - Cuando habla en el **párrafo 89** de *“[l]a suposición subyacente de estas metodologías”*, entendemos que se refiere no a las metodologías sino a los “modelos de forma reducida”. En este sentido, para evitar confusiones, se propone revisar el empleo adecuado de los términos y su compatibilidad a lo largo del texto, así como con la terminología de la Guía Práctica de la CE;
 - El segundo Borrador no presenta el fundamento teórico, ni evidencia concreta para sugerir que los “modelos de forma reducida” no serían válidos si existe un cambio en la estructura del mercado, señalizando una preferencia por la aplicación de modelos estructurales que, eventualmente, carecerían de dicho inconveniente, pero que son mucho más complejos de diseñar y aplicar.

Cabe indicar que estas afirmaciones estaban en el primer Borrador de la CNMC, que incluía una cita del artículo de Rubinfeld (2008)⁹, que en este caso no es mencionado en el segundo Borrador.

- Adicionalmente, si bien es cierto que el artículo de Rubinfeld aconseja precaución con el uso de modelos de forma reducida cuando la infracción hubiera tenido un impacto directo sobre los parámetros estructurales del mercado, el mismo Rubinfeld reconoce expresamente que *“el método estadístico comúnmente empleado en litigación por*

⁸ Este punto fue explicado en los comentarios de la AEDC al primer Borrador de la Guía de la CNMC, pero que lo reproducimos de nuevo porque se mantienen los mismos comentarios.

⁹ Ver página 22 del primer Borrador de la CNMC.

infracciones de la competencia incluye la estimación de ecuaciones de precios ‘reducidas’ (Rubinfeld, 2008, pág. 724).

- Rubinfeld (2008) explica que los modelos de forma reducida se basan en la asunción subyacente de que las relaciones económicas básicas basadas en la oferta y la demanda son estables. Esta asunción permite la estimación del coeficiente de variables explicativas en el modelo que, a su vez, dependen de esas relaciones económicas básicas. La teoría económica (en torno a las relaciones económicas básicas) proporciona sustento a la elección de las variables explicativas incluidas en el modelo.

En este contexto, Rubinfeld describe algunos riesgos asociados a los modelos de forma reducida pero que pueden ser contrarrestados con variables de control a incluir en el modelo: (1) La estimación de la variable de interés no tendría problemas de sesgo, a menos que se deje fuera de la ecuación información relevante sobre, por ejemplo, cambios en los costes o cambios en la demanda; (2) se recomienda aplicar análisis de robustez a la forma funcional elegida dado que la elección de la forma funcional podría afectar a los resultados.

- Adicionalmente, Rubinfeld avisa de que los parámetros estructurales que reflejan las relaciones económicas básicas podrían ser diferentes en el mercado de comparación y en el mercado afectado, debido, por ejemplo, a que *“la naturaleza de la competencia cambia con el tiempo”* (Rubinfeld, 2008, pág. 725).

Con base en lo anterior, Rubinfeld afirma que *“Los modelos de forma reducida son menos convenientes cuando la cuestión clave para litigación depende de parámetros estructurales que son difíciles de extraer mediante el uso de formas reducidas”* (Rubinfeld, 2008, pág. 728); pero también señala que *“Los modelos de forma reducida son particularmente útiles cuando se piense que no es probable que la estructura económica subyacente de un mercado se haya visto afectada por una fusión o por actos contrarios a la competencia”* (Rubinfeld, 2008, pág. 729).

- En el caso de una infracción anticompetitiva cuyo objetivo fuera reducir el número de participantes en el mercado y, por tanto, afectar directamente a los parámetros estructurales, los modelos de forma reducida podrían no ser capaces de medir el impacto de forma exacta, en la medida que pueda argumentarse que el número de competidores afecta a los parámetros estructurales (situación que podría solventarse si es posible, por ej., reflejar el efecto preciso que tendría el número de competidores sobre el precio.)

En el caso de colusión sobre precios, Rubinfeld explica, en el plano meramente teórico, que podría darse un caso en el que la infracción generase un efecto sobre las

expectativas respecto de las futuras indemnizaciones, lo que afectaría a la elección de los consumidores y, con ello, al funcionamiento esencial de la demanda.

En suma, Rubinfeld solo cuestiona la implementación de los modelos de forma reducida cuando el cambio en la estructura del mercado es obvio, en el sentido de que los parámetros estructurales del mercado son diferentes durante todo el periodo de tiempo en el mercado afectado en comparación con todo el periodo en el mercado no afectado. Ante esta situación, podría ser empíricamente complejo separar el efecto del cambio en la estructura del mercado del impacto de la infracción.

- Finalmente, en el mismo segundo Borrador se indica cómo contrarrestar el supuesto inconveniente de los modelos de forma reducida. Concretamente, en su **párrafo 95** se indica que no es necesario tener en cuenta la condición de que la estructura del mercado no se ha modificado durante los periodos tratados en el análisis, si *“se incluyen variables de control que permiten tener en cuenta cambios o diferencias relevantes entre el mercado analizado y el contrafactual”*, citando en su nota al pie 48 algunos de tales factores: por ej. fluctuaciones de la demanda, la estacionalidad del mercado, el progreso tecnológico, o la existencia de cambios relevantes (shocks) en los mercados).
- Por las anteriores razones se sugiere revisar la descripción y mención a los *“modelos de forma reducida”* y su comparación con los modelos estructurales, dado que la redacción actual puede producir más confusión, más aún cuando los modelos en forma reducida son los más habituales en las estimaciones de daño que se presentan ante los jueces.

2.3.1.a) Comparación temporal o diacrónica

- El segundo Borrador en el **párrafo 94** indica que el método de comparación temporal o diacrónica *“únicamente requiere datos sobre el producto afectado por la infracción en un único mercado”*. Esta afirmación debe matizarse para precisar que:
 - aun cuando se utilicen datos de un “mismo mercado”, si el producto bajo análisis es diferenciado, también hace que sea necesario utilizar información de las diversas características del producto que puedan afectar a la variable de estudio.

El Borrador de la CNMC podría ahondar en ejemplos sobre este extremo, dado que es un aspecto fundamental que puede impactar sustancialmente los resultados del análisis y que debe ser entendido por los tribunales en el momento de valorar una prueba pericial. A manera de ejemplo, puede darse la situación que aun siendo del mismo mercado, no pueden compararse directamente los datos del escenario con infracción con los datos del escenario sin infracción si ambos se refieren a productos que tienen características distintas por las cuales no se controlan en el análisis (por ej. suponga que se analiza el mercado de venta de viviendas nuevas, no sería válido comparar el

precio entre dos viviendas cualquiera del escenario con infracción y sin infracción, sin tener en cuenta los factores que afectan al precio: localización, número de habitaciones, si dispone o no de terraza, garaje, etc.).

Por ende, la diferencia en el precio puede deberse a estas características por las que no se controlan en el análisis, pero no por la infracción, aunque sean parte del “mismo mercado”;

- “aunque las características del mercado sean más comparables” como señala el segundo Borrador, debería aclararse que también debería incorporarse al análisis factores de demanda, de oferta y/o cualquier otro factor que pueda impactar a la variable de interés durante el período de análisis.
- El segundo Borrador menciona en el **párrafo 95** que el método de comparación temporal o diacrónica tiene inconvenientes “*sobre todo en cuanto a la delimitación del período*”, señalando además que “*el período de tiempo en que se producen los efectos de la infracción no tiene por qué coincidir con la duración acreditada en las Resoluciones de las autoridades de competencia, sino que puede adelantarse o prolongarse*”. El grupo de la AEDC considera que esta afirmación, sin más, no es útil y debe matizarse o complementarse. En particular cabe indicar que:
 - la delimitación del periodo de infracción es un aspecto que afectaría a cualquier método y no puede atribuirse solamente al método de comparación temporal o diacrónica, que además, es uno de los métodos más empleados para la estimación del daño.

En general, en los diversos métodos se requiere de un escenario “con infracción” y, por ende, para establecer o construir el mismo, debe utilizarse datos que se encuentren dentro de dicho período, para lo cual se requiere delimitar el período de infracción, cualquiera que sea el método. Inclusive, cuando el segundo Borrador y también la Guía Práctica de la CE se refiere al método de costes, hace referencia a que pueden emplearse datos durante periodos anteriores o posteriores de la infracción¹⁰;

 - el segundo Borrador no aclara qué tipo de evidencia debería tenerse en cuenta para evaluar esta situación. No es válido realizar una afirmación o emplear una simple presunción, sin proporcionar supuestos o evidencia alguna que la compruebe. En tal sentido, la CNMC debería apuntar la evidencia concreta y las alternativas de análisis para verificar tal presunción;
 - En cuanto a los potenciales efectos de overhang a los que se alude en el Borrador, sería útil proveer de ejemplos y explicaciones concretas sobre cómo abordar esta cuestión, cómo por ejemplo recopilar información sobre la frecuencia en la que se determinan los precios en el/los mercado/s relevante/s o, alternativamente, realizar un análisis de

¹⁰ Véase los párrafos 111 o 117 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

robustez a la cuantificación teniendo en cuenta distintas fechas que pueden delimitar los posibles efectos de la infracción;

- Además, debe tenerse en cuenta que las investigaciones de la autoridad de competencia suelen extenderse varios meses, incluso años, y estará basada en distintos medios probatorios y etapas del proceso: inspecciones, requerimientos de información, lo aportado eventualmente por las partes en las correspondientes solicitudes de clemencia, etc. Las resoluciones no necesariamente se refieren a los efectos de la infracción o de referirse a estos, no suelen someterse a contradicción de las partes. Por lo tanto, en el Borrador de la CNMC, sería conveniente advertir que en tales casos será preciso que el informe explique en términos económicos y en su caso, aporte si procede, pruebas para determinar que los efectos de la infracción pudieron diferir de las fechas de infracción que se indican en la Resolución;
- Se trata de una cuestión bien explicada en la Guía Práctica de la CE, en la que se advierte que durante el periodo inmediatamente posterior a la infracción puede existir tanto un periodo de inercia, durante el cual los precios se mantienen por encima del nivel competitivo, como un periodo de guerra de precios entre las empresas durante el cual los precios pueden llegar a encontrarse por debajo del nivel competitivo¹¹. Asimismo, la Guía Práctica de la CE explica que la hipótesis sobre el retraso en la vuelta a la normalidad competitiva es una cuestión que debe contrastarse empíricamente¹² y relaciona este posible fenómeno con el estudio de las condiciones de mercado en las cuales se pueden producir los denominados efectos coordinados¹³, que están bien caracterizados en la Doctrina de control de concentraciones¹⁴.

