

## **Participación en la consulta pública sobre el segundo borrador de Guía de cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia**

**PARA:** Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

**FECHA:** 22 de noviembre de 2022

### **1. Introducción**

1. NERA Economic Consulting es una firma global de expertos que presta servicios de consultoría económica a través de sus distintas prácticas. Durante 60 años, los economistas de NERA, con amplia experiencia en casos de competencia y cuantificación de daños, han ofrecido testimonio como expertos independientes ante autoridades administrativas, jurisdiccionales y arbitrales. Igualmente, han realizado recomendaciones de política regulatoria a autoridades públicas y a grandes corporaciones.
2. NERA presenta, a través de este documento, sus comentarios al segundo borrador de la Guía de cuantificación de daños de la CNMC (en adelante, “el Borrador”), la cual persigue una serie de objetivos como: asistir a jueces, divulgar buenas prácticas y aumentar el rigor técnico de los informes periciales asociados a estos procedimientos de cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia.<sup>1</sup>
3. En ese sentido, los comentarios elaborados por NERA en el presente memorando persiguen el mismo objetivo. Esto es, contribuir a la creación una hoja de ruta práctica y completa que permita establecer cuáles son las prácticas y metodologías alternativas que garanticen una cuantificación rigurosa de daños para los distintos casos que pudieran surgir. Con esto se facilitarían las decisiones jurisdiccionales, en lo relativo a la cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia, así como las decisiones que eventualmente habrán de tomar las personas o empresas perjudicadas por prácticas contrarias a la normativa de la competencia y las de sus representantes legales.
4. En relación con el Borrador publicado por la CNMC, consideramos que se trata de una Guía muy valiosa, con un detalle exhaustivo y riguroso, sobre las distintas consideraciones técnicas que se deben tener en cuenta en los ejercicios de cuantificación de daños, así como en la valoración de dichos ejercicios. Si bien consideramos que el Borrador cumple con su objetivo, identificamos algunos aspectos omitidos o no suficientemente tratados cuyo tratamiento creemos sería de utilidad para el logro de los objetivos de esta iniciativa. Se trata la coordinación por el lado de la demanda y el ejercicio de poder económico por el lado de la demanda, y los efectos paraguas y arrastre, que comentamos en mayor detalle a continuación. Antes de eso, hacemos algunos comentarios generales.

### **2. Comentarios generales**

#### **2.1. Elevado detalle técnico**

5. En nuestra opinión, el Borrador presenta un elevado detalle técnico, preciso y riguroso, que resulta muy valioso para la divulgación de las técnicas que cuantificación de daños por

---

<sup>1</sup> Segundo borrador de la Guía. Párrafo 7.

infracciones del derecho de la competencia. Dada la novedad de la materia, se trata de una iniciativa que sin duda ayudará a mejorar el rigor en las venideras restituciones de los daños provocados por infracciones del derecho de la competencia.

