

Observaciones al segundo borrador de la guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia

Preparado por:

Aurélien Kaske

Benjamin Loertscher

Dr. Francisco Robles

Dra. Laura Robles

Preparado para:

Comisión Nacional de los Mercados y Competencia

Alcalá, 47

Madrid, 28014

España

1 Introducción

1. La Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (“CNMC”) ha publicado recientemente una Consulta pública (la “Consulta”) sobre el segundo borrador (el “Borrador”) de la Guía de cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia (G-2020-03)¹ (la “Guía”).
2. En el marco de la Consulta, agradecemos la oportunidad de considerar nuestros comentarios y aportaciones con el objetivo de mejorar la versión actual del Borrador.²
3. CEG | Competition Economists Group Europe (“CEG”)³ es una empresa de consultoría económica con oficinas en cinco países europeos, además de nuestra oficina en Australia. Nuestro equipo de economistas trabaja en cuestiones económicas complejas en procedimientos de alto riesgo en materia de competencia, regulación y litigios en todo el mundo. Nuestra experiencia es amplia y reconocida. Apoyamos a nuestros clientes, siendo demandantes o demandados, en casos de acuerdos horizontales, verticales y de abuso de posición de dominio, en litigios y arbitrajes en diversas jurisdicciones.
4. En CEG, celebramos la iniciativa de la CNMC de elaborar una guía propia sobre la cuantificación de daños teniendo en consideración aportaciones públicas provenientes de diversos ámbitos profesionales, tanto económicos como jurídicos y académicos.

¹ <https://www.cnmc.es/consultas-publicas/promocion-de-competencia/cuantificacion-danos-v2>.

² Este documento ha sido elaborado por un grupo de trabajo en el que han participado: Aurélien Kaske, Benjamin Loertscher, Dr. Francisco Robles, Dra. Laura Robles. Las opiniones expresadas en este documento son las de los empleados de CEG y los autores que prepararon esta respuesta y no se puede asumir que representan las opiniones de CEG.

³ <https://www.ceg-global.com/>.

5. En nuestra opinión, el segundo Borrador constituye una mejora significativa con respecto a su primera versión. En su versión actual, el Borrador presenta elementos básicos y fundamentales para la cuantificación de daños desde una perspectiva económica. Además, el Borrador incluye diferentes anexos con un glosario de términos económicos y econométricos, así como un ejemplo hipotético con datos simulados. En su conjunto, consideramos que el material presentado por la CNMC orientará y ayudará a jueces y tribunales en la evaluación de reportes periciales económicos presentados por demandantes y demandados.
6. Dicho lo anterior, en nuestro juicio, hay diferentes aspectos del Borrador que aún pueden ser mejorados. En la siguiente sección de este documento, nuestros comentarios y aportaciones están presentados como observaciones numeradas. Las observaciones están organizadas en dos grupos: mayores o menores. Primero, presentamos las observaciones mayores y posteriormente, las observaciones menores. Con el objeto de facilitar la revisión de nuestras observaciones e implementación de los cambios correspondientes, nuestras observaciones hacen referencia explícita al párrafo, o sección, del Borrador.

2 Observaciones mayores

7. El párrafo 19 presenta una clasificación de los agentes económicos que podrían estar involucrados en una infracción del derecho de la competencia. En este caso, sugerimos especificar que la clasificación mencionada hace referencia a una infracción en donde los infractores son los vendedores y no los compradores. De lo contrario, la clasificación presentada podría dar lugar a confusiones. En un cártel de compradores, obviamente, los sujetos infractores son los compradores. Asimismo, consideramos que podría ser útil incluir una breve discusión sobre cárteles de compradores en más detalle.
8. El párrafo 24 hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo en la jurisprudencia del cártel del azúcar. A pesar de que la sentencia establece *“que el incremento de precios por parte del comprador afectado directamente por la conducta es una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de repercusión del sobrecoste”*, en nuestra opinión, la veracidad de esa afirmación depende de cómo está definido el “incremento de precios”. Con el objetivo de evitar posibles confusiones, sugerimos añadir que, en este caso, el “incremento de precios” es visto como la diferencia entre los precios observados (los precios factuales) y a los precios contrafactuales (sin la infracción). Esta aclaración es importante porque en muchos casos el sobreprecio es el resultado de que los cartelistas se pongan de acuerdo para evitar que los precios bajen en lugar de acordar su aumento. Igualmente, este sobrecoste puede ser traslado aguas abajo de esa forma.
9. En el párrafo 31, o antes, sugerimos añadir una breve discusión acerca de las opciones que tiene un cliente afectado por un sobrecoste. Siguiendo la argumentación de CEG con respeto a la repercusión del sobrecoste, en *Sainsbury’s v Visa & MasterCard*, el Tribunal Supremo del Reino Unido enumera⁴ cuatro opciones que tienen los clientes afectados por un sobrecoste: (i) el cliente no puede hacer nada en respuesta al sobrecoste y, por lo tanto, sufre una reducción de sus beneficios o una pérdida mayor; o (ii) el cliente afectado puede responder reduciendo los gastos