Lo anterior es un ejemplo de cómo la Guía Práctica de la CE explica detalladamente una posibilidad, pero que el segundo Borrador de Guía de la CNMC se limita a plantear, sin aportar mayor explicación.

- En el **párrafo 96** del segundo Borrador se indica “[c]uando se comparan periodos alejados en el tiempo, una mera comparación de precios medios (u otras variables nominales) podría estar sesgada debido a los efectos de la inflación, por lo que el ajuste de los resultados mediante índices de precios sería una de las posibles soluciones”. Esta solución parece ser un aspecto nuevo que pretende incluir el segundo Borrador, pero entendemos que no se encuentra debidamente explicado y desarrollado. En particular surgen dudas en varios aspectos:

¹¹ Véase el párrafo 44 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

¹² Véase la última frase del párrafo 43 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

¹³ Véase el párrafo 153 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

¹⁴ Véase la nota al pie 127 en el párrafo 153 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

- La comparación de precios en periodos alejados en el tiempo puede estar sesgada, pero no necesariamente por el efecto de la inflación, sino por muchos otros factores que no hayan sido incluidos en el análisis: características del producto distintas, evolución tecnológica del mercado, desarrollo de nuevos productos, cambio de las condiciones económicas del mercado, etc.
- El segundo Borrador habla de “precios medios” pero cabe indicar que esto puede ser en sí mismo también una fuente clara de sesgo. El precio “medio” (o cualquier otro que implique una transformación o dependa de los datos disponibles (por ej. precio “mediano”, precio “modal”, etc.)), puede estar afectado por la composición de los datos empleados para calcular dicha variable; por tanto, si la composición de los datos es distinta en uno y otro periodo (por ej. se consideran productos del mismo mercado pero de diferentes características en los respectivos períodos), y no se considera ningún ajuste en los mismos por tal diferencia en la composición, la comparación de “precios medios” en periodos alejados en el tiempo también puede estar sesgada, no por la inflación sino por el sesgo en la composición de la muestra. Ejemplos concretos de tales casos pueden incluirse en el Borrador de la CNMC;
- El segundo Borrador no presenta ejemplos claros de cómo aplicar el ajuste por inflación dentro del análisis, aspecto que puede afectar sustancialmente la estimación del daño. Indica simplemente que habría que “realizar operaciones análogas a las del apartado 2.4”. Sin embargo, tal apartado 2.4 se refiere a la capitalización del daño, que es una cuestión totalmente distinta, en la que el segundo Borrador precisamente descarta el empleo de la inflación pasada como fórmula de actualización del daño.

Además, el segundo Borrador menciona que puede recurrirse al IPC o al IPRI específico del sector; sin embargo, estos dos tipos de índices ya son de por sí de distinta naturaleza y, por ende, utilizar uno u otro podría llevar a resultados muy diferentes. Sin mencionar además, que hay distintos tipos de IPC y de distinta base, sin que el segundo Borrador mencione en ningún caso, el impacto o la consideración en el análisis de estos aspectos y cómo deben tratarse los datos.

Igualmente, el segundo Borrador recomienda “aplicar, en su caso, los que guarden mayor relación con el producto analizado”, sin explicar cómo determinar cuál es aquel que guarda más relación.

Por tanto, el Borrador de la CNMC debe presentar ejemplos concretos de la aplicación del “ajuste por inflación”, teniendo en cuenta las diversas particularidades que pueda enfrentar y que son distintas al tema de “capitalización del daño”.

- Por otro lado, y en relación con lo que señala el segundo Borrador de que “en una misma especificación no deben mezclarse variables expresadas en términos reales con otras en términos nominales”, es una afirmación que merece un mayor detalle y ser explicada de forma clara. Cabe indicar que en el **párrafo 67** del segundo Borrador se mencionan distintas variables de control (factores que influyen en la demanda (p. ej., renta) o variables que describan la evolución macroeconómica relevante (p. ej., evolución del PIB)). Pues bien, estas variables de fuentes públicas, pueden venir expresadas en términos nominales o reales y dependiendo de la especificación y del análisis realizado, podrían ser incluidas en términos reales, si ya hay otra variable relativa, por ej., a la variación de costes o del precio de los insumos (en términos nominales).

2.3.1.b) Comparación de mercados, sincrónica o yardstick

La explicación brindada a este método de comparación sigue siendo escasa y requeriría de una mayor profundización:

- El segundo Borrador en el **párrafo 97** indica que “el eje del análisis consiste en suponer que las diferencias existentes entre los mercados o productos considerados como comparables se deben principalmente a los efectos de la conducta anticompetitiva”.

Esta afirmación debe matizarse dado que no es del todo correcta ya que el eje del análisis consiste en encontrar, en caso de que exista, un mercado geográfico o un producto “suficientemente similar” -tal como lo señala la Guía Práctica de la CE en su párrafo 50.

- Si bien el segundo Borrador en su **párrafo 100** señala algunos factores a tener en cuenta para comparar el mercado afectado con la zona geográfica o el producto de referencia, no señala cómo debe llevarse adecuadamente dicho análisis comparativo, ni tampoco cómo identificar los aspectos clave que permitan discernir si un mercado geográfico o un mercado producto es, o no, suficientemente similar.

A manera de ejemplo, el Borrador hace referencia en el **párrafo 100** a que *“deben tenerse en cuenta factores relacionados con (...) el grado de competencia (número de competidores, entre otros)”*. Cabe indicar que lo relevante no es tanto tener el mismo número de competidores porque ello no garantiza que las condiciones de competencia en ambos mercados sean las mismas; si bien lo ideal es que sean los mismos competidores con cuotas de mercado similares, lo que posiblemente sucederá en la mayoría de las ocasiones es que los competidores sean distintos -tanto en número como en características-, por lo que el Borrador debería indicar como abordar este inconveniente.

- Adicionalmente, como señaló este grupo de trabajo en el primer Borrador, deberían presentarse ejemplos concretos e incluir explicaciones detalladas de lo que debe entenderse por *“zona geográfica similar”* y por *“productos distintos pero con características similares”*, ampliando un poco más de lo que ya explica la Guía Práctica de la CE.

Además, ello también es fundamental para evitar una aplicación indebida del método (por ej. mediante una comparación de dos productos o dos mercados que no son verdaderamente comparables). Si bien son situaciones específicas a cada caso, ello no impide que el Borrador de la CNMC ofrezca ejemplos concretos, tal como lo hace para otros aspectos como hace en el Recuadro 1 o en la Tabla 1 de su segundo Borrador.

- La Guía Práctica de la CE en la explicación de este método señala que se tengan en cuenta los conceptos del mercado de referencia (geográfico y de producto) de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia¹⁵.

Sin embargo, el segundo Borrador no hace referencia a la misma, ni tampoco a la relación entre los conceptos de mercado comparable, a los efectos de una estimación de daños, y la noción de mercado relevante, empleado en derecho de la competencia. Entendemos que esto es un aspecto fundamental para ilustrar sobre algunos estándares mínimos para elegir o descartar un mercado geográfico o de producto como similar.

- Debería señalarse que también cabe la posibilidad de que no exista siempre un mercado comparable (geográfico o de producto). A manera de ejemplo, la Guía Práctica de la CE deja abierta esta eventualidad cuando indica en su nota al pie 47 *“siempre que pueda encontrarse un mercado de comparación suficientemente similar”* o cuando al hablar del hipotético cartel de la harina, dice en el párrafo 160 que *“En el caso de la harina, sin embargo, puede resultar difícil encontrar un mercado de producto suficientemente similar que no esté afectado por la misma infracción u otra parecida.”*

En suma, consideramos necesario que el Borrador señale que es posible que no exista un mercado geográfico o de producto comparable y que, en tal caso, debería escogerse otro método de cuantificación.

- Este método también puede ser sensible a la delimitación temporal de la infracción, dado que se requiere definir el escenario con infracción, para lo cual es preciso utilizar datos que se encuentren dentro de dicho período.

2.3.1.c) Diferencia en diferencias

- Por una parte, la explicación de este método podría ampliarse, ya que apenas es un resumen de lo explicado en la Guía Práctica de la CE.