6. No obstante, entre didáctica y rigor técnico, el texto parece tener una cierta preferencia por el lenguaje especializado; en particular, en la Sección 2 y los Anexos 2 y 3 del Borrador. Esta característica puede ser útil para los expertos que realizan los ejercicios de cuantificación correspondientes, pero pueden limitar el uso de la Guía por parte del público no familiarizado con los métodos y técnicas económicas de cuantificación. Por tanto, echamos en falta un apartado introductorio general en cada una de las secciones, así como en sus respectivas conclusiones, menos técnico y más didáctico para no iniciados.
7. Asimismo, el Borrador presenta un amplio detalle de los distintos métodos y técnicas de cuantificación de daños, así como los criterios que se deben tener en cuenta para el desarrollo de cada uno de ellos, los posibles inconvenientes de cada uno de estos métodos y diversas recomendaciones técnicas para la estimación del daño.
8. Si bien entendemos que la Guía busca poner en conocimiento a sus usuarios sobre todos los potenciales problemas y sesgos en la cuantificación de daños, consideramos que el elevado nivel de detalle no está suficientemente contextualizado y jerarquizado, pudiendo llevar a conclusiones equivocadas. Concretamente, el excesivo detalle técnico y la ausencia de una clara diferenciación entre ventajas de unos métodos respecto de otros, puede llevar a sus usuarios a considerar que existe una única manera “correcta” para estimar los daños y que la “ausencia” de algún tipo de método o técnica de cuantificación pueda interpretarse como una cuantificación débil o insuficientemente fundada.
9. Estimamos que sería de utilidad destacar que cada caso tiene sus propias peculiaridades y en consecuencia que el método de cuantificación mejor para cada cuantificación será el que se adapte en mejor medida a las peculiaridades del mercado y de la práctica en cuestión, así como de la información disponible. Por otra parte, consideramos que una cierta jerarquización entre los métodos alternativos facilitaría la valoración de cada cuantificación que se someta a análisis.
10. En definitiva, en el Borrador se presenta una relación de métodos que se valoran como “recomendables” que eventualmente pueden ser entendidos como “necesarios” por el usuario no especializado. En ese sentido, preocupa que la Guía se entienda como un “manual” y que, por tanto, en aquellos casos donde cierto tipo de análisis no pueda realizarse debido a justificaciones razonables, como restricciones en la disponibilidad de datos o inaplicabilidad al caso en cuestión, la resultante cuantificación no se considere suficientemente probada.
11. En definitiva, consideramos que el Borrador puede ser de menor utilidad para personas no especializadas y tiene el riesgo de ser considerado como un “manual” de criterios a cumplir y no como una Guía de recomendaciones prácticas a aplicar en función de las especificidades de cada caso. Esto con base en el elevado nivel de detalle técnico presentado en la Sección 2 y la ausencia de una clara explicación sobre las ventajas e inconvenientes de cada metodología y técnica de estimación.
12. *En conclusión, si bien entendemos que mediante el elevado detalle técnico el Borrador se busca establecer un estándar técnico adecuado para el desarrollo de los informes periciales; consideramos que tal y como está presentado puede resultar de menor utilidad para personas no especializadas en el análisis económico y en las técnicas cuantitativas.*

13. *En ese sentido, recomendamos que se contextualice cada uno de los métodos que se relacionan, señalándose las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos, destacándose que la cuantificación del daño no requiere un cumplimiento estricto de todos los criterios y que cada cuantificación debe ser específica de cada caso. Esto incluye el ejemplo práctico recogido en el “Anexo 3: Ejemplo práctico” en el que falta una mayor contextualización y didáctica que permita comprender por qué se eligen las metodologías que se utilizan en dicho caso, sin que pueda entenderse que esas son las que habrán de utilizarse en general, independientemente de la casuística y limitaciones de datos en casos específicos.*

## 2.2. Excesivo enfoque en un tipo específico de conducta

14. En nuestra opinión, el Borrador presenta una serie de recomendaciones para la cuantificación del daño con un excesivo enfoque hacia los “cárteles de núcleo duro”, acuerdos de precios, de cantidades, o de reparto de mercados, y en especial para el caso de cárteles desde el lado de la oferta. Si bien entendemos que existe una mayor preocupación y jurisprudencia en este tipo de casos, consideramos que el análisis y cuantificación de daños tiene algunos aspectos distintos a tener en cuenta en el caso de otras conductas de coordinación entre empresas, como por ejemplo, los entendimientos tácitos, los cárteles de demanda, los intercambios de información, la manipulación de licitaciones (*bid-rigging*), entre otros. Si no se hacen las debidas aclaraciones, podría llevar a la interpretación de que todas las prácticas prohibidas de coordinación entre competidores tienen los mismos efectos esperados.
15. A este respecto, entendemos que un cártel de núcleo duro es aquel en el que hay un acuerdo, explícito o tácito, de fijación de precios, restricciones de cantidades o de reparto de mercados. Las implicaciones que esto tiene sobre el precio son diferentes a las de otro tipo de prácticas como, por ejemplo, los intercambios de información o la coordinación en licitaciones. El Borrador se enfoca particularmente en este tipo de colusión, si bien hay diferencias en los efectos esperados sobre el precio y el perjuicio al consumidor en cada una de las prácticas prohibidas y éstas pueden ser de gran importancia para los análisis de cuantificación de daños.
16. Así, por ejemplo, si los intercambios de información se coordinan con el objetivo de aumentar la transparencia en el mercado y con ello conseguir eficiencias productivas o mejoras en los procesos de producción, su impacto sobre los precios puede ser más ambiguo.
17. Por otro lado, destacamos que la Guía está enfocada en los cárteles de oferta y en la estimación del sobreprecio, dejando de lado los cárteles de demanda y la estimación del infra precio. Si bien los cárteles de vendedores son los que más preocupan y sancionan, debido a la progresiva concentración del lado de la demanda en determinadas actividades minoristas, más recientemente se ha prestado una cierta atención a los cárteles por el lado de la demanda, identificándose eventuales preocupaciones de competencia y perjuicio al consumidor.<sup>2</sup>
18. Si bien se pueden aplicar métodos similares de cuantificación de daños tanto para el caso de cárteles de demanda como de oferta, existen algunas diferencias que se deben tener en cuenta. Por un lado, es probable que los menores precios de los productos intermedios se traduzcan en menores precios del producto final, con el consecuente beneficio para el consumidor. Asimismo, se debe tener en cuenta que si el producto intermedio es esencial para la elaboración del producto final, el comprador no tiene incentivos de que su proveedor no obtenga la adecuada

