

CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL BORRADOR DE GUÍA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DE LA COMPETENCIA (G-2020-03)

24 de septiembre de 2021

A continuación, se enumeran una serie de recomendaciones adicionales a las ya incluidas en la respuesta de Global Economics Group a la Consulta pública de la CNMC sobre el Borrador de Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia. Se trata, fundamentalmente, de **recomendaciones específicas** sobre matices o aclaraciones que deberían introducirse en algunos puntos de la Guía para evitar posibles confusiones o sesgos en las sentencias de jueces y tribunales:

1. En relación a los **manuales de referencia utilizados**, la Guía (pág. 5) parece poner al mismo nivel las guías de la Comisión Europea (la Guía Práctica y las Directrices de *passing on*) y los informes previos realizados por agentes privados, como el Manual elaborado por OXERA (2009) o el estudio de RBB Economics y Cuatrecasas (2017). La Guía debería destacar como referencias principales las guías de la Comisión Europea, que recogen los elementos de tales informes y otros elementos que consideran relevantes, y referirse a los informes de agentes privados como referencias instrumentales cuya validez es secundaria.
2. La **diferenciación entre el daño causado desde el punto de vista de los consumidores y de los productores** resulta confusa y no se entiende el objetivo (pág. 9 de la Guía). Si lo que se quiere decir es que los daños de los consumidores son mayores que los beneficios de los infractores porque existe un efecto volumen, sería mejor especificarlo así.

www.globaleconomicsgroup.com

Boston Chicago Mexico City Bogotá Buenos Aires Madrid

3. Sobre la existencia de ***pass-on***:

- i. Sustituir el redactado sobre la existencia del *pass-on*. En la Guía se dice que la LDC “asume la realidad” en la existencia del *pass-on* (pág. 11 de la Guía). Este redactado puede conducir a la conclusión de que siempre existe *pass-on*, por lo que sería mejor una redacción más abierta, como “reconoce la posibilidad de traslado o repercusión de los aumentos de precio”.
- ii. Matizar o eliminar la afirmación de que “en caso de oligopolio se espera que la tasa de repercusión se sitúe entre el 50% y 100%” (pág. 12 de la Guía). Esta afirmación puede ser interpretada como que siempre existe un mínimo de traslación del 50% en el caso de “oligopolio” cuando existen muchos otros factores implicados, como que no todos los actores estén implicados en la práctica, el poder de negociación de la demanda, etc. Asimismo, el concepto de oligopolio desde el punto de vista económico exige más características del mercado que la definición general de un oligopolio, que puede entenderse como simplemente la existencia de pocas empresas.

4. Sobre **el análisis de los modelos**:

- i. Matizar o eliminar la referencia a la importancia del término de error o del R^2 (pág. 21). A pesar de que, en efecto, estos dos elementos son relevantes para evaluar un modelo, no son esenciales. Por ejemplo, el coeficiente de determinación R^2 aumenta con el número de variables, con la introducción de variables espurias o con la inclusión de variables endógenas correlacionadas con la variable dependiente. La Guía puede inducir a jueces y tribunales a aceptar aquellos modelos con mayor R^2 a pesar de que éstos no sean necesariamente correctos.
- ii. Complementar la posibilidad de realizar “Data Rooms” (pág. 19) con otras formas de acceso a los datos, como la compartición total de los mismos (“full disclosure”).
- iii. Añadir la mención a la comparación intertemporal en la introducción (pág. 22) que se refiere únicamente a la comparación con otro mercado o producto similar.

- iv. Eliminar el Recuadro 1 sobre la introducción de tasas de descuento o de la inflación. Este punto no se incluye en la Guía de la Comisión Europea y puede provocar confusión. A pesar de que es un elemento que puede ser necesario tener en cuenta, en periodos cortos de tiempo este elemento puede no ser necesario si ya se introducen los costes como variables explicativas. Sería conveniente matizar este recuadro. En particular, los márgenes (en términos porcentuales) no deberían variar debido a la inflación en la mayoría de las situaciones. Igualmente, en la pág. 27 se vuelve a dotar a los efectos de inflación de una importancia excesiva.
5. Por último, sería recomendable **numerar los párrafos** en la Guía para facilitar la lectura y para facilitar su referencia en informes periciales y documentos judiciales.