¹⁵ Véase las notas al pie 44 y 49 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

- En segundo lugar, el segundo Borrador señala que este método de Diferencia en diferencias, al combinar la comparación temporal y de mercado, *“dota sus estimaciones de mayor robustez y precisión”* (**párrafo 103**). Tal afirmación debe matizarse dado que ello depende de que el método sea aplicado correctamente y con datos contrastables y no erróneos. Sesgos en los datos o una aplicación incorrecta de dicho método, puede llevar a un resultado erróneo (bien sea, ausencia de sobreprecio cuando el mismo existe o, sobreestimación del sobreprecio). Hay procedimientos establecidos para evaluar si la aplicación de este método conduce, o no, a estimaciones fiables, tal como se citó en los comentarios de la AEDC al primer borrador, un resumen excelente se encuentra en Angrist & Pishke, *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist’s Companion*, Princeton University Press. Si bien este documento es citado en las fuentes de información, el Segundo Borrador no hace referencia al mismo en la explicación del método de Diferencia en diferencias, ni en el Anexo 3.
- Por otra parte, el segundo Borrador también señala en el **mismo párrafo 103** que dicho método permite identificar el efecto exclusivo de la infracción al permitir aislar *“los efectos de (i) los factores que difieren entre los distintos mercados objeto de comparación y se han mantenido estables a lo largo del tiempo y (ii) de los factores que han cambiado a lo largo del tiempo, pero afectan de forma similar al mercado afectado y al mercado de referencia considerados. Una ventaja es que se pueden tener en cuenta esos factores sin necesidad de incluirlos explícitamente en el análisis.”* Para controlar adecuadamente por la heterogeneidad no observada es imprescindible, de nuevo, especificar y aplicar adecuadamente este método, aspecto que sería necesario clarificar en el texto.
- Adicionalmente, es necesario explicar que la aplicación correcta de este método exige presentar evidencia para confirmar que sus supuestos son válidos en el caso analizado, y no dejarse meramente como supuestos generales y se acuda a ellos a partir de simples afirmaciones, sin prueba alguna que los soporte; lo anterior hace referencia a la nota al pie 51 donde se señala que *“podría ser válido suponer que las variables no incluidas en los modelos no distorsionan los resultados ya que podrían evolucionar de forma similar en los dos mercados”*.

2.3.2 Métodos basados en costes y análisis financiero

- La explicación de estos métodos es un resumen, en palabras distintas, de lo señalado en la Guía Práctica de la CE. Por ello se propone mantener la redacción de la Guía Práctica de la CE para no generar confusión en el alcance del texto.

- En segundo lugar, el segundo Borrador no presenta ejemplo alguno de una de ninguno de los dos métodos (basados en costes y análisis financiero). En concreto, en cuanto al método de costes no se presenta ejemplo alguno de una de las principales dificultades que presenta el método de costes, como es la selección de la medida de costes adecuada en el caso bajo análisis. Si bien señala que pueden existir diferentes medidas de costes (por ejemplo, costes variables, marginales o totales), no presenta explicación detallada de tales conceptos, ni ejemplo alguno de cómo obtener tales medidas de costes desde un punto de vista práctico, más aún cuando la propia Guía Práctica de la CE señala que este tipo de métodos requiere que “*se tomen en cuenta toda una serie de cuestiones complejas*”¹⁶. Lo mismo sucede con el procedimiento para estimar el margen de beneficios razonable, respecto del cual el segundo Borrador no presenta tampoco ningún ejemplo concreto.
- Adicionalmente, el segundo Borrador señala la necesidad de justificar la elección del coste “*sobre la base de su mayor poder explicativo*” (**párrafo 109**), pero sin explicar a qué se refiere concretamente con ello. Además, parece derivarse de tal explicación que es posible obtener varias medidas de coste en un caso concreto, cuando, precisamente, dada la complejidad de este tipo de método, junto con las posibles dificultades para obtener los datos, lo general es que solamente pueda ser posible obtener uno de tales conceptos.
- Por otra parte, en cuanto a la afirmación que hace el segundo Borrador de que los “*cárteles pueden dar lugar a una reducción de la eficiencia productiva de las empresas participantes*” (**párrafo 109**), es algo que viene explicado con más detalle en la Guía Práctica de la CE. Lo que el Borrador de la CNMC debería explicar es cómo identificar “*los indicios que apunten a dicha situación*”. Adicionalmente, el texto de la CNMC debería explicar que tal aspecto no es una presunción que pueda aplicarse a todos los casos y sin fundamento. Evidentemente se trata de una posibilidad cuando se utiliza este tipo de método basado en costes y precisamente como tal, debe analizarse y fundamentarse con detalle por aquella parte que lo alega. Como se indicó en los comentarios al primer Borrador, no existe un resultado claro, ni conceptual ni empírico, en la literatura económica, que sugiera que una conducta anticompetitiva (efectiva) genere, sí o sí, una pérdida de eficiencia productiva.

¹⁶ Véase los párrafos 111 a 113 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

- El **Recuadro 1** del segundo Borrador proporciona una aclaración sobre distintos conceptos financieros y contables para el método de costes. Si bien se aporta una definición muy sucinta de los conceptos, no se pone el foco en la cuantificación de los daños y tampoco representa un ejemplo concreto que sea válido para el objetivo que pretende el Borrador de la CNMC. Por ej., se presenta una tabla con los datos hipotéticos bajo una aproximación contable muy sencilla, pero no se dice nada de las particularidades existentes para construir cada línea, ni tampoco de las problemáticas que pueden surgir para obtener cada línea bajo una aproximación no contable sino económica en un caso concreto de aplicación del método de costes; tampoco se dice nada en el Recuadro 1 relativo a la asignación de costes en casos de empresas multiproducto; o cuando las compañías fabrican el producto afectado en varias divisiones empresariales en distintas zonas geográficas y/o fabrican productos distintos al afectado, etc.
- Adicionalmente no está claro por qué el segundo Borrador desarrolla un Recuadro donde se indican algunas consideraciones prácticas para este método de análisis financiero en particular, pero no se hace así para los otros métodos.

2.3.3 Modelos de simulación

- El segundo Borrador de la CNMC indica que los valores de los parámetros necesarios para aplicar los modelos de simulación *“pueden ser conocidos, estimados económicamente o supuestos, según la complejidad del modelo y la disponibilidad de datos”* (**párrafo 116**). Esto es distinto del alcance señalado en la Guía Práctica de la CE donde impone un requisito a tales parámetros: *“Estos valores pueden ser conocidos, estimados económicamente o supuestos, de manera que el resultado del modelo sea equiparable a algunas variables observadas.”*¹⁷ Se sugiere mantener la redacción de la Guía Práctica de la CE dada la importancia de tales parámetros dentro de este método.
- En el **párrafo 119** se indica que *“Uno de los desafíos principales de estos métodos es modelizar el tipo de competencia que habría existido en ausencia de la infracción”*. Se recomienda matizar este párrafo para comentar que no solamente hay que preocuparse del grado de competencia que habría existido en el escenario contrafactual, sino también en como la conducta anticompetitiva en cuestión se traduce en el grado de competencia en el escenario factual. Además, no es solo el tipo de competencia, es decir, en que aspectos del mercado las empresas compiten, precios, calidad, etc., sino que también lo relevante a definir es la intensidad de la competencia en los diferentes escenarios actual y contrafactual.

¹⁷ Párrafo 100 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

Por ejemplo, no puede simplemente asumirse que toda conducta anticompetitiva implica que había una colusión perfecta entre los infractores en el escenario factual – siendo además posible que no todos los proveedores en el mercado estuviesen dentro del acuerdo. Por ejemplo, si la conducta anticompetitiva en cuestión es un intercambio de información, se debe de justificar como este intercambio se traduce en el tipo de competencia en el escenario factual.

- El segundo Borrador señala que entre las ventajas de este método destaca que *“cuentan con unos fundamentos teóricos sólidos, ya que los resultados se derivan de comportamientos racionales de las empresas, (...)” (párrafo 120)*. Esta afirmación debería eliminarse o matizarse dado que todos los métodos, en cierta medida, cuentan con fundamentos teóricos sólidos. Lo distinto en este caso de los métodos de simulación, es que tal fundamento teórico resulta ser una variable adicional en el modelo, en la medida que debe decidirse el tipo de comportamiento de las empresas en el mercado. Con lo cual no es una ventaja, sino uno de los pasos a desarrollar en este tipo de métodos.
- Además, la Guía Práctica de la CE no va tan lejos al describir estos métodos de simulación. Por el contrario, advierte que su aplicación y resultados *“depende decisivamente de las interacciones competitivas supuestas en el escenario de infracción y sin infracción y entraña el riesgo de que estos supuestos no reflejen de forma suficientemente fiel cómo opera el cártel durante el periodo de infracción y cómo habría actuado la competencia en el mercado sin la infracción.”*¹⁸
- Por tanto, tal como en cualquier otro método, lo importante es que se aplique correctamente, indicando cómo afectarán sus resultados algunos de los supuestos simplificadores que se realicen, así como por el modo de competencia que se elija, aspecto sobre el cual la Guía Práctica de la CE llama la atención, pero sobre lo cual el segundo Borrador de la CNMC no hace referencia: *“incluso los modelos muy exhaustivos siguen dependiendo en gran medida de que se hagan los supuestos correctos, en particular por lo que se refiere a las cuestiones clave de cuál es el modo probable de competencia y la demanda probable del cliente en el escenario sin infracción.”*¹⁹

¹⁸ Párrafo 102 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

¹⁹ Párrafo 104 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

- Finalmente, el segundo Borrador de la CNMC señala que “*estos métodos permiten incorporar al análisis entre otras cuestiones, cambios en la estructura del mercado provocados por las infracciones” (párrafo 120), la cual no es del todo correcta. Incluir tal hipótesis en el modelo puede tener sentido en otro contexto distinto cuando se usa el método de simulación (por ej. evaluar el impacto potencial en los precios de una concentración), pero puede resultar errónea en un caso de estimación del sobreprecio, cuando, precisamente es ésta la hipótesis que se quiere contrastar. Asumir sin más, que la infracción alteró la estructura de mercado, podría llevar indiscutiblemente a un sobreprecio.*
- En el párrafo 121 cabría agregar que los métodos de simulación no son utilizados muy frecuentemente debido a los inconvenientes señalados. La decisión del CAT en el caso de camiones en el Reino Unido discute esto en detalle, en particular mencionando que el tribunal no fue capaz de encontrar ni un solo precedente para esta metodología.²⁰

2.4 LA CAPITALIZACIÓN DEL DAÑO

Comentarios generales

- Sugerimos que la guía describa la necesidad del pago de intereses como un elemento más en la restitución del valor económico que hubiese obtenido el posible damnificado en un escenario sin infracción, valorado en el momento del tiempo en que restituye ese valor económico y que refleje el beneficio, o coste, económico que para el damnificado ha supuesto el no disponer de este valor económico.
- Sugerimos utilizar o “tasa de capitalización” o “tipo de interés”. Los dos términos se usan de forma equivalente en la sección y puede causar confusión.
- En el párrafo 125 sugerimos la siguiente redacción “...para poder cuantificar posibles daños correspondientes a diferentes momentos y expresar los mismos en la misma base temporal comparable”.
- Sería útil mencionar como punto de partida: (i) cuales son los requisitos legales (que no necesariamente son exclusivos de la ley de competencia) y (ii) cómo los precedentes legales han tratado esta cuestión. El texto actual presenta opiniones razonadas puramente en base a fundamentos conceptuales de economía.