---

<sup>2</sup> Purchasing power and buyers' cartels. OECD (2022).

Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/purchasing-power-and-buyers-cartels-2022.pdf>

remuneración en el desarrollo de su actividad. Todo ello, puede modificar las variables de relevancia para la cuantificación del daño.

*19. En conclusión, si bien entendemos que el Borrador presenta un desarrollo enfocado en los cárteles de oferta conocidos como cárteles de núcleo duro, consideramos que es importante que el Borrador haga explícito, donde corresponda, los criterios adicionales y/o distintos que se deben tener en cuenta en la cuantificación de daños de otras conductas anticompetitivas.*

*20. En ese sentido, recomendamos ahondar en la Guía sobre casos de abuso de poder de demanda y acuerdos restrictivos de la competencia por el lado de la demanda, tratando de identificar similitudes y diferencias respecto de las metodologías propuestas para la estimación de los efectos de conductas entre oferentes.*

### **2.3. Relevancia a la literatura económica**

21. En nuestra opinión, el Borrador otorga una excesiva relevancia a la literatura económica relacionada con la cuantificación de daños derivados de conductas anticompetitivas. Esto se observa en detalle en la Sección 3 del Borrador. La excesiva relevancia puede llevar a que los resultados de cuantificaciones de daños observados en la literatura económica sean tomados como valores de referencia estrictos por parte de los usuarios no especializados en el análisis económico.

22. En particular, si bien los estudios teóricos y empíricos sobre cuantificación de daños en casos de conductas anticompetitivas pueden ser relevantes como referencia sobre el uso de técnicas econométricas y la aplicación de determinados métodos cuantitativos, consideramos que el Borrador le otorga una excesiva relevancia que puede ser contraproducente para sus objetivos. Concretamente, algunos usuarios de la Guía podrían usar la literatura económica como referencia para la cuantificación de daños a pesar de que cada caso tiene sus propias particularidades.

23. Así, como señala la CNMC a lo largo del Borrador, cada caso de reclamación de daños en particular requiere su análisis específico por las peculiaridades que cada uno presenta y que, por tanto, demandantes, jueces y tribunales no deben recurrir a cuantificaciones previas para solicitar o decidir la cuantificación en cuestión.

24. Consideramos que, por lo tanto, se otorga una excesiva relevancia a la literatura económica y; en particular, a los estudios de metaanálisis. Esto aun cuando en el segundo borrador de la Guía, la CNMC no menciona los sobrepuestos promedio que resultan de dichos estudios, a diferencia del primer borrador.

25. En ese sentido, preocupa que eventualmente se puedan considerar las conclusiones de estos estudios para definir la magnitud del efecto cártel de sus casos en cuestión si éstas se mantienen en la Guía, lo cual es incorrecto debido a que estos mismos estudios pueden tener un sesgo, simplemente por la forma en la que se han elegido los casos objeto de análisis. Además, se observan fuertes diferencias entre los distintos casos analizados, en algunos casos incluso no se identificó efecto alguno sobre los precios, de forma que el impacto medio de estos estudios tiene poco significado.