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en *Sainsbury’s v Visa & MasterCard*, [2020] UKSC 24, 17 June 2020, párr. 205. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0154-judgment.pdf>.

discrecionales en su negocio, por ejemplo, reduciendo su presupuesto de marketing y publicidad o restringiendo sus gastos de capital; o (iii) el cliente puede tratar de reducir sus costos mediante la negociación con sus proveedores; o (iv) el cliente puede repercutir los costos aumentando los precios que cobra a sus clientes. La opción o combinación de opciones que adopte un cliente dependerá de los mercados en los que opere y su respuesta puede verse influida por si el sobrecoste fue uno al que estuvo sujeto de manera aislada o si fue compartido con sus competidores. Si el cliente adoptara sólo la opción (i) o (ii), o una combinación de ellas, su pérdida se mediría por los fondos que pagó por el sobrecargo porque se habría visto privado de esos fondos para ser utilizados en su negocio. La opción (iii) podría reducir las pérdidas del cliente. La opción (iv) también reduciría las pérdidas del cliente excepto en la medida en que tuviera un "efecto de volumen", si los precios más altos fueran a reducir el volumen de sus ventas y, por lo tanto, tuvieran un efecto en las ganancias del cliente.

10. El párrafo 31 se refiere a la repercusión del sobrecoste. En este párrafo, diferentes factores para determinar la existencia, e incluso la magnitud del sobrecoste, son discutidos. En esa discusión, la CNMC menciona la siguiente afirmación con referencia a las Directrices de la Comisión Europea:

"Cuanto mayor sea el grado de la competencia [...], más probabilidades hay de que el daño se repercute aguas abajo".

Estamos de acuerdo que, ante la presencia de un shock de costes que afecte de manera generalizada a toda la industria, hay más probabilidades de que el daño repercute aguas abajo. Sin embargo, desde nuestro juicio, la afirmación anterior tiene que ser matizada. El siguiente escenario hipotético ilustra por qué es necesario matizar. En un mercado con competencia perfecta y un shock de costes que afecte a una única empresa, la empresa afectada, en general, no va a trasladar el sobrecoste al precio de su producto.⁵ De lo contrario, el sobreprecio resultaría en una caída en la demanda del producto de la empresa afectada y un incremento en la demanda de los productos competidores.

11. En el párrafo 31, se presenta una discusión sobre los factores que pueden influir en la repercusión del sobrecoste. Desde nuestra perspectiva, se deberían añadir los siguientes factores a los ya mencionados en el Borrador: (i) la duración de la conducta anticompetitiva y (ii) la frecuencia de los intercambios comerciales. Existe una relación positiva entre la duración de una infracción y la probabilidad de que el daño se repercute aguas abajo. Similarmente, hay una relación positiva entre la frecuencia de los intercambios comerciales entre compradores y vendedores y la repercusión del sobrecoste.
12. En nuestra opinión, la Guía hace una referencia muy limitada a la cuantificación de la repercusión del sobrecoste y al llamado efecto volumen. En principio, los métodos y técnicas descritos en el Borrador pueden utilizarse para cuantificar el efecto volumen, lo cuál debería de enfatizarse. Además, con el objetivo de que la Guía sea lo más didáctica posible, sugerimos dar ejemplos explicativos.⁶ En nuestra opinión, el ejemplo en el Anexo 3 podría ser utilizado para la cuantificación de la repercusión del sobrecoste y el efecto volumen.

⁵ Una excepción puede ser cuando los competidores tienen capacidades muy limitadas y no pueden servir la demanda.

⁶ Véase la Guía de la Comisión Europea, párrafos 178 y 188 subsecuentes.
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf.