²⁰ Casos 1289/7/7/18 y 1282/7/7/18, Judgment (CPO Applications) (8 de junio de 2022).

2.4.1 Métodos de cálculo de la capitalización

- En el párrafo 127 sugerimos la siguiente redacción “será igual al valor inicial del daño en el momento en que se produce el mismo más los intereses generados, en los periodos entre la generación y la restitución del daño, únicamente en base al valor inicial de daño”.
- En Tabla 1, las fórmulas en la primera fila deben corregirse
 - Capitalización simple: $V_{\text{final}} = V_{\text{inicial}} * (1 + n * i)$
 - Capitalización compuesta: $V_{\text{final}} = V_{\text{inicial}} * (1 + i)^n$

2.4.2 Tasas de capitalización

- En el párrafo 131 y apartado coste del capital del demandante, este tipo de interés reflejaría el coste de oportunidad que para el demandante supone la no disponibilidad del valor económico, debido al posible sobrecoste o menor beneficio, entre el momento cuando el posible daño fue incurrido y el momento en el que se establece el pago de la correspondiente indemnización. Tal coste de oportunidad puede relacionarse con los recursos económicos obtención del capital adicional necesario para cubrir la reducción de ingresos o los mayores costes derivados del daño inicial.
- En el párrafo 131 sugerimos incluir la tasa adicional del tipo de interés interbancario, i.e. EURIBOR, que se determina en el mercado para diferentes plazos. Este tipo de interés ha sido por diferentes tribunales europeos (referencia a la sentencia BritNed). Adicionalmente, vale la pena notar que el cálculo del WACC puede no ser un ejercicio menor y puede no ser pragmático a menos que ya existan estimaciones para el demandante previamente a la demanda.

2.4.3 Delimitación temporal de los intereses

- La diferenciación entre los periodos A y B no nos parece muy relevante. Consideramos que en ambos casos se trata de interés con naturaleza compensatoria y tiene como objetivo restituir al demandante el valor económico del daño inicial al momento en el que el tribunal dictamina cuando deben ser abonada el importe en cuestión. Entendemos que los intereses moratorios son aquellos que se calculan para el periodo entre el momento en el que el tribunal dictamina cuando deben ser abonada el importe y el pago efectivo de tal importe.

2.5 DIFERENCIAS EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR UN AUMENTO DE PRECIOS Y POR PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN

Comentarios generales

- En el párrafo 138, sugerimos que la guía se refiera a los casos comunes más recientes como a infracciones derivadas de acuerdos entre empresas que pueden producir aumentos de precios a los consumidores (reducciones de precios a los vendedores), pero no específicamente a cárteles, dado que en la mayoría de tales infracciones la conducta no se ha identificado como un cártel.
- En el párrafo 139, sugerimos que en relación a los posibles afectados de prácticas excluyentes, se clarifique que el posible daño causado a los competidores de las empresas infractoras suele generarse por un menor volumen de ventas, que deriva en un menor beneficio (lucro cesante).
- En el párrafo 140, no parece evidente que las infracciones por coordinación entre empresas lleven a un daño más inmediato en comparación con las prácticas abusivas. De hecho puede llevar bastante tiempo para que una coordinación entre empresas tenga un efecto en el mercado y este pueda causar un daño a los compradores (o vendedores). Por el contrario, una acción exclusiva es generalmente individual y no necesita de coordinación entre empresas y en consecuencia sus efectos pueden ser más inmediatos.
- En el párrafo 141, sugerimos que la guía se refiera a infracciones derivadas de acuerdos horizontales entre empresas en lugar de cárteles. Los sobreprecios pueden ocurrir por acuerdos horizontales/cárteles y también por infracciones de explotación (p. ej., precios excesivos), como se menciona en el párrafo 21.

2.5.1 Particularidades de las prácticas de exclusión

- Sugerimos que en la sección argumente claramente que lo fundamental en casos de exclusión es evaluar los beneficios que hubiesen obtenido los diferentes competidores de la empresa (o empresas) infractora en comparación con los beneficios realmente obtenidos, con base en cambios en los costes, precios y demanda de estos competidores derivados del comportamiento infractor.
- En el párrafo 146 sugerimos referirse a infractor en lugar de incumbente.

2.5.2 Cuestiones relevantes para la cuantificación de los daños

- No está clara la referencia en el párrafo 154, que las prácticas de exclusión tratan comportamientos hipotéticos y por consiguiente la dificultad en obtener datos para cuantificar el lucro cesante. Además, las predicciones sobre beneficios hipotéticos de una empresa afectada en un caso de exclusión no deberían ser más complejos que los beneficios hipotéticos de una empresa compradora de un insumo afectado por un acuerdo entre los proveedores (práctica por acuerdo entre empresas), estos últimos afectados por un posible sobreprecio y la repercusión del mismo aguas abajo.
- En el párrafo 156, un daño basado en los costes adicionales incurridos podría referirse a daño emergente.
- En el párrafo 156, hay que notar que las prácticas de acuerdos entre empresas también pueden resultar en una posible pérdida de calidad (véase sentencia BritNed).
- Sugerimos dar más claridad a la posible acumulación de dos tipos de daños en el caso de una conducta de exclusión por parte de la empresa dominante: por un lado, el lucro cesante sufrido durante el “período de desgaste” y por otro lado el daño emergente que se corresponde con la pérdida del valor de la empresa cuando resulta excluida.
- Podría hacerse referencia a la posible utilización de los datos e información económica de la víctima de la conducta de exclusión a la hora de realizar el pertinente análisis de costes y precios, dadas las posibles dificultades acceso, conocimiento y estudio de la información contable relevante de la empresa dominante, cuyo detalle puede no estar disponible en la manera requerida.
- En la nota a pie de página 87, la referencia a diferentes estándares de costes (AAC, LRAIC, etc.) puede ser demasiado limitada (por ejemplo, al no hacer referencia a la eventual toma en consideración de los costes comunes y de estructura, que deben ser tenidos en cuenta por ejemplo en el caso de las empresas monoproducción). Además, hay otros métodos para medir la eficiencia productiva como el Data Envelopment Analysis que no aparecen mencionados. Por otro lado, el uso del As-Efficient-Competitor test tiene muchas implicaciones y matices que son relevantes a la hora de determinar si una conducta es abusiva o no, más que de cara a la cuantificación de los daños, por lo que quizás esta nota a pie de página 87 excede del objeto de la guía (por ejemplo, habría que tratar la cuestión de hasta qué punto un nuevo entrante puede ser igual de eficiente que la empresa dominante y por lo tanto la utilización del AEC test en ese contexto).

2.6 LISTA DE COMPROBACIONES PARA CONTRASTAR LA FIABILIDAD DE LA CUANTIFICACIÓN

2.6.1 Lista de comprobación general

¿Cómo se ha definido el mercado afectado?

Sin comentarios

¿Se ha descrito adecuadamente la teoría del daño para el caso concreto?

- En el párrafo 161, la referencia al artículo 76.3 de la LDC solo sería relevante en el caso de los cárteles. Creemos sea relevante que un informe pericial que concluya que el potencial daño fue inexistente, presente razones económicas por las que un comportamiento de infracción específico (presunto en base al artículo 75.2 de la LDC), pueda tener un impacto limitado en el mercado y tal impacto no tenga efectos en los beneficios empresariales de las empresas competidoras o de los consumidores de las empresas infractoras.
- Se podría mencionar que el la teoría del daño puede ser necesario al principio del análisis (p. ej., en métodos de simulación) o al final como un chequeo/verificación de plausibilidad.

¿Qué supuestos e hipótesis se han tenido en cuenta para la construcción del contrafactual?

Sin comentarios.

¿ Qué se ha tenido en cuenta para seleccionar las variables?

- La selección de las variables explicativas debe basarse en su capacidad y relevancia para explicar el desempeño del mercado y las decisiones empresariales, independientemente del comportamiento infractor. De esta forma podrá establecerse si por ejemplo un cambio en los precios que pagan los consumidores fue debido a la infracción o puede ser explicado con base en los cambios de otras variables.
- En el espíritu de hacer listas de comprobación, se pueden enumerar categorías habituales de variables:
 - Costes
 - Características de los productos
 - Factores de demanda

¿Se ha razonado adecuadamente la delimitación temporal de la infracción?