Información personal o institucional

1. En calidad de qué o en representación de quién participa en esta consulta pública?

Profesionales del ámbito económico

2. Breve justificación del interés del particular o de la Institución a la que representa por participar en la consulta pública (máximo 4.000 caracteres)

Global Economics Group es una empresa de consultoría especializada en defensa de la competencia, regulación, arbitraje y litigación. Cuenta con una amplia experiencia en la elaboración de informes periciales en el ámbito de la defensa de la competencia y, en particular, para la cuantificación de daños en procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones de la normativa de competencia.

Bloque I: Valoración general

1. Considera necesaria la elaboración de guías o materiales adicionales de orientación sobre cuantificación de daños para actualizar los ya existentes

5

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La Guía sobre Cuantificación de Daños por Infracciones de la Competencia se realiza en un contexto de expansión de las reclamaciones de daños en los tribunales españoles. Su publicación puede contribuir a facilitar el ejercicio de los jueces y tribunales españoles en la cuantificación de los daños. Aunque no se documenta en la propia Guía, la Guía parece especialmente pertinente en un contexto en el que las sentencias de los tribunales utilizan criterios dispares para la cuantificación de los daños o, incluso, en ocasiones invocan de forma preocupante la llamada “estimación judicial del daño”, es decir, la potestad del juez para determinar la cuantía del daño según sus propios criterios, prescindiendo incluso del análisis de los informes periciales bien por motivos fundamentados (como la insuficiencia probatoria de los informes o la existencia de errores en los mismos) o bien por una injustificadamente elevada carga de la prueba o por la complejidad inherente de los informes periciales, que dificulta su comprensión y evaluación por parte de los jueces.

La iniciativa de la CNMC que, de acuerdo con el texto, persigue divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales asociados a los procedimientos de cuantificación de daños por infracciones al derecho de la competencia (pág. 5), supone una iniciativa bienintencionada para facilitar el ejercicio de los jueces y tribunales españoles en la cuantificación de los daños en estos procedimientos, pero no parece añadir nuevos elementos sustanciales a las guías de la CE existentes (la Guía Práctica de la Comisión Europea para la cuantificación de daños y las Directrices de passing on de la Comisión Europea). Para que la Guía sea realmente útil y contribuya a facilitar la cuantificación de daños, habría sido conveniente haber analizado previamente la efectividad y las carencias de las guías existentes, haber detectado los problemas existentes en el uso de tales guías, haber identificado los criterios de cuantificación de las sentencias dictadas y haber consultado a las distintas partes para determinar qué tipo de orientación adicional podría ser útil. Se adjunta el artículo “Antitrust damages actions in the EU: the way forward” escrito por Juan Delgado (publicado en Global Competition Litigation Review, 2021, Volume 14, Issue 2/2021, pp. 77-87) en el que se identifican algunos de los obstáculos existentes en los procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones de la normativa de defensa de la competencia.

2. Cuáles son las razones que dificultan una cuantificación de daños más precisa por

infracciones de competencia?

Falta de datos, Caracterización de los mercados y sectores, Trabas en el procedimiento judicial

3. ¿Considera que la utilización de informes económicos técnicamente complejos en los procedimientos judiciales reduce su utilidad?

1

4. ¿Considera que los informes económicos de los que ha tenido conocimiento presentan cuantificaciones del daño rigurosas?

2

5. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

El análisis riguroso de los datos mediante técnicas contables, estadísticas y econométricas es esencial para la comprensión de realidades complejas, por lo que el rigor y la complejidad técnicos forman parte inherente de un procedimiento de determinación de daños derivados de infracciones de la normativa de competencia. Por tanto, es necesario que jueces y tribunales sean capaces de valorar los modelos de cuantificación y de confrontar los distintos informes periciales de las partes contrarias. Ello se conseguiría incrementando la formación de los jueces, creando juzgados especializados y/o facilitando que los jueces puedan recurrir a expertos en métodos cuantitativos que les asesoren en el análisis e interpretación de técnicas y resultados.

En este contexto, la Guía podría ayudar a los jueces y tribunales a entender los elementos esenciales que debe contener un informe económico y dotar a los mismos de la intuición necesaria para interpretar los principales elementos y conclusiones de un informe económico, pero sería excesivamente ambicioso pretender la comprensión de análisis económicos complejos por parte de un público no experto. Para tal fin, la Guía debería adaptar su tono y redacción a su público objetivo rebajando su nivel técnico y abundando en el uso de ejemplos de forma que se refuerce su carácter didáctico e ilustrativo. El análisis de cuestiones técnicas estadísticas y econométricas complejas seguirá requiriendo de la intervención de expertos a los que deberían poder recurrir los jueces para evaluar un informe pericial y contrastar los distintos informes de las partes.