26. En relación con los estudios de metaanálisis, identificamos una serie de problemas en su potencial uso como referencia para la cuantificación de daños. Por un lado, los mercados son dinámicos y cambian constantemente a lo largo del tiempo. Sin embargo, estos estudios utilizan observaciones que no son recientes ni mucho menos y que, por tanto, pueden no ser relevantes

para analizar la situación actual de los casos de reclamación de daños. Asimismo, los mercados de distintos sectores tienen sus propias peculiaridades y funcionamiento. Por tanto, los efectos de la colusión pueden variar entre mercados y tipos de prácticas prohibidas.

27. Adicionalmente, los estudios de metaanálisis incluyen las sentencias que se dieron en diferentes países, los cuales tienen distintas leyes, distintos procedimientos y niveles de prueba. Resulta, por tanto, poco intuitivo usar los resultados (cualitativos o cuantitativos) obtenidos a través de la agregación de varios precedentes como punto de referencia.
28. Por tanto, aunque los estudios de metaanálisis son útiles para examinar la evolución de las sentencias a lo largo del tiempo, éstos no deben extrapolarse a cada caso específico, más reciente, bajo análisis. Existen elementos que hacen que las sentencias no sean comparables unas con otras, como el periodo de tiempo en el que se desarrolló la conducta, las peculiaridades de cada mercado, las distintas prácticas sancionadas y el país en el que se dicta la sentencia. Lo mismo ocurre para el caso en el que se tome como referencian otros estudios empíricos realizados.
29. *En conclusión, si bien entendemos que el Borrador presenta una revisión de la literatura económica con el fin de contextualizar el estado de la cuestión, así como para obtener ejemplos de las principales prácticas utilizadas, consideramos que el hecho de que se desarrolle una sección por completo sobre este aspecto puede crear una falsa expectativa sobre el efecto esperado de una práctica concreta, sancionada por la autoridad de competencia. En definitiva, podría llevar a que demandantes, abogados o incluso autoridades jurisdiccionales a utilizar los estudios empíricos y, en especial, los de metaanálisis para establecer valores de referencia para la cuantificación del daño, obviando de esta manera el hecho de que cada caso en sí mismo tiene sus propias peculiaridades.*
30. *En ese sentido, recomendamos poner en contexto la revisión de la literatura económica en la Guía y que se señale de manera explícita que el resultado obtenido en estudios y casos pasados no son valores referentes para la cuantificación del daño para prácticas distintas en industrias diferentes. Paralelamente, sugerimos llevar este repaso de la literatura a un Apéndice. Alternativamente, se sugiere que la revisión de la literatura económica se realice dentro de la explicación de cada método de cuantificación de manera que se mantiene su uso como fuente de ejemplos para las principales prácticas utilizadas.*

#### **2.4. Falta de criterios para la verificación de los efectos paraguas y arrastre**

31. El Borrador hace una mención genérica a los denominados efectos paraguas y arrastre. Sobre el primero simplemente se reconoce que se puede producir, que la normativa europea reconoce su existencia y que en la jurisprudencia se identifican pocos casos. En definitiva, no se aportan criterios o técnicas que permitan identificar y cuantificar su existencia.
32. En ese sentido, consideramos que sería de utilidad que la Guía explique en mayor detalle las implicaciones del denominado efecto paraguas, las metodologías adecuadas para probar su existencia y se identifiquen algunos requisitos que se han de cumplir para que este efecto sea plausible. Tal y como está, ni si quiera se dice si es o no un efecto frecuente y en consecuencia esperable o no.
33. Dado lo anterior, consideramos que la Guía debe señalar los métodos y criterios recomendados para la verificación de la existencia del denominado efecto paraguas. Esto con el fin de ofrecer orientaciones adecuadas para la valoración de este efecto, en similar manera a lo que busca la Guía con los criterios para la cuantificación de daños. Concretamente, la Guía podría prestar

una mayor atención a las condiciones económicas que se deben encontrar en los mercados para que estos efectos sean plausibles.