- En el párrafo 168 sugerimos explicar que lo relevante es la duración de los efectos de la infracción, más que la infracción misma.
- Sería útil ser más específicos la posibilidad de un período de overhang. Este es un tema que no se discute con mucho detalle en el resto de la guía, particularmente cómo se trata tradicionalmente. Por ejemplo, entender la duración de los contratos y la frecuencia en que se

negocian precios y el análisis de sobrecoste bajo distintos escenarios sobre la duración del overhang.

¿Cómo se ha diseñado la base de datos?

Sugerimos que la Guía considere la oportunidad de aportar o poner a disposición de las partes las bases de datos en formato electrónico y los comandos del paquete de software utilizado, para poder replicar los diferentes análisis desarrollados en la cuantificación del daño.

¿Cómo se ha aplicado el método o métodos de cuantificación seleccionados?

Sin comentarios

Al utilizar técnicas econométricas, ¿se han aplicado los cuidados metodológicos y test adecuados?

- Sugerimos que la referencia al cuidado metodológico y la realización de test adecuados no sea exclusivo al uso de técnicas econométricas sino que se aplique en cualquier otro ejercicio analítico que tenga como objeto estimar el impacto de la infracción en los resultados del mercado, precios, costes, demanda percibida por las diferentes empresas, etc.

¿Se ha llevado a cabo la correcta capitalización del daño?

- Ver comentario anterior en la sección 2.4.2.

¿Se realiza una completa presentación y valoración de los resultados?

- Sugerimos que la guía sea explícita en que un análisis de sensibilidad sea considerado para cada uno de los ejercicios propuestos por el perito en su estimación del impacto de la infracción en los beneficios de competidores y compradores, y también para una valoración de los diferentes resultados obtenidos a partir de las metodologías propuestas.

¿Se ha analizado de manera concluyente la repercusión de costes o passing-on?

Sin comentarios

2.6.2 Listas de comprobación específicas

- Sugerimos volver a insistir en el carácter no exhaustivo de las comprobaciones planteadas en la guía.

Métodos comparativos

- El supuesto de caminos paralelos también puede informar de la comparabilidad de mercados geográficos o de producto alternativos para estimar el impacto de la infracción utilizando solamente el periodo de infracción.
- Ver comentarios a la sección 2.3.1.

Métodos de costes y de análisis financiero

- Sugerimos que la guía incluya la consideración del análisis basado en los costes más directamente imputables a la producción y provisión del producto o servicio afectado por la infracción, dado que tales costes dependen menos de decisiones empresariales y su comparación o uso a través del tiempo puede ser más precisa.
- Ver comentarios a la sección 2.3.2.

Modelos de simulación

- Ver comentarios a la sección 2.3.3.

3. REVISIÓN DE LA LITERATURA ECONÓMICA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

- En términos generales, se aprecian mejoras significativas con respecto a la versión previa de esta misma sección que aparecía en el anterior borrador. En concreto, se ha ampliado el alcance de la revisión, de tal forma que ahora los metaestudios ocupan un lugar menos destacado, se ha eliminado la referencia a valores concretos de sobreprecio procedentes de dichos metaestudios, y además se advierte de forma explícita que la cuantificación de los daños no puede basarse en los resultados de este tipo de estudios y más en general en casos pasados.
- El principal comentario a esta sección sería que su relevancia es menor que otros contenidos de la Guía, por lo que sería recomendable su inclusión como anexo (en lugar de como una sección principal de la misma). Adicionalmente:
 - sería conveniente aclarar que se trata de un conjunto de referencias que los tribunales pueden consultar para ampliar sus conocimientos sobre la materia, y que se recomienda no extraer conclusiones definitivas de la lectura de un único trabajo. Por el contrario, es recomendable tener una visión amplia y completa de los resultados de la literatura, ya que en ocasiones diferentes trabajos pueden apoyar visiones distintas sobre un mismo asunto, incluyendo los trabajos más recientes;
 - convendría añadir que el listado de referencias no es completo, pudiendo existir otras igualmente relevantes que no aparecen citadas en la Guía;

- convendría aclarar que la descripción de cada uno de los trabajos que se realiza en la Guía es meramente a efectos de facilitar al lector la identificación de los trabajos relevantes a la hora de ampliar sus conocimientos sobre cuestiones concretas (por ejemplo, la aplicación práctica del método de diferencias en diferencias o el cálculo de intereses). Sin embargo, esta descripción no sustituye a la lectura y análisis de cada uno de sus trabajos ni representa una visión completa y exhaustiva de sus resultados y conclusiones;
- en la medida de lo posible, convendría que la Guía se limitara a describir los trabajos, sin hacer valoraciones concretas sobre los mismos (por ejemplo, en el párrafo 198 se señala que las recomendaciones de los trabajos que se citan en dicho párrafo siguen plenamente vigentes, mientras que en el 199 se vinculan las recomendaciones realizadas en el trabajo que se cita en este párrafo están en línea con las de la Guía). El objetivo consistiría en evitar que el lector pueda otorgar un mayor valor a estos trabajos frente a otros que no incluyen este tipo de valoraciones.
- La sección que describe los metaestudios lo hace de forma neutra. Sugerimos incluir una referencia explícita al párrafo 84 donde se discute la validez de su uso en litigios.

4. ANEXO 1: GLOSARIO DE TÉRMINOS

- Se valora positivamente la iniciativa de incluir en esta segunda versión de la Guía un glosario que explica y define en detalle muchos de los términos jurídicos, económicos o estadísticos usados en los ejercicios de cuantificación de daños. Es un aspecto en que esta Guía puede aportar valor respecto a la Guía Práctica sobre cuantificación de daños de la Comisión Europea.
- En cuanto al formato, sugerimos valorar la posibilidad de que el lector pueda acceder a las definiciones en el momento en el que el término aparece por primera vez en la Guía, en notas a pie de página o indicando en el texto que el término en concreto se define en detalle en el Glosario. Esto implica que quizá sería conveniente que todos los términos en el Glosario aparezcan en el cuerpo y anexos del propio documento.
- En cuanto a términos estadístico/económicos:
 - En numerosas ocasiones la definición que se da es demasiado técnica para que sea útil al lector no especializado. Esto podría mejorar si la definición se presenta en el momento en el que el término aparece en la Guía.
 - Las definiciones podrían ser algo menos escuetas, más generosas y completas dado que se trata de términos no comunes.

- Sugerimos que se haga más uso de ejemplos en las definiciones y/o de contextualizar los términos de acuerdo con la narrativa donde aparecen en la Guía. Algunos términos pueden tener múltiples definiciones y sería útil que se definiesen dentro del contexto específico de la Guía y ofrecer, en su caso, posibles definiciones alternativas.
- En cuanto a los términos jurídicos:
 - Las referencias a “Derecho de la competencia” son inconsistentes a lo largo de todo el escrito (en algunas partes del escrito, como en el Glosario, se indica “derecho de la competencia” sin mayúsculas).
 - Se propone que se contrasten con las definiciones dadas en la Directiva de Daños y en las sentencias del TJUE en esta materia, tal como se detalla en la tabla a continuación.

Término	Observación	Propuesta de redacción alternativa
Acción follow-on	Debe aclararse que la “ <i>declaración de infracción realizada por la autoridad de competencia</i> ” se refiere a una infracción de los artículos 1 y 2 LDC y 101 y 102 TFUE, coherentemente con la Directiva de Daños, ya que puede inducir a confusión acerca de otra clase de infracciones que puede constatar la autoridad de competencia (no sólo del artículo 3 LDC, sino de las previstas en el artículo 62 LDC, como, por ejemplo, las relativas a <i>gun-jumping</i>)	“Proceso de reclamación de daños basado en una declaración de infracción de los artículos 1 o 2 de la LDC y/o 101 o 102 del TFUE realizada por una autoridad de competencia”
Acción stand-alone	Ver comentario anterior	“Proceso de reclamación de daños que se ejercita sin basarse no está basado en una declaración de infracción de los artículos 1 o 2 de la LDC y/o 101 o 102 del TFUE realizada por una autoridad de competencia”

Efecto paraguas	La referencia a “ <i>buscando aprovecharse de la dinámica alcista</i> ” es inapropiada ya que puede inducir a confusión en cuanto a la participación de dicha empresa en la infracción	Adaptar a definición dada por TJUE en su sentencia <i>Kone</i> , párrafo 29 (enlace aquí)
Lucro cesante	Coherentemente con la definición de Daño emergente, debería indicarse “ <i>infracción del derecho de la competencia</i> ” y no sólo “ <i>infracción</i> ”	“ <i>Incremento del patrimonio del demandante que se habría producido en ausencia de la infracción del derecho de la competencia</i> ”
Repercusión del sobrecoste	Aclarar, coherentemente con la definición dada en relación con el Daño emergente y el Lucro cesante, que se trata de un daño causado por una “ <i>infracción del derecho de la competencia</i> ”	“ <i>Situación que se produce cuando un agente que ha sufrido un daño (competidor, proveedor o comprador) causado por una infracción del derecho de la competencia traslada a sus compradores directos parte o la totalidad del daño sufrido, minorando o incluso eliminando dicho perjuicio</i> ”

5. ANEXO 2: CONCEPTOS ESTADÍSTICOS Y ECONOMETRICOS

- La segunda versión de la Guía mantiene un anexo de carácter técnico que resume conceptos econométricos y estadísticos.
- Desde nuestro punto de vista, no es necesario incluir un anexo de carácter tan técnico en la Guía, por los siguientes motivos:
 - Primero, porque existe el riesgo de que se haga un uso inapropiado de ella. Condensa mucha información, con un lenguaje muy técnico, pero, como la propia Guía admite, se trata de un anexo “divulgativo”, no exhaustivo.²¹
 - Esto plantea riesgos. Por un lado, puede haber métodos econométricos que sean perfectamente válidos en el contexto en que se empleen pero que, por razones de espacio, o porque se trate de desarrollos recientes, o incluso posteriores a la publicación de la Guía, no se contemplen en ella. Puede producirse entonces la situación paradójica de que los jueces o las partes lo rechacen por no aparecer en la Guía, aunque su validez técnica no esté en cuestión. Por otro lado, la Guía plantea algunas opciones metodológicas sobre las

²¹ Véase el párrafo 224 de la Guía.

que no existe consenso entre los economistas.²² Su inclusión en la Guía podría acarrear que se instauren prácticas no deseables.