Bloque II: Valoración de la Guía

6. ¿Considera útil y práctico el documento que se somete a consulta?

3

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La Guía es un documento exhaustivo que resume las principales metodologías existentes para la cuantificación de daños e identifica algunos de los elementos relevantes para evaluar tales metodologías. Sin embargo, existen varios elementos en la Guía que ponen en riesgo la consecución de sus objetivos.

1. El tono de la Guía es demasiado técnico: La Guía define que sus objetivos son “asistir a los jueces y tribunales, así como divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales” (pág. 6) y establece que el destinatario de esta Guía son los jueces y tribunales españoles. Sin embargo, en su desarrollo, la Guía parece no tener suficientemente presentes tales objetivos y el público al que va destinada. Aunque la Guía está convenientemente estructurada y cubre los principales elementos necesarios para la cuantificación de daños, el carácter excesivamente técnico de la misma no es acorde con el público al que va dirigida, que carece de formación específica en métodos cuantitativos. Por

ejemplo,

- i. La Guía tiende a omitir la definición de conceptos económicos, que pueden no ser de común conocimiento para jueces y tribunales (por ejemplo, el coste marginal, la elasticidad precio de la demanda, el coeficiente de determinación R², la endogeneidad, la heterocedasticidad, etc.).
 - ii. La Guía introduce un lenguaje excesivamente técnico (por ejemplo, el Recuadro 1 sobre las tasas de actualización y de descuento probablemente resulte complejo de entender para no expertos). La Guía debería estar orientada a dotar a los jueces y tribunales de la intuición necesaria para entender los conceptos y elementos básicos de un ejercicio de cuantificación de daños o la detección de problemas sustanciales en las hipótesis o las metodologías empleadas para dicha cuantificación (por ejemplo, en la elección del escenario contrafáctico, en el tratamiento de la posible existencia de efectos postcártel, etc.).
 - iii. La Guía incluye un anexo sobre métodos econométricos que escapa al conocimiento general de profesionales, incluso economistas, sin formación en métodos cuantitativos y, en general, de los jueces y tribunales y requiere de conocimientos económicos avanzados para su comprensión.
2. La Guía debería evitar simplificar cuestiones complejas y debería mejorar su carácter didáctico. La Guía realiza un análisis exhaustivo de varios de los elementos que se deben tener en cuenta para la cuantificación de daños. Sin embargo:
- i. La Guía no establece un sistema de priorización de aquellos elementos más relevantes y potencialmente más controvertidos en la cuantificación de daños y, en particular, en la interpretación y contrastación de informes periciales. Por ejemplo, en la lista de comprobación para métodos comparativos (págs. 26-27) no se especifica que lo más relevante es la justificación de la elección del mercado de comparación y que elementos como el descuento de los posibles efectos de la inflación son menos relevantes.
 - ii. La Guía tiene un espíritu poco didáctico para un público sin formación específica en métodos cuantitativos. Por ejemplo, la explicación de qué factores adicionales pueden condicionar la magnitud de la posible repercusión del sobrecoste (págs. 12-13) es demasiado sintética. Se echa en falta una explicación más desmenuzada de los mecanismos que explican por qué tales factores influyen en la repercusión.
3. La Guía debería evitar referencias a sobrepagos medios de diversos casos ya que, como admite la propia Guía, cada caso merece un análisis adhoc. El Anexo 2 de la Guía se podría publicar como un documento de apoyo independiente, pero sin formar parte de la Guía, ya que un análisis estadístico de las sentencias dictadas en materia de daños no es acorde con objetivo de la Guía, que es divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales.

7. ¿Considera que el documento que se somete a consulta aborda correctamente la problemática de la cuantificación de daños en la materia?

3

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La Guía recoge algunos de los elementos que dificultan la cuantificación de daños, como la falta de disponibilidad de datos, la construcción del escenario contrafactual o la posibilidad de repercusión del sobrecoste, pero no ofrece soluciones específicas a tales problemas y se centra en las metodologías disponibles para el cálculo de daños. Se echa en falta una consulta previa para haber detectado los problemas existentes en la práctica y haber orientado la Guía a incidir sobre esos aspectos. Por ejemplo, en nuestra experiencia, algunos de los elementos que generan discrepancias entre los informes periciales y sobre los que la Guía no ofrece indicaciones, son:

- i. la selección del modelo de cuantificación y de las variables adecuadas;
- ii. la distinción entre elementos y supuestos esenciales y accesorios para la determinación de los daños;

- iii. la identificación de los puntos comunes y discrepantes de los distintos informes periciales;
- iv. la distinción entre la complejidad inherente a un informe pericial y la complejidad innecesaria o impostada;
- v. la existencia de los efectos postcártel; y
- vi. la existencia del passing on.

