

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LINEAMIENTOS SOBRE RESARCIMIENTO DE DAÑOS

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC) publicó para comentarios el documento preliminar de trabajo “Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia” (en adelante, la Guía). De acuerdo con lo señalado por la CNMC, esta Guía tiene como objetivo facilitar la labor de estimación del daño por conductas anticompetitivas para todas las partes implicadas: jueces y tribunales, abogados y peritos especializados, y las personas y empresas perjudicados por la conducta, ya sea que se trate de daños efectivos o potenciales.
2. Asimismo, la Guía contiene diversas metodologías de estimación de daños, sustentadas en el uso de técnicas estadísticas y econométricas que los peritos especializados podrán tomar en cuenta para la elaboración de sus informes periciales. Para ello, la CNMC ha tomado en cuenta directrices de instituciones privadas y públicas, así como aportes a la literatura sobre estimación de daños.
3. Asimismo, la CNMC reconoce la existencia de factores que pueden atenuar el daño estimado como la ganancia en eficiencias y la repercusión de sobrecoste, reconociendo sobre este último los factores vinculados al mercado que condicionan la magnitud de su efecto.
4. Por último, también define y explica de manera sencilla conceptos estadísticos, económicos y financieros relevantes para la cuantificación y actualización de daños; tales como tipos de costes, beneficios e intereses, datos (panel, sección cruzada y series temporales), errores estadísticos, metodologías de regresión de mínimos cuadrados, formas de competencia en el mercado, entre otros.
5. De esta manera, la Guía ha desarrollado las herramientas que permiten realizar una estimación del daño de manera más precisa y predecible. Sin perjuicio de ello, consideramos que existen oportunidades de mejora, los cuales detallamos a continuación.

II. Sobre la estimación del *pass-on effect*

6. El “*passing-on effect*” o la existencia de “*situaciones de repercusión del sobrecoste*” es definido en la Guía como el escenario en el cual el agente que ha sufrido el daño traslada a sus compradores directos parte o todo el daño sufrido¹.
7. En tanto el resarcimiento alcanza únicamente a aquellos daños que el agente perjudicado haya sufrido de manera efectiva, la repercusión de sobrecostes es un elemento que tiene impacto en la determinación del monto resarcitorio, pues puede ser un factor que puede reducir el monto que correspondería al demandante². Así, el daño que debería ser reparado sería igual al sobrecoste efectivamente pagado menos el sobrecoste repercutido o trasladado, más el lucro cesante.
8. Dada la relevancia de este factor, consideramos que la Guía no solo debería especificar los factores que influyen en su magnitud, tales como, la intensidad de la competencia en el mercado, proporción del mercado afectada, características de la demanda, estructura de costos, entre otros; sino también debería especificarse las variables y métodos que pueden ser empleados para estimarlos.
9. Al respecto, en el documento “*Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*”, la Comisión Europea ha señalado que el órgano jurisdiccional podrá tomar en cuenta pruebas de carácter cualitativo y cuantitativo para la estimación del sobrecosto³. Entre los datos cuantitativos, dichas directrices destacan los precios, costes o márgenes reales, así como la inclusión de indicadores externos de los agregados de la economía.
10. Asimismo, en relación con los métodos para estimar el sobrecosto, la Comisión Europea ha detallado los enfoques económicos de cuantificación, tales como los métodos comparativos, método de la proporción de repercusión o el método de simulación⁴. Al respecto, se precisa que estos métodos harán uso de datos cuantitativos para calcular el efecto de la repercusión.

¹ Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, numeral 23.

² Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, numeral 25.

³ Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, numeral 76.

⁴ Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, numeral 84.

11. En ese sentido, sugerimos que en la Guía se especifiquen las variables y métodos para el cálculo del sobrecoste, pues ello permitirá a los agentes afectados, así como a los jueces y peritos, contar con mayores elementos que permitan una estimación más precisa del daño.