- Segundo, la segunda versión de la Guía aclara que *“los destinatarios de la Guía son múltiples: los jueces y tribunales encargados de los procedimientos judiciales de reclamación de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia, las partes en estos procedimientos judiciales, los peritos y letrados especializados en este tipo de reclamaciones, así que como el público en general.”*²³ Además, la Guía ha incorporado un Glosario y un Ejemplo Práctico (Anexos 1 y 3, respectivamente).
- En este contexto, no parece necesario este anexo técnico: para los jueces y letrados, los Anexos 1 y 3 son más asequibles, y el Anexo 2 es en exceso técnico; para los peritos encargados de la cuantificación y que empleen los métodos descritos en el Anexo 2 (u otros), se les presupone la capacidad y el conocimiento técnico, más profundo y completo que el que este Anexo puede aportar. Gran parte del material se podría incluir en el Anexo 1 (es el caso, por ejemplo, de los conceptos que se definen en los párrafos 230-255), o integrado en el Anexo 3.
- Así, sugerimos eliminar el Anexo de la guía y reubicar un limitado número de explicaciones en las diferentes partes de la Guía donde los conceptos correspondientes son citados o relevantes. En vez de entrar en detalle sobre conceptos técnicos como endogeneidad, heteroscedasticidad o multicolinealidad, sugerimos que se centre en temas prácticos, por ejemplo:
 - Una discusión sobre cuándo utilizar métodos econométricos en vez de otros métodos estadísticos (que pueden ser más simples o más cualitativos)
 - Interpretación de las estimaciones econométricas (coeficientes, significatividad estadística).
 - Cómo evaluar la robustez de los resultados y validación conceptual de que los coeficientes tengan sentido).
- **Algunos comentarios más detallados a continuación:**
- **Sección A.2.1.4:** Sugerimos mencionar que los umbrales habitualmente utilizados son 1%, 5%, y 10%, y entre ellos el 5% suele ser el más utilizado.
 - Sobre los métodos para comparar observaciones (párrafos 279- 281): Por la introducción del párrafo 279, se podría interpretar que las técnicas comparativas que se describen son adecuadas para la construcción de un escenario contrafactual, cuando pocas veces será así.
- **Párrafo 288:**
 - Se afirma que *“El término de error ... también se puede definir como la diferencia entre el valor observado de la variable explicada y su valor predicho por el modelo.”* Podría interpretarse que

²² La interpretación de la tendencia en el párrafo 343 de la Guía es un ejemplo de ello.

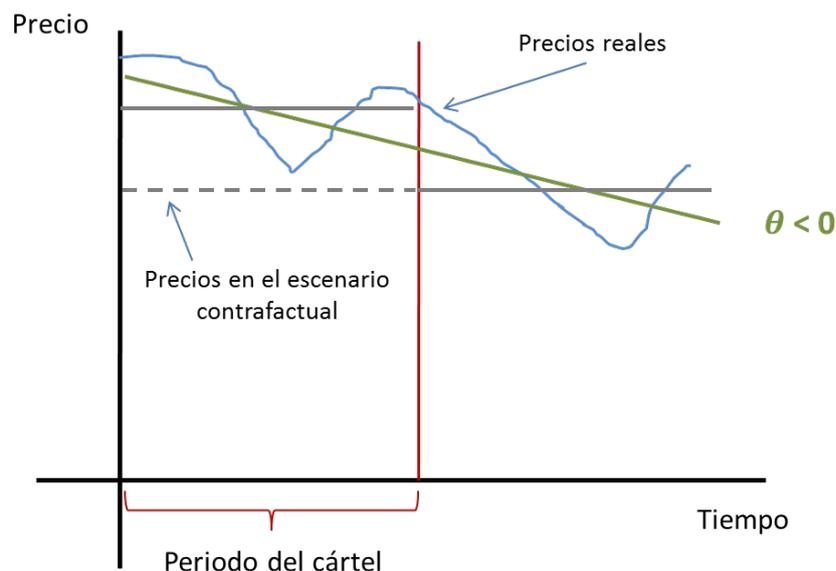
²³ Véase el párrafo 8 de la Guía.

se está mezclando el concepto de término de error y el de residuo. Sin embargo, estos son dos conceptos distintos. El término de error es una variable aleatoria, diferente para cada observación muestral, y su realización no es observable. Por el contrario, el residuo es observable, ya que se construye a partir de las estimaciones y de los datos de las variables dependiente e independiente (como la diferencia, este sí, entre el valor real y el predicho por el modelo).

- **Sección A2.5 (“Problemas Frecuentes”):**

- La Guía indica en el párrafo 316 que los problemas que se describen en esta sección pueden estar presentes en un análisis concreto, pero que *“es necesario evaluar [...] la relevancia de los problemas detectados, su magnitud, las soluciones adoptadas y las alternativas disponibles, antes de descartar esos modelos”* (párrafo 316). Coincidimos con este enfoque, porque en el ámbito de cuantificación de daños, en el que el “tratamiento” cuyo efecto se pretende identificar viene dado, y en el que existen recursos y plazos siempre limitados y la disponibilidad de los datos no siempre es la ideal, no siempre será posible evitar alguno de los problemas descritos. Por este motivo, sería útil que la Guía proporcionase alguna indicación al respecto de qué aspectos pueden ser más preocupantes o susceptibles de invalidar un análisis. Por ejemplo, parece razonable reconocer que los problemas que puedan afectar a la inferencia (por ejemplo, la heteroscedasticidad) son de segundo orden respecto a otros, que sí afecten a la cuantificación en sí.
- Sobre la necesidad de incluir una tendencia como variable explicativa en el modelo (**párrafo 343**):
 - La Guía afirma que si *“alguna de las variables”* presenta una tendencia, hay que incluirla como variable explicativa en el modelo. Discrepamos de la postura de la Guía al respecto. Por ejemplo, consideremos la situación de la Figura 1 a continuación, en la que se muestran los precios durante y después de un cártel. Supongamos, por simplicidad, que la única diferencia entre los precios durante y después del cártel es precisamente el cártel, y que el resto de factores se mantiene constante.
 - En este caso, la comparación de los precios medios durante y después del cartel indicaría que como consecuencia del cártel los precios se incrementaron.
 - Ahora, introduzcamos en el análisis una tendencia temporal. En este caso, los precios siguen una tendencia decreciente, por lo que el modelo identificará la existencia de una tendencia decreciente, tal y como se muestra en la Figura 1.
 - Esta decisión tiene un impacto crucial sobre el efecto estimado del cártel. Dado que la evolución de los precios parece ajustarse bien a la tendencia a la baja, el modelo de la ecuación producirá una estimación del sobreprecio causado por el cártel muy baja, posiblemente nula. Se estimará que la desaparición del cártel no tuvo ningún efecto en los precios porque no condujo a reducciones de precios más allá de las esperadas dada la tendencia a la baja asumida.

- Desde nuestro punto de vista, la inclusión de la tendencia sólo está justificada si puede demostrarse que los precios de los productos afectados por el cártel muestran una tendencia natural a la baja como consecuencia, por ejemplo, del progreso tecnológico. Si así fuera, entonces esta tendencia debe tenerse en cuenta para calcular el sobreprecio del cártel. Si no hubiera ninguna justificación factual para realizar este supuesto, la tendencia no debería incluirse.
- Si los precios aumentan con el tiempo, es porque los costes de producción, o la demanda, o la calidad de los productos aumenta. Estos efectos deben tenerse en cuenta con variables específicas y no con una tendencia lineal. A menos que el experto económico sea capaz de explicar que la tendencia a la baja es causada por factores de oferta y demanda relevantes y bien identificados, la introducción de dicha tendencia en el modelo lo único que hace es sesgar los resultados para enmascarar el efecto del cártel.
- Además, en el ejemplo de cuantificación presentado en el Anexo III, el Borrador incluye una tendencia tanto para el método diacrónico como para el método de comparación geográfica de forma automática, sin reflexionar sobre las razones económicas para incluir la tendencia o los posibles problemas que dicha decisión puede conllevar. Este sencillo ejemplo también podría inducir a error, ya que parece incluir muchos componentes de coste diferentes, además de la tendencia lineal.