La Guía debería evitar establecer indicaciones sobre cuestiones que son empíricas y que dependen, por tanto, de las circunstancias concretas de cada caso (como la magnitud del sobreprecio o el grado de repercusión del mismo), ya que tales indicaciones pueden inducir sesgos erróneos en las sentencias. La Guía debería incorporar un mayor enfoque didáctico y práctico sobre la selección del modelo o modelos adecuados, evitando una revisión excesivamente técnica o compleja. En la Guía se definen las diferentes posibilidades, pero son necesarias pautas específicas para identificar si un modelo es apropiado para un contexto determinado. En particular:

- Especificar los posibles problemas que se pueden producir al utilizar cada uno de los modelos y en qué circunstancias se producen.
- Especificar cuáles son los principales elementos que se deben evaluar para determinar la conveniencia de un modelo. Por ejemplo, detectar intuitivamente problemas de especificación de un modelo, endogeneidad o heterocedasticidad.
- En relación con lo anterior, definir intuitivamente cuáles son los diferentes problemas que puede encontrar un modelo econométrico.
- Incluir ejemplos y casos en todo el documento: ejemplo de cuándo se utiliza cada modelo (como hace la Guía Práctica de la CE, por ejemplo, en sus párrafos 50, 51, 54, 205, etc.), ejemplo de los problemas que invalidan un modelo (como hace la Guía Práctica de la CE, por ejemplo, en sus párrafos 44, 45, 53, etc.).

En relación a la existencia de efectos postcártel, la Guía debería incluir una mayor discusión sobre la posibilidad de que los efectos de la infracción no terminen necesariamente con el fin de la infracción. En particular, se necesita una mayor clarificación sobre:

- la determinación del fin de los efectos de la infracción caso por caso mediante el análisis empírico de los datos;
- la posibilidad de que los efectos postcártel nunca desaparezcan completamente;
- establecer qué elementos favorecen la existencia y la persistencia de efectos postcártel, e
- incluir ejemplos de la existencia de efectos postcártel: casos pasados y ejemplos de la literatura económica.

Por último, en relación al potencial traslado de los sobreprecios a los clientes de los reclamantes, la Guía debería ampliar la lista de factores que influyen sobre la existencia del pass on (págs. 12-13), ya que la relación actual es incompleta y puede limitar el análisis judicial de la traslación de precios en presencia de otros factores, como el poder compensatorio de la demanda o la afectación de la práctica a la totalidad del mercado. En las Directrices de passing on de la CE (párrafo 51 y Anexo 1) se incluyen factores adicionales tales como los costes de los ajustes de precios, la proporción de los costes de una empresa afectados por el sobrecoste, el poder de la demanda, etc.

8. ¿Considera que los métodos de cuantificación explicados en el documento que se somete a consulta son los más habituales en la práctica?

5

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La Guía contiene las principales metodologías empleadas en la práctica. En este sentido, quizá podría resultar repetitiva respecto a las guías de la Comisión Europea (la Guía Práctica de cuantificación de daños y las Directrices de passing on). Se podría reforzar su complementariedad incluyendo ejemplos prácticos de casos de reclamaciones de daños en España que sirvan para ilustrar la implementación de cada una de las metodologías y las

posibles circunstancias que determinan la adecuación o no de cada metodología.

9. Echa en falta algún cuidado metodológico adicional a los abordados en el documento que se somete a consulta?

1

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La Guía recoge los principales elementos que han de comprobarse al implementar cada una de las metodologías. No obstante, a continuación se indican una serie de puntualizaciones para completar algunos de los cuidados metodológicos incluidos en la Guía, en concreto, en relación a la lista de comprobación para métodos comparativos (pp. 26-27 de la Guía):

1. Hacer más hincapié en la posible existencia de efectos postcártel y en la necesidad de comprobar la ausencia de efectos en el periodo que se utilice como contrafáctico para la comparación diacrónica (véase párrafo 44 de la Guía Práctica de la CE).
2. Añadir que en mercados oligopolísticos es posible que las empresas cartelistas utilicen el conocimiento adquirido durante la infracción para seguir coordinando su conducta sin infringir necesariamente el artículo 101, por lo que no sería adecuado tomar como referencia el periodo posterior a la infracción (véase párrafo 45 de la Guía Práctica de la CE).