13. El párrafo 55 inicia una discusión sobre las características del sector y mercado afectados que podrían ser considerados en la preparación de un reporte pericial. Dentro de las características incluidas en el párrafo 55, nosotros incluiríamos “el mecanismo de determinación de precios” como un elemento crucial. Es verdad que el mecanismo de determinación de precios ya se encuentra mencionado como un ejemplo de las dinámicas de interacción entre vendedores y compradores, sin embargo, desde nuestra perspectiva, la comprensión del mecanismo de determinación de precios es crucial para la evaluación de la teoría del daño. Como consecuencia, consideramos que la CNMC debería incluir una breve explicación económica sobre los mecanismos de determinación de precios más comunes.

14. El párrafo 57 aborda la llamada “teoría del daño” y comienza con la siguiente frase:

“Es deseable que el informe pericial incorpore la descripción de cómo las conductas anticompetitivas han generado el daño concreto.”

Desde nuestro punto de vista, no solo es deseable que los informes periciales incluyan una “teoría del daño”, sino que es indispensable que tal teoría esté incluida. En nuestro juicio, los informes periciales deben incluir una descripción clara, precisa y sustentada, desde una perspectiva económica, de cómo la conducta anticompetitiva generó, o no, un daño concreto. En nuestros años de experiencia, hemos observado que, una clara exposición de la teoría del daño facilita la labor de los jueces y tribunales encargados de los procedimientos judiciales. Una mera estimación de daños sin base teórica regularmente no puede establecer el vínculo causal entre el abuso y el sobreprecio. Por lo cual, consideramos sumamente importante enfatizar la necesidad de exponer claramente una teoría del daño en los reportes periciales.

15. El Apartado 2.2.3 hace referencia a la selección de variables económicas relevantes y a la descripción de los datos utilizados en informes periciales.

El Apartado 2.2.3 presenta cuestiones clave para el análisis cuantitativo del daño. Sin embargo, consideramos que, en el Apartado 2.2.3, es necesario incluir un párrafo haciendo referencia a la periodicidad de los datos y a las posibles complicaciones derivadas de utilizar variables económicas con diferentes periodicidades. Ejemplos de variables económicas con diferentes periodicidades son: precios de venta mensuales, costes semanales, índices de precios trimestrales, etcétera. No solo es relevante conocer cómo fueron recogidos y utilizados los datos, sino también la periodicidad de éstos.

16. La estructura actual del Borrador sugiere que, en un informe pericial, las variables económicas y las bases de datos [Apartado 2.2.3] deberían presentarse antes que la metodología [Apartado 2.2.4]. En nuestra experiencia, este orden no tiene mucho sentido. Es verdad que, a priori, las características del mercado y la teoría económica sugieren cuáles sean las variables económicas a considerar en la cuantificación del daño. Sin embargo, la metodología utilizada para la cuantificación del daño también influye en la selección de los datos. Por ejemplo, los datos necesarios para realizar una cuantificación basada en una simulación son, normalmente, diferentes a los datos necesarios para un análisis de regresión lineal. En este sentido, creemos que, para un lector no especializado, leer la descripción de los datos antes de conocer la metodología, podría dar lugar a confusiones. Por ejemplo, un lector podría encontrar la descripción de una variable *dummy* irrelevante sin antes conocer la metodología del análisis de regresión lineal. Por lo tanto, sugerimos cambiar el orden entre los Apartados 2.2.3 y 2.2.4.

17. El Apartado 2.3.3 es crucial desde el punto de vista de la teoría económica ya que se refiere a los modelos de simulación económica.

Desde nuestro punto de vista, es necesario incluir al menos un párrafo dedicado a los modelos económicos de negociación bilateral con interacciones estratégicas [*"bargaining models"*]. La razón por la cual realizamos esta sugerencia es la siguiente. Los modelos clásicos de competencia oligopolista (Bertrand, Cournot o Stackelberg), son ampliamente utilizados para modelar la competencia económica en diferentes industrias, pero no todos los mercados funcionan bajo los supuestos de la competencia oligopolista. Por ejemplo, los modelos clásicos de competencia oligopolista no toman en cuenta que los precios podrían ser el resultado de negociaciones directas entre compradores y vendedores. Por lo cual, en un mercado donde los precios se determinan en negociaciones bilaterales entre compradores y vendedores, asumir que los precios son el resultado de competencia oligopolista, podría llevar a conclusiones erróneas. Dicho esto, consideramos necesario que la CNMC incluya una breve descripción de los modelos de negociación estratégica.⁷