6. ANEXO 3: EJEMPLO PRÁCTICO

Comentarios generales

- En términos generales, se valora positivamente la inclusión de ejemplos prácticos que ayuden a los jueces a interpretar los resultados de los informes periciales, en particular los que resultan de análisis econométricos.
- El comentario general a este anexo es que consideramos conveniente aclarar que el objeto del anexo es precisamente este, es decir, que los jueces entiendan mediante una ilustración el tipo de técnicas que se utilizan, cómo interpretar sus resultados, y algunos aspectos clave para evaluar de forma crítica estos análisis. Sin embargo, en ningún caso pretende ilustrar un ejemplo modélico del tipo de análisis a realizar (incluyendo por ejemplo, qué variables deben utilizarse). Los comentarios más específicos que se incluyen a continuación se refieren a ejemplos de aspectos concretos del caso práctico que consideramos que no constituyen necesariamente mejores prácticas en este tipo de análisis, siendo conveniente introducir una discusión o advertencia al respecto (en caso de que se decida mantenerlos).
- Como comentario de detalle sobre el apartado introductorio del anexo, en el párrafo 352.i, consideramos conveniente que se sustituya la referencia a empresas no-integrantes del cártel por mercado geográfico comparable no afectado por el cártel. Si bien en el desarrollo del caso práctico queda claro, tal y como está redactado este párrafo podría interpretarse que las empresas no-integrantes de un cártel podrían ser un grupo de comparación adecuado incluso si operan en el mismo mercado relevante (de producto y geográfico) que las empresas el cártel. De hecho, se han presentado informes periciales en algunos procedimientos donde se ha empleado este enfoque. Al respecto, debe notarse que los motivos por los que las empresas no-integrantes pertenecientes al mismo mercado relevante no participan en el cártel pueden ser diferencias con respecto a las empresas integrantes que las conviertan en comparables poco adecuados.

Comentarios específicos

- **Párrafo 364:** se advierte que se utiliza un panel de datos balanceado. Entendemos que esto se debe a que en este caso se dispone de datos para todas las fábricas durante todo el periodo analizado (es decir, que no se trata de una decisión, en la que se opta por eliminar fábricas que tienen datos solo para una parte del periodo). No obstante, sería conveniente matizar que, en otro tipo de contextos (donde no se dispone de datos para todos los individuos durante todo el periodo analizado), el uso de un panel balanceado no es necesariamente la mejor opción y de hecho presenta limitaciones al prescindir de observaciones que pueden contribuir a mejorar la precisión de las estimaciones de determinados coeficientes. Alternativamente, proponemos eliminar la referencia a que se trata de un panel balanceado.

- **Párrafo 365:** dada la indisponibilidad de datos, se opta por un precio de la electricidad que es común para todas las fábricas y regiones, y un coste laboral que es común para las fábricas de una misma región. A este respecto, sería conveniente alertar de los problemas que genera el uso de este tipo de aproximaciones, y de la necesidad de contar con variables que representen de forma lo más específica y próxima posible los costes en que realmente incurre cada fábrica (por ejemplo, en el caso de los costes laborales puede existir un índice específico de la industria que resultaría más adecuado que un índice general). Al margen de los problemas de error en la medición, las variables que solo dependen del tiempo, como en este caso el coste de la electricidad, pueden ser especialmente problemáticas en modelos diacrónicos dada su potencial correlación con la variable de infracción. Por lo que respecta al coste laboral, convendría asimismo introducir una discusión sobre la relevancia de su inclusión en función de su peso sobre los costes totales y de su carácter fijo o no (que determina su relevancia en la formación de los precios).
- **Párrafo 366:** consideramos que sería conveniente introducir una discusión sobre la procedencia o no de incluir hasta 3 variables de demanda distintas en una misma regresión. A nuestro juicio, esto puede resultar contraproducente a no ser que exista un buen motivo para ello (por ejemplo, que existan distintos drivers de la demanda, o shocks específicos que pueden afectarla en momentos concretos y deben modelizarse de forma separada al driver o drivers principales). En caso de que se considere adecuado optar solo por alguna de las variables, resultaría asimismo conveniente introducir una discusión sobre ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Así, por un lado, un indicador genérico como el PIB constituye a priori un proxy mucho menos preciso de la demanda que una variable tan específica como las ventas de cada fábrica. Además, la variable PIB puede ser problemática en los modelos diacrónicos por su potencial correlación con la variable de infracción. Por otro lado, la inclusión de variables explicativas que son claramente endógenas, como el volumen de ventas de cada fábrica, también resulta problemática, en particular considerando las dificultades que plantea la elección de instrumentos adecuados, y la sensibilidad de los resultados de las estimaciones de variables instrumentales a los instrumentos elegidos.
- **Párrafos 369-373:** consideramos conveniente aclarar que este tipo de análisis simples solo son útiles en situaciones como la que parece representarse, es decir, producto homogéneo y similitud en condiciones de oferta y demanda en el mercado afectado y en el mercado utilizado como referencia de comparación. En otro caso, la existencia de sobreprecio no puede inferirse de una mera observación de diferencias de precios, incluso si son estadísticamente significativas. De hecho, una situación relativamente común es que los niveles de precios en el mercado afectado pueden ser inferiores a los del mercado utilizado como referencia de comparación, sin que esto implique que no existe sobreprecio. Consideramos en todo caso que podría aclararse el concepto de hipótesis nula al que se hace referencia en el párrafo 372 y qué implica su rechazo o bien directamente utilizar una terminología más llana y accesible para los jueces.
- **Párrafo 375:** consideramos que los jueces pueden requerir una mayor explicación de los gráficos que se incluyen debajo de este párrafo para entenderlos. Consideramos asimismo conveniente aclarar que la eliminación de valores atípicos no es inocua y que debe realizarse un análisis

cuidadoso antes de adoptar este tipo de medidas. De la lectura de este párrafo podría inferirse que la mera observación de diferencias de precios significativas puede justificar la exclusión de los atípicos.

- **Párrafo 376:** consideramos conveniente advertir que el análisis de correlaciones debe interpretarse con mucha cautela. Al final del día, el precio de un producto depende de numerosos factores, y una correlación simple no puede captar esto. Como consecuencia pueden encontrarse valores bajos de correlación o incluso signos contraintuitivos en el caso de factores que, desde un punto de vista económico, claramente son determinantes en la formación de los precios de un bien o servicio.
- **Párrafo 377:** consideramos que la inclusión de la tendencia no es una buena solución para tener en cuenta la potencial correlación entre observaciones de una misma variable en diferentes momentos del tiempo. Si se trata de un problema de potencial de autocorrelación en los errores, lo más adecuado sería el uso de errores robustos a este problema. La inclusión de variables de tendencia es además en general cuestionable, dado que no resulta claro qué están midiendo y se encuentran muy correlacionadas con la variable de infracción en modelos diacrónicos.
- **Párrafo 379:** consideramos que la matriz de correlaciones no debe utilizarse como guía para la selección de variables explicativas ni para anticipar el efecto esperado de cada una de ellas sobre los precios (ver comentario anterior sobre el párrafo 376). Consideramos que este tipo de decisiones deben guiarse más por la lógica/teoría económica. En el caso de los factores de coste a considerar, un elemento relevante es también su peso sobre los costes totales de provisión del bien o servicio.
- **Párrafo 380:** en el caso del análisis diacrónico en el que la estimación del modelo se realiza con datos dentro y fuera del periodo de infracción, existe también la posibilidad de realizar una comparación antes-durante-después (no es necesario separar las comparaciones antes-durante y durante-después). Sería conveniente reflejarlo en la tabla resumen o al menos clarificarlo. En el caso de la comparación diacrónica basada en la proyección del modelo estimado con datos para el periodo de fuera de la infracción, sería conveniente matizar en la tabla que el efecto viene dado por la diferencia entre la predicción y los datos reales (en la tabla ahora mismo solo aparece la predicción).
- **Párrafo 381:** conviene resaltar que la principal debilidad que plantea este método consiste en identificar otros mercados que sean realmente comparables y/o tener en cuenta todos los factores que pueden dar lugar a diferencias en los niveles de precios. El ejemplo que se plantea en la Guía es un caso ideal que es difícil encontrar en la práctica (bien homogénea, condiciones de demanda y oferta muy similares entre los mercados, ...). En aquellos casos en que se dispone de datos para dentro y fuera del periodo de infracción, lo ideal es plantear un análisis de diferencias en diferencias (en lugar de un modelo sincrónico).
- **Párrafos 382-383:** conviene matizar que el coeficiente para la variable de infracción mide la diferencia de precios entre regiones que no viene explicada por el resto de factores incluidos en la regresión. Este coeficiente solo puede interpretarse como una estimación de sobreprecio en caso

de que se hayan tenido en cuenta en la regresión todos los otros factores que influyen en los precios. Conviene matizar asimismo que el análisis de regresión simple ofrece poca información adicional frente a una mera comparación de medias (en particular considerando que este último análisis se puede complementar con un análisis de significatividad estadística de la diferencia). Conviene por último matizar que la interpretación del término constante en regresiones múltiples es más compleja desde un punto de vista económico.