10. ¿Considera que el documento que se somete a consulta es un documento adecuado técnicamente?

3

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

El contenido del documento de la Guía es exhaustivo y técnicamente correcto, pero peca de un enfoque excesivamente técnico difícilmente comprensible para una audiencia sin formación específica en métodos cuantitativos. Resultaría más didáctico si las descripciones de los métodos de cuantificación de daños fueran más intuitivas y se acompañasen de ejemplos prácticos para facilitar su comprensión (por ejemplo, en recuadros, como hace la Guía de la Comisión Europea). Asimismo, sería recomendable incluir la definición de conceptos económicos que pueden no ser de común conocimiento para jueces y tribunales (por ejemplo, el coste marginal, la elasticidad precio de la demanda, el coeficiente de determinación R², la endogeneidad, la heterocedasticidad, etc.).

11. ¿Considera relevante la literatura económica citada? En caso de no considerar relevante, por favor, indique si en el documento identifica referencias inadecuadas o las referencias relevantes, a su juicio, que no se han tenido en cuenta

5

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

La literatura económica citada es relevante. No obstante, la Guía resultaría más didáctica e intuitiva si se integrasen en el texto los ejemplos que se aportan en la sección de revisión de la literatura económica para ilustrar las distintas metodologías (tal vez en recuadros, como hace la Guía de la Comisión Europea), en vez de incluirlos en una sección aparte. De este modo, ayudarían a ilustrar la implementación de los distintos métodos así como sus ventajas y dificultades en la práctica.

12. ¿Considera útiles y comprensibles los anexos estadísticos y econométricos?

2

Motive su respuesta (máximo 4.000 caracteres)

El Anexo 2, relativo a la revisión de las sentencias nacionales, supone una descripción

estadística de varias sentencias de daños pero no contiene información sobre las metodologías aceptadas o rechazadas por los tribunales en cada caso así como de los aciertos o errores en la valoración de las mismas, por lo que no es acorde con los objetivos de la Guía. Es más, la introducción de las horquillas de sobrepuestos en sentencias previas puede confundir a los jueces y tribunales e inducir a jueces y tribunales a determinar sobrepuestos acordes con las sentencias previas, contradiciendo el espíritu de la propia Guía que establece que “las estimaciones de daños basadas en comparaciones con sentencias previas de casos similares, o en la aplicación automática de un porcentaje promedio de los cárteles del pasado o de lo recogido en la literatura económica, no son deseables” (pág. 21). La cuantificación de daños debe ser una cuestión empírica que ha de realizarse caso por caso y no estar influenciada por los casos anteriores. Tal como se indica en la propia guía “cada reclamación de daños es, en cierto modo, única y requiere un estudio propio y específico” (pág. 14). Por ello, quizá sería más apropiado presentar esta información como un estudio independiente en vez de incluirla como anexo en la Guía, ya que un análisis estadístico de las sentencias dictadas en materia de daños no es acorde con el objetivo de la guía, que es divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales.

El Anexo 3, relativo a los métodos econométricos, no resulta de fácil lectura y comprensión para profesionales, incluso economistas, sin formación en métodos cuantitativos. Sería recomendable eliminar este anexo de la Guía y, en su defecto, publicarlo de forma separada como una guía de mejores prácticas para economistas que realicen informes periciales.

13. Si lo desea, puede proveer comentarios adicionales a sus respuestas anteriores (máximo 4.000 caracteres)

La CNMC debería ampliar el abanico de instrumentos para facilitar la cuantificación de daños derivados de las infracciones de la normativa de defensa de la competencia. Las Resoluciones de la CNMC juegan un papel esencial en la cuantificación de los daños por lo que la CNMC debe prestar especial atención en la robustez jurídica y económica de las mismas e incluir toda la información disponible que facilite la fundamentación de subsecuentes acciones de daños (datos, evidencia, teoría del daño, etc.). Asimismo, debería facilitarse que toda persona física o jurídica que pueda acreditar su condición de posible damnificado de las conductas sancionadas pueda acceder de forma sencilla al expediente sancionador.

IV. Envío de la respuesta

Nombre completo del particular o de la institución representada (se publicará junto a la respuesta)

Juan Delgado Urdanibia (Global Economics Group)

Persona de contacto (se mantendrá confidencial)

E-mail de contacto (se mantendrá confidencial)

Especifique las respuestas que considere confidenciales

Ninguna