18. En la segunda viñeta del párrafo 118, se menciona que la cuantificación del daño podría llevarse a cabo por medio de una simulación económica con modelos teóricos. Este enfoque también es mencionado en la guía de la Comisión Europea y en Komninos et al. (2009),⁸ sin embargo, sugerimos realizar un cambio en esta viñeta. El problema que nosotros vemos es que, al utilizar este método, se tienen que realizar suposiciones que directamente afectan a la magnitud del sobreprecio cuantificado. Por ejemplo, hemos observado en unos casos de cárteles que se hubiera asumido que el cártel es 100% efectivo y como consecuencia, que el precio observado corresponde al precio que fijaría un monopolista. Partiendo de ahí, se hubiera simulado el escenario contrafactual competitivo (p.ej., con competencia oligopolista). Como resultado de tal ejercicio, siempre se observa un sobreprecio. Aunque el Borrador claramente especifica que "*los resultados dependen de la validez de los supuestos que subyacen a los modelos utilizados*", creemos que es necesario enfatizar los posibles inconvenientes e inexactitud de este enfoque comparado con otros.
19. Por último, nos gustaría hacer referencia a los "*umbrella effects*"⁹ y su importancia para la calculación de daños desde un punto de vista económico.

⁷ Véase por ejemplo en la literatura con respecto a la teoría de juegos. Binmore, K., A. Rubinstein, and A. Wolinsky. 1986. "The Nash Bargaining Solution in Economic Modelling." *RAND Journal of Economics* 17: 176-188, Binmore, K., M. J. Osborne, and A. Rubinstein. "Noncooperative models of bargaining." *Handbook of game theory with economic applications* 1 (1992): 179-225., Collard-Wexler, A., Gowrisankaran, G., & Lee, R. S. (2019). "Nash-in-Nash" bargaining: A microfoundation for applied work. *Journal of Political Economy*, 127(1), 163-195.

⁸ Véase la Guía de la Comisión Europea, párrafos 97 y subsecuentes, así como el estudio de Komninos et al. preparado para la Comisión Europea, sección 3.8.3. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf y https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

⁹ En un mercado cartelizado, no solo los compradores directos (e indirectos) del cártel podrían sufrir un daño económico, sino que también los compradores de vendedores que no forman parte de la conducta colusoria. El daño que reciben los compradores de vendedores que no forman parte del cártel se conoce como *umbrella effects*, o el efecto paraguas. En general, el mecanismo económico que explica los *umbrella effects* es el siguiente. En un mercado parcialmente cartelizado, un sobreprecio da lugar a: (i) una caída en la demanda de los productos afectados relevante y, (ii) a un incremento en la demanda de los productos sustitutos ofertados por los vendedores que no son miembros del cártel. Como respuesta al incremento de la demanda, estos vendedores incrementan el precio de sus productos. Como resultado, los precios de los productos relevantes son mayores con respecto a los precios que se habrían fijado en ausencia del cártel.

Los umbrella effects pueden dar lugar a la reclamación de daños y perjuicios en el contexto de un mercado cartelizado. Por lo tanto, entender estos efectos es de suma importancia en la aplicación privada del derecho de la competencia.

En la versión actual del Borrador hay una nota dedicada a los umbrella effects¹⁰, sin embargo, desde nuestra perspectiva, es necesario discutirlos en más detalle. Umbrella effects surgen siempre y cuando exista una relación de sustitución entre el producto afectado y otros productos. Estrictamente hablando, los *umbrella effects* no solo existen para los productos de agentes económicos ajenos al cártel, sino que también pueden existir para otros productos ofertados por el cartelista. Con respecto a los agentes económicos ajenos del cártel, si un cártel da lugar a un sobreprecio, los *umbrella effects* surgen independientemente de si los competidores que no forman parte del cártel responden al sobreprecio como tomadores de precios ["margen competitivo"] o estratégicamente al aumento de la demanda. Además, es necesario tener en cuenta que, en algunos casos, los *umbrella effects* pueden ser considerables cuando los competidores que no forman parte del cártel (o más preciso, los productos sustitutos) están fuera del mercado relevante (en el sentido de una prueba SSNIP), dado que el sobreprecio sea sustancial. Por lo tanto, para identificar el daño causado por una infracción, es fundamental tener en cuenta las dinámicas económicas entre los infractores y las personas ajenas, así como entre sus competidores.