II. Sobre la tasa que se debe utilizar en la actualización de monto estimado

12. En la Guía se describen las tasas de capitalización que pueden ser utilizadas, entre las cuales se encuentran la tasa de interés libre de riesgo, el costo de capital del demandante y el índice de precios al consumo (IPC)⁵. Asimismo, se ha desarrollado la delimitación temporal para la aplicación de intereses, que consistiría en distinguir dos periodos: (i) desde que se produce el daño hasta la presentación de la demanda (periodo compensatorio), y (ii) desde la presentación de la demanda hasta la sentencia de primera instancia (periodo moratorio)⁶.
13. No obstante, en la Guía no se detalla cuáles serían las tasas que deberían ser aplicadas para cada uno de los periodos delimitados, ni cuál sería la tasa que mejor se aproximaría para atender las justificaciones que se encuentran detrás de cada uno de estos periodos. En tal sentido, no queda claro cuál sería la tasa aplicable al periodo compensatorio (definido como periodo A en la Guía) ni si esta debiese ser la misma que la tasa aplicable al periodo moratorio (definido como periodo B en la Guía).
14. En ese sentido, consideramos que se debería señalar expresamente que la tasa de capitalización debería ser diferente para ambos periodos y la tasa aplicable al periodo moratorio debería ser menor que la tasa del periodo compensatorio. Ello, debido a que los intereses del periodo A tienen como objetivo compensar el costo de oportunidad por el tiempo transcurrido desde que se produce el daño hasta la presentación de la demanda, mientras que los intereses del periodo B tienen como objetivo compensar por el retraso en percibir el monto indemnizatorio. Si bien en el Anexo 3 de la Guía se encuentra detallado un ejemplo en el que se aplica un WACC de 3.8% para el periodo A y una tasa de 1.1% para el periodo B, consideramos que le otorgaría mayor claridad y predictibilidad a la Guía que los criterios detrás de la aplicación de las tasas en dicho ejemplo sean incluidas en el propio texto de la Guía.
15. Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que en caso el demandante sea un usuario o grupo de usuarios, las tasas de capitalización para los periodos delimitados no deberían ser necesariamente diferentes. Para este caso, sugerimos precisar que, en lugar de tasa de bonos del Estado o el WACC (como fue detallado en los ejemplos del Anexo 3), sería más idónea una tasa de interés bancaria pasiva o en su defecto el IPC, en tanto en estos casos el costo de oportunidad de un usuario o grupo de usuarios no es necesariamente la inversión en un determinado negocio, como sí lo es para una empresa.

III. Reconocimiento de beneficios o eficiencias en cálculo de daño

16. En el ámbito del derecho de la competencia existen conductas que son consideradas en sí mismas perjudiciales para los consumidores y el mercado en general, como es el caso de los acuerdos entre competidores para fijar precios, condiciones comerciales, entre otros. No obstante, existen conductas que pueden tener efectos positivos o procompetitivos para los consumidores, aunque la autoridad competente las haya calificado como anticompetitivas. Este puede ser un caso en el cual, producto de la conducta, los consumidores se hayan visto beneficiados por la conducta investigada y sancionada.
17. En efecto, de acuerdo con la literatura, un efecto procompetitivo o positivo es uno que beneficia a determinado agente o grupo de agentes económicos como consecuencia de la conducta bajo análisis⁷. En tal sentido, una práctica anticompetitiva también podría tener como consecuencia la oferta de un producto de alta calidad o la presencia de precios bajos, efectos que incrementan el bienestar de los consumidores.
18. La evaluación de efectos procompetitivos o positivos se encuentra inmersa en la evaluación de conductas con efectos exclusorios. Al respecto, NIELS, Gunnar y otros sostienen que *“[q]uizás la forma más natural de juzgar una práctica anticompetitiva es evaluar si en balance esta causa más mal que bien al bienestar económico. El proceso competitivo proporciona un mayor bienestar, por lo que si el proceso competitivo es afectado lo que se espera observar es una reducción del bienestar. La prueba, por tanto, preguntaría si la conducta reduce la competencia en detrimento de los consumidores, sin crear eficiencias suficientes para compensar este perjuicio”*⁸.

⁵ Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, sección 2.4.2.

⁶ Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, sección 2.4.3.