- **Párrafos 384-386:** consideramos que estos párrafos son especialmente útiles y que este tipo de consideraciones deberían constituir el foco del ejemplo práctico, dado que ayudan a los jueces a interpretar los resultados del análisis de regresión. Dicho esto, consideramos conveniente expandir algo más la explicación del p-valor y que haya correspondencia entre lo que se explica en el texto y los números de la tabla (por ejemplo, en el texto se habla de significatividad al 99%, y no se hace referencia al valor que aparece en la tabla, que es un p-valor de 0). Consideramos asimismo conveniente entrar a valorar el sentido económico de algunos de los coeficientes que se obtienen en las regresiones que aparecen en la tabla que hay justo antes del párrafo 384, en particular: (i) los signos de los coeficientes asociados a las variables de ventas de cada fábrica y PIB son negativos, a pesar de que tratan de aproximar el nivel de demanda; y (ii) los coeficientes de las variables de coste parecen sugerir que una variación de 1 euro en los costes conlleva una variación de más de 1 euro en el precio del bien.
- **Párrafo 387:** consideramos conveniente aclarar que el principal problema derivado de omitir variables explicativas relevantes es el sesgo en el coeficiente de la variable de infracción. La referencia a que dichas variables quedan incluidas en el término de error es confusa y discutible, ya que el problema radica en que parte de su efecto puede ser recogido por el coeficiente de la variable de interés.
- **Párrafo 388-389:** consideramos que puede ser complicado obtener evidencia robusta sobre la relación existente entre el precio y una variable explicativa mediante este tipo de análisis. En principio, los supuestos sobre la relación existente (si es o no de tipo lineal, ...) debe basarse en el conocimiento del sector y en la lógica/teoría económica y testarse de forma empírica mediante los análisis de regresión realizados (análisis de sensibilidad). En caso de que se mantengan estos párrafos y el gráfico que los acompaña, los títulos de los gráficos hacen referencia a costes de transformación cuando entendemos que deberían ser de materiales. Por otra parte, consideramos que los resultados del análisis que se presentan en dichos gráficos pueden verse condicionados por el propio supuesto asumido en el análisis de regresión sobre la existencia de una relación de tipo cuadrático entre costes de materiales y precio.
- **Párrafo 392:** conviene aclarar que los valores de R^2 que se reportan en estas regresiones son muy elevados y difíciles de obtener en la práctica, sin que valores más reducidos impliquen que el análisis no es válido. Adicionalmente, la explicación de la diferencia entre el R^2 y el R^2 ajustado es algo confusa. Al final del día, la inclusión de variables adicionales en una regresión siempre incrementará el R^2 (incluso si dichas variables no son relevantes a la hora de explicar la variable objeto de estudio,

en este caso el precio). En este sentido, el R2 ajustado penaliza los modelos con mayor número de variables, de tal forma que si hay dos modelos con el mismo R2 pero uno tiene más variables que otro, el R2 ajustado será mayor para el modelo con menor número de variables.

- **Párrafo 395:** si bien siempre resulta aconsejable realizar un análisis de los residuos, el test de normalidad que se propone en la Guía resulta sumamente restrictivo y alejado de la práctica habitual. Al final del día, el supuesto de normalidad afecta principalmente a los contrastes de significatividad estadística de los coeficientes, existiendo además alternativas en aquellos casos en los que existen razones para suponer que la distribución puede ser distinta de la normal.
- **Párrafo 396:** conviene aclarar que el tipo de multicolinealidad que preocupa principalmente en un análisis de regresión es aquel que se deriva de la correlación entre la variable de infracción y el resto de variables explicativas. La existencia de un VIF relativamente elevado no necesariamente lleva a descartar los resultados de la regresión. Además, los umbrales de este test normalmente utilizados son en buena medida arbitrarios.
- **Párrafo 399-409:** conviene aclarar que, en la medida de lo posible, conviene evitar el uso de variables explicativas endógenas (por los motivos señalados en el comentario al **párrafo 366**). Adicionalmente, en el **párrafo 400**, sería conveniente incluir al menos un ejemplo del tipo de características regionales que podrían utilizarse como variable instrumental, mientras que en el **párrafo 406** se vuelve a poner un énfasis excesivo en el valor del R2 (ver comentario al **párrafo 392**). Por último, en el **párrafo 408** no se menciona al PIB en el listado de variables cuyo coeficiente es estadísticamente significativo, ni a la tendencia en el conjunto de variables cuyo coeficiente no es significativo.
- **Párrafo 412:** conviene mencionar que el uso de variables como el precio de la electricidad y la tendencia, que solo dependen del tiempo, puede ser problemático en un modelo diacrónico, dada su potencial correlación con la variable de infracción. Debe testarse si los resultados dependen de forma crucial de la inclusión de estas variables. Además, como se ha indicado anteriormente, el uso de variables de tendencia resulta particularmente discutible dada la dificultad para interpretar qué factores representan realmente.
- **Párrafo 413:** consideramos conveniente introducir una discusión sobre la lógica económica de los resultados. Por ejemplo, el valor de los coeficientes asociados a las variables coste parece sugerir que un aumento de 1 euro en los costes conlleva un aumento de más de un euro en el precio; el coeficiente de la variable ventas de la fábrica, incluida en la regresión como indicador de demanda, sugiere una relación negativa y significativa entre precios y demanda; el valor del coeficiente de la variable PIB aumenta de forma muy significativa cuando se compara el modelo antes y durante con el “durante y después”.
- **Párrafo 415:** se vuelve a poner demasiado énfasis en el valor del R2.
- **Párrafo 416:** consideramos conveniente poner de manifiesto las desventajas del enfoque predictivo. En particular, se pierden observaciones, lo que puede redundar en una menor precisión en la

estimación de determinados coeficientes. A priori, solo resulta recomendable en circunstancias particulares, por ejemplo cuando existan motivos para pensar que la relación entre el precio y alguna/s de las variables explicativas puede haber cambiado durante el periodo de infracción. Adicionalmente, resultaría conveniente realizar un test de diferencias de medias con el objeto de evaluar la significatividad estadística de la diferencia entre los valores reales y los predichos.

- **Párrafo 419:** consideramos que el análisis de diferencias en diferencias puede explicarse de forma más simple e intuitiva o al menos de forma más precisa. Al final del día, este análisis trata de entender si la diferencia entre los precios del mercado afectado y el mercado de comparación ha cambiado durante el periodo de infracción. Por ejemplo, si el mercado afectado es España, y su precio en condiciones competitivas es inferior al precio en el mercado de comparación, lo que se esperaría observar en caso de sobreprecio es que dicha diferencia se redujera durante el periodo de infracción.
- **Párrafos 422-425:** consideramos que la explicación del test de tendencias paralelas no es muy clara. Además, consideramos conveniente advertir de algunas limitaciones. Por ejemplo, este test puede no ser fiable cuando se dispone de pocas observaciones para el periodo sin infracción. Además, el test no debe utilizarse como criterio de selección de entre un conjunto de potenciales candidatos sobre los que no se ha realizado un análisis previo de comparabilidad. Por el contrario, debe primero identificarse desde un punto de vista teórico / de lógica económica / características de oferta y demanda el comparable o los comparables adecuados, y solo posteriormente aplicar el test sobre dichos comparables con el objeto de testar si se cumple la hipótesis de tendencias paralelas.
- **Párrafo 427:** consideramos conveniente discutir la idoneidad de incluir variables que solo dependen del tiempo, como el precio de la electricidad o la tendencia, en un modelo que también incluye efectos fijos de tiempo. Consideramos asimismo conveniente introducir una discusión sobre la lógica económica de los resultados, en línea con lo sugerido en comentarios anteriores sobre otras tablas de resultados.
- **Párrafo 429:** consideramos conveniente aclarar que no se propone realizar todos los posibles análisis comparativos como mejor práctica. Al final del día, los resultados del ejemplo de la Guía son difícilmente observables en la práctica. Por lo general, el rango de sobreprecios que puede llegar a obtenerse con diferentes métodos puede ser bastante amplio, e incluso puede llegar a obtenerse resultados contradictorios. Debe haber una discusión previa sobre el método que resulta más adecuado en cada caso.
- **Párrafos 430-436.** Consideramos que la forma de cálculo de los intereses no necesariamente requiere de una ilustración o ejemplo práctico. En caso de mantenerse esta parte del ejemplo práctico, se requeriría una mayor discusión/detalle en cuanto a algunos de los principales supuestos del cálculo, incluyendo: (i) el momento del año en el que se asume que tiene lugar el pago del sobreprecio (aparentemente, el 1 de enero del año en cuestión), y la lógica económica de este supuesto y las posibles alternativas (mitad o final de año); (ii) la lógica de emplear el WACC frente a otras alternativas, que además puede depender de quién sea el reclamante; (iii) la lógica de

considerar distintos tipos de interés para el periodo pre y post demanda, cabiendo asimismo una discusión sobre el tipo a aplicar en los periodos pre y post sentencia firme.

- **Párrafo 438:** ver comentario sobre el **párrafo 429**.

ÍNDICE

COMENTARIOS GENERALES	1
COMENTARIOS A LAS SECCIONES ESPECÍFICAS	3
1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO	3
2.1 CUESTIONES GENERALES	3
2.1.1 Conductas anticompetitivas sancionables y agentes involucrados	3
2.1.2 Repercusión del sobre coste.....	4
2.1.3 Acceso a los datos	6
2.2 EL INFORME PERICIAL.....	8
2.2.1 Características del sector y mercado afectados.....	8
2.2.2 Teoría del daño y descripción del escenario contrafactual.....	9
2.2.3 Selección de las variables relevantes y datos utilizados	11
2.2.4 Metodología y presentación de resultados.....	12
2.3 LOS MÉTODOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO	14
2.3.1 Métodos comparativos	17
2.3.2 Métodos basados en costes y análisis financiero	26
2.3.3 Modelos de simulación.....	28
2.4 LA CAPITALIZACIÓN DEL DAÑO	30
Comentarios generales	30
2.4.1 Métodos de cálculo de la capitalización	31
2.4.2 Tasas de capitalización	31
2.4.3 Delimitación temporal de los intereses.....	31
2.5 DIFERENCIAS EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR UN AUMENTO DE PRECIOS Y POR PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN	32
2.5.1 Particularidades de las prácticas de exclusión	32
2.5.2 Cuestiones relevantes para la cuantificación de los daños	33
2.6 LISTA DE COMPROBACIONES PARA CONTRASTAR LA FIABILIDAD DE LA CUANTIFICACIÓN	33

2.6.1	Lista de comprobación general	33
2.6.2	Listas de comprobación específicas.....	35
3.	REVISIÓN DE LA LITERATURA ECONÓMICA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS	36
4.	ANEXO 1: GLOSARIO DE TÉRMINOS	37
5.	ANEXO 2: CONCEPTOS ESTADÍSTICOS Y ECONOMETRÍCOS	39
6.	ANEXO 3: EJEMPLO PRÁCTICO.....	43