34. En ese sentido, consideramos que existen tres criterios mínimos para la verificación del denominado efecto paraguas: (i) la estimación de un efecto en precios por parte de la conducta anticompetitiva; (ii) la existencia de una estructura de mercado que valide la razonabilidad de esperar el seguimiento en precios por parte de empresas ajenas al cartel; y (iii) la verificación de que las empresas ajenas al cartel, efectivamente, siguieron los precios de las empresas cartelizadas.
35. Respecto al primer punto, en nuestra opinión, es necesario que previamente se pruebe la existencia de un efecto en precios de la conducta anticompetitiva, ya que en caso contrario, cualquier seguimiento en precios que se pueda probar no se trataría de un efecto paraguas sino de un simple paralelismo en precios, que bien pudiera ser resultado del juego competitivo.
36. Respecto al segundo punto, se trata de establecer las condiciones que se deben cumplir para esperar un seguimiento de precios en el mercado analizado. A este respecto, por ejemplo, consideramos que el efecto paraguas tiene una mayor probabilidad de ocurrencia en aquellos mercados donde se verifica la existencia de una dinámica líder-seguidor, ya que es razonable esperar que en estos mercados haya empresas que sigan el precio establecido por otros. Por tanto, si fuera posible probar que la existencia de una dinámica líder-seguidor en el mercado, entonces resultaría más razonable esperar un efecto paraguas. La verificación de dicha dinámica se podría realizar a un nivel cualitativo (cumplimiento de condiciones) o a nivel cuantitativo mediante el uso de modelos estructurales.
37. Por último, se debe de llevar a cabo la verificación de la posible existencia de un efecto paraguas. Para ello, se debe de realizar un análisis de la dinámica de los precios de las empresas ajenas al cartel y de las cartelizadas con el fin de verificar que efectivamente ocurrió un seguimiento en precios. Esto se puede verificar, por ejemplo, a través de un modelo de regresión que diferencie los precios entre ambos grupos de empresas.
38. En lo relativo al efecto de arrastre o del período en el que se considera que se ha infringido la normativa de competencia cuando éste no coincide con el que la Autoridad de Competencia ha encontrado evidencia sobre la misma, consideramos que sería de utilidad se le prestara una mayor atención.
39. En el estado actual del borrador, la atención se presta únicamente al período relevante para hacer los ejercicios de comparación del antes-durante-después del ejercicio de la práctica sancionada. Nada se dice sobre la legitimidad o no para restituir del daño producido con evidencia indirecta sobre las diferencias entre el período temporal en el que la autoridad de competencia encontró evidencia de prácticas restrictivas de la competencia, y el período temporal en el que estas prácticas han tenido efectos.
40. Consideramos que sería de utilidad si la Guía aportara criterios la cuantificación de efectos a períodos temporales más amplios a los sancionados por la autoridad de competencia, así como alguna valoración sobre el estándar de prueba en el que debe basarse la extensión de la práctica más allá del período identificado en la investigación de la autoridad de competencia.
41. Por ejemplo, el análisis de los acuerdos sancionados puede aportar evidencia cualitativa sobre la posibilidad de unos efectos que vayan más allá del período sancionado por la autoridad de competencia. Este podría ser el caso si el acuerdo entre competidores llevó a la formalización de contratos de medio plazo con los compradores, o si existen rigideces en los procesos de

formación de precios. También, el análisis de la naturaleza de los acuerdos sancionados puede respaldar la tesis de la continuidad de los efectos. Por ejemplo, si la experiencia adquirida durante la formalización de los acuerdos facilita el mismo resultado con posterioridad, mediante un entendimiento tácito entre competidores.

42. Establecida la razonabilidad de este efecto, su contraste podría realizarse con ejercicios cuantitativos, semejantes a los señalados para identificar los efectos de las prácticas sancionadas.