⁷ J. Newman (2019). Procompetitive justifications in Antitrust Law. Disponible en: <https://bit.ly/3mll9ke>

⁸ Traducción libre de “Perhaps the most natural way of judging an alleged anti-competitive practice is to assess whether on balance it causes more harm than good to economic welfare. The competitive process delivers higher welfare, so if the process is harmed

19. En esa misma línea, autores como NIELSEN y entidades como la OECD, señalan que para ponderar los efectos procompetitivos o eficiencias en la evaluación de prácticas de abuso de posición de dominio, las autoridades suelen usar una serie de evaluaciones, tales como: el test de sacrificio de beneficios (profit sacrifice test), el test de no sentido económico (the no economic sense test), el de competidor igualmente eficiente (as eficiente competitor test), entre otros.
20. La OECD reconoce que la aplicación de estos test puede conducir, en algunos casos, a resultados incorrectos y que no existe un test perfecto para la evaluación de efectos positivos en casos de abuso de posición de dominio. Sin embargo, es un tema que todavía sigue en investigación.
21. Así, los efectos positivos que son producto de determinadas conductas anticompetitivas deberían tomarse en cuenta en la estimación del daño. De hecho, la Guía reconoce que como consecuencia de algunas conductas anticompetitivas se podrían percibir determinadas eficiencias que deberían ponderarse al analizar el efecto en los consumidores⁹. En particular, la CNMC señala:

“El efecto sobre los consumidores puede ser diverso, yendo desde el aumento de precios (en cuyo caso, se aplicarían consideraciones similares a la cuantificación de daños por sobreprecio), hasta la pérdida de calidad o de variedad de producto. También habría que tener en cuenta en el análisis posibles ganancias que se hayan tenido en el periodo de desgaste en forma de menores precios u otras eficiencias generadas”.

[Énfasis agregado]

22. En ese sentido, la Guía debería establecer la forma en la que estos efectos positivos o ganancias podrían considerarse en la estimación. En particular, se debería establecer las variables y criterios para estimar el valor que debería derivado de las eficiencias que debería ser descontado de la estimación de los daños.

IV. Sobre las metodologías para identificación más precisa del daño

23. En la Guía se hace referencia a los diferentes métodos que pueden ser utilizados para la cuantificación del daño, tales como los métodos comparativos, los métodos basados en costes y análisis financiero, y los modelos de simulación¹⁰. Cabe señalar que, cada método tiene diversas limitaciones y supuestos que deben cumplirse para estimar de manera consistente el daño.
24. No obstante, la Guía no es concluyente sobre cuál sería el método más apropiado para cada caso o qué criterios permitiría determinar cuál sería el método que mejor se aproximaría a la estimación del daño efectivamente percibido por el agente afectado. De esta manera, en este extremo la Guía no coadyuva a generar mayor predictibilidad en la determinación del daño, lo cual puede tener como efecto que los métodos sean aplicados de manera distinta -e incluso arbitraria- llevando a escenarios en los cuales se podría estar subestimando o sobreestimando el daño.
25. En el ejemplo propuesto del Anexo 3 de la Guía, la estimación de los daños derivados de un cártel se calcula mediante el sobreprecio generado, para lo cual se hizo uso del método comparativo. Si bien los distintos modelos¹¹ de dicho método proveen diversos resultados del sobreprecio y del daño, lo que permite obtener resultados más “robustos”¹² que proveen de mayor rigurosidad técnica al cálculo de daños, la Guía no detalla, cuál de todo el espectro de resultados, resulta ser el más idóneo para el cálculo, ni tampoco evalúa qué indicadores, tales como el R² ajustado, el estadístico F o significancia (p-valor), deberían ser tomados como referencia para escoger el método más apropiado. Más aún si se toma en cuenta que, según la literatura económica, cabe la posibilidad de agrupar los resultados y, de esta manera, estimar los daños mediante el promedio del espectro de resultados bajo los diferentes modelos¹³.
26. Así, al no tener algún indicador o indicadores referenciales, cualquier valor podría ser considerado adecuado para la estimación de daños, ya sea el valor mínimo, máximo o incluso el promedio. De

you would expect to see a reduction in welfare. The test would therefore ask whether the conduct reduces competition to the detriment of consumers, without creating efficiencies that are sufficient to offset this detriment”. En: NIELS Gunnar y otros (2016). Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press.