Con respecto a los *umbrella effects*, desde nuestra perspectiva, la guía debería mencionar al menos los siguientes puntos:

- i. Definición de *umbrella effects*, acompañada de un ejemplo hipotético.
- ii. Las condiciones necesarias que den lugar a la existencia de *umbrella effects*, p. ej.: (i) la existencia de un sobreprecio causado por la infracción, (ii) la existencia de una relación de sustitución entre los productos, etc.
- iii. Las características de un mercado que puedan influir en la magnitud de los *umbrella effects*: p.ej. (i) la forma de competencia [competencia en precios o cantidades], (ii) el grado de homogeneidad de los productos afectados, (iii) si los competidores de los infractores actúan estratégicamente o no.
- iv. Comparación entre *umbrella effects* y la magnitud del sobreprecio: Normalmente, la magnitud del sobreprecio no es exactamente igual a la magnitud de los *umbrella effects*. Por lo tanto, los *umbrella effects* deben cuantificarse por separado. En principio, se pueden utilizar las mismas técnicas presentadas en el Borrador.

3 Observaciones menores

20. Página 3, párrafo 3: error tipográfico: "...reclamaciones pueden juegan...".
21. Página 13, gráfico 1: Sugerimos especificar que este gráfico no corresponde al de un mercado monopolista, de lo contrario, el gráfico es incorrecto porque la intersección de la curva de ingreso marginal y coste marginal no determina el precio fijado por un monopolista.
22. Párrafo 61: al final de este párrafo se menciona que hay algunos casos en los cuales los efectos de la infracción podrían estar presentes pese a haber cesado la práctica anticompetitiva. Desde el

¹⁰ Nota al pie número 16.

punto de vista del lector, sería muy provechoso conocer algunos ejemplos y/o tener referencias bibliográficas que permitan identificar las condiciones necesarias para observar tales efectos: p. ej. efecto de retraso por contratos largos (con precios fijos) o coordinación tácita.

23. Párrafo 81: Notamos que la expresión “grado de robustez y fiabilidad” puede dar lugar a confusiones. Desde nuestra perspectiva, no existe un grado, o una escala objetiva, con el cual se pueda “medir” estos factores.
24. Párrafo 93: Sugerimos cambiar “...en un periodo anterior o posterior...” por “...en un periodo anterior o posterior o ambos...”. Adicionalmente, en el Anexo 3, se podría incluir un ejemplo de un análisis diacrónico tomando en cuenta el mercado relevante durante los periodos antes y después de la infracción.
25. Párrafo 100: Incluir “la madurez del mercado” y “el mecanismo de fijación de precios” como elementos a considerar en el análisis de las principales características de los mercados.
26. Párrafo 116: Incluir “tipo de información disponible en el mercado” y “el mecanismo de fijación de precios” como los elementos clave a considerar en los modelos de simulación.
27. Página 50, Tabla 1: Es confuso que la última fila se refiera a el “Valor final”. El lector podría esperar que el valor final sea la suma del valor inicial más el interés.
28. Párrafo 196: Desde nuestra perspectiva, la siguiente literatura podría ser muy útil para un lector interesado en profundizar en algún tema en específico:
 - i. Fumagalli, C., Motta, M., & Calcagno, C. [2018]. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781139084130. Este libro hace una revisión de las prácticas de exclusión más comunes.
 - ii. Motta, M. [2004] *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press. Este libro de Massimo Motta es una referencia clásica entre economistas especializados en la práctica de la competencia económica.
 - iii. Lyons, B. [Ed.]. [2009]. *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CB09780511803130. Este libro revisa los elementos relevantes en múltiples casos relacionados en la jurisdicción comunitaria desde un punto de vista económico.
29. Anexo 1:
 - i. Análisis de sensibilidad: Aunque el análisis de sensibilidad está explicado más claramente en el Anexo A2.2.4.3, sugerimos que la definición en el Anexo 1 sea complementada con la información del Anexo A2.2.4.3.
 - ii. *Umbrella effects*: No es necesario que las empresas [o más preciso, los productos sustitutos] estén en el mismo mercado [en el sentido de la prueba SSNIP]. Si el margen del cártel sobre el precio competitivo es sustancial, los productos que no forman parte del mercado relevante se convierten en sustitutos para los compradores a precios del cártel. Como resultado, si los precios del cártel están sustancialmente por encima de los precios competitivos, estos compradores desviarán la demanda hacia estos productos incluso si no son sustitutos suficientemente cercanos a precios competitivos para estar en el mismo mercado relevante.

30. Anexo 3, nota al pie número 188 en la página 139: Desde nuestro punto de vista, la información incluida en esta nota al pie es clave para la calculación del daño y, por lo tanto, sugerimos que se incluya en el texto principal del Borrador.
31. Errores tipográficos, p.ej. en párrafo 21: "...beneficiados16".