⁹ Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, numeral 157.

¹⁰ Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia, sección 2.3.

¹¹ Según la guía, se consideran tres tipos de modelos para la estimación del daño bajo el método comparativo, los cuales son los modelos de diferencias en diferencias, modelos diacrónicos y modelos sincrónicos.

¹² Se considera que un resultado es robusto si al ajustar las especificaciones de los modelos, dicho resultado no varía significativamente. White, H. & Lu. X (2010). Robustness Checks and Robustness Tests in Applied Economics. University of California.

¹³ OXERA (2009). Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. European Commission.

esta manera, si bien al contar con una diversidad de modelos para estimar del daño se incrementa el rigor técnico para la estimación de daños, la labor de los jueces se ve dificultada cuando no se tiene claro cuáles serán los indicadores que deberán ser tomados, y ello a su vez podría dilatar el tiempo de resolución del proceso.

27. En ese sentido, la Guía debería establecer, en la medida de lo posible, cuáles serían los criterios para escoger a la alternativa y valor más adecuado en la estimación de daños dentro de las diferentes estimaciones propuestas.
28. Así, por ejemplo, para determinadas conductas anticompetitivas, podrían existir metodologías más idóneas que otras. Por ejemplo, para un caso de concertación de precios, podría ser más preciso calcular el daño a través de un modelo de efectos fijos en lugar de un modelo comparativo que evalúe los valores de precios de un periodo con conducta versus uno sin conducta, debido a que el modelo de efectos fijos permite aislar el efecto de variables no observables que podrían sesgar el resultado.
29. En esa misma línea, autoridades como la COFECE¹⁴, FNE¹⁵, la SIC¹⁶, el INDECOPI¹⁷ y la Comisión Europea¹⁸ han empleado en sus estimaciones de sobrepuestos, estudios de mercado o análisis de concentraciones la metodología de efectos fijos para incorporar los efectos de variables inobservables que podrían generar sesgo en los resultados. Del mismo modo, el modelo de efectos fijos ha sido utilizado comúnmente en la literatura económica de estudios en cárteles¹⁹, así como para la estimación de los efectos de la concentración en el nivel de precios²⁰.
30. En ese sentido, en caso se tenga información estructurada como una base de datos tipo panel, se recomienda que la Guía incorpore explícitamente que, en estos casos, se incorporen en el modelo efectos fijos, ya sea temporales, geográficos, a nivel de individuos, entre otros correspondientes, de tal modo que los resultados obtenidos no contengan sesgos producto de variables inobservables.

¹⁴ COFECE (2015). Estimación de los beneficios obtenidos por la sanción de un cártel en licitaciones públicas del IMSS en México.

¹⁵ FNE (2019). Estudio de Mercado sobre Medicamentos (EM03-2018).

¹⁶ SIC (2015). Un modelo microeconómico para el análisis de Integraciones Empresariales: el caso del mercado de bebidas isotónicas

¹⁷ La autoridad de competencia peruana (INDECOPI) en un caso reciente de licitaciones colusorias (Caso de colusión entre empresas constructoras en el mercado de licitaciones públicas. Resolución 080-2021-INDECOPI). señaló que el modelo que más se adecúa a las características del caso fue el modelo de datos de panel con efectos fijos. Este modelo permite incorporar diversos efectos inobservables en la estimación del sobrepuesto, tales como temporales, geográficos, a nivel de firmas, entre otros dependiendo de cada caso. De esta manera, la incorporación de dichos efectos en el modelo permite realizar una estimación insesgada del sobrepuesto (Numeral 68 del Anexo 1. Análisis Económico de la Conducta Anticompetitiva Investigada. Resolución 080-2021-INDECOPI).

¹⁸ European Commission (2015). Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/telering in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands.

¹⁹ Clark, R.; Coviello, D.; de Leverano, A. (2020). Complementary bidding and the collusive arrangement: Evidence from an antitrust investigation, ZEW Discussion Papers. David, P. & Garcés, E. Quantitative Techniques for competition and antitrust analysis.

²⁰ Numeral 62 del Anexo 1. Análisis Económico de la Conducta Anticompetitiva Investigada. Resolución 080-2021-INDECOPI.