*43. En ese sentido, consideramos los efectos paraguas y arrastre son relevantes y, por tanto, sería de utilidad que la Guía preste una mayor atención a los mismos, con cierto detalle para su correcta verificación y eventual cuantificación de efectos. En particular, la Guía podría establecer los criterios mínimos que se deben cumplir en cualquier análisis que busque probar la existencia de dichos efectos.*

### 3. Comentarios adicionales

44. A continuación, presentamos otros comentarios que también consideramos relevantes para establecer las buenas prácticas en los ejercicios de cuantificación de daño.

45. **Sobre el ajuste de precios por inflación:** Consideramos que el párrafo 96 es confuso y puede dar lugar a interpretaciones equivocadas. En la primera parte del párrafo se dice que la mera comparación de precios en los ejercicios diacrónicos puede estar sesgada por el efecto de la inflación. La segunda parte del párrafo se refiere a los a la comparación intertemporal de los precios utilizando técnicas econométricas. Se termina el párrafo con una frase que parece extensible tanto a la mera comparación de precios como a los modelos econométricos, esto es que no deben mezclarse variables nominales con reales. Entendemos que la mera comparación de precios y la comparación de precios con técnicas econométricas son métodos bien diferenciados que deben tratarse en párrafos separados, dejando claro cómo se aplica cada uno, sus respectivas ventajas e inconvenientes y la forma en la que deben aplicarse.

46. **La mera comparación de precios** puede ser de utilidad para ilustrar los argumentos de la teoría del daño, pero no permiten aislar el efecto concreto de la infracción, como se indica en el párrafo 88. Para esta ilustración si puede ser relevante ajustar los precios que se comparan y en este ajuste, el deflactor de precios que se tome ha de tener relación con el producto cuyo precio se quiere deflactar, como se indica en la nota a pie de página 49. Consideramos que esta última precisión es lo suficientemente importante como para pasarla del pie de página al texto principal. Podrían ejemplificarse los efectos de considerar un índice de precios incorrecto para un determinado producto. Así, se podría señalar el posible impacto en la cuantificación del daño por el hecho de, por ejemplo, utilizar el índice de precios al consumidor para la comparación de precios de un producto de uso industrial.

47. Contrariamente, este problema no surge cuando se acude a métodos econométricos, ya que con las técnicas econométricas se consigue aislar el efecto de la práctica sancionada sobre los precios observados. Con esta técnica, el efecto precios queda cubierto con la correcta especificación del modelo, por ejemplo incluyendo variables de costes, como bien se explica en la segunda parte del párrafo.

48. **Sobre el uso de términos nominales en técnicas econométricas:** En línea con lo anterior, el Borrador señala de manera correcta que en caso se utilicen técnicas econométricas para explicar la variación de precios nominales, otra alternativa (para ajustar la inflación) sería incorporar variables que reflejen la variación de costes como variables de control. Si bien esto es correcto,

consideramos que la Guía debe señalar de manera explícita que en aquellos casos donde se utilicen variables de costes como variables de control ya no resulta necesario realizar algún ajuste inflacionario. En su defecto, la Guía debe indicar los posibles sesgos de considerar ajustes inflacionarios en modelos econométricos que ya incluyen variables de costes como variables de control.

49. Si no se hacen estas aclaraciones se puede entender que la especificación del modelo econométrico debe incluir precios y costes deflactados, lo que no tiene sentido. Dada la relación entre precios y costes, por ejemplo en un producto intermedio en la cadena de valor, la especificación de la evolución de los costes de producción en el tiempo ya explica la evolución de los precios del producto, permitiendo identificar el impacto en los precios que no responde a la evolución de los costes.
50. **Sobre el ejemplo de tendencias paralelas:** En el Anexo 3, el Borrador desarrolla un ejemplo práctico en el cual presenta una técnica cuantitativa para verificar la condición de tendencias paralelas para el uso de regresiones de diferencias en diferencias. Consideramos que este ejercicio es relevante, especialmente por la importancia de tener un contrafactual de calidad. Sin embargo, no se mencionan algunas condiciones que se deben de cumplir para que la realización de este ejercicio sea correcta. En particular, sugerimos que la Guía elabore sobre la relevancia de tener un número elevado de observaciones para la ejecución de esta técnica en la cual se estima un número elevado de variables independientes (efectos fijos de tiempo, efectos fijos de regiones e interacciones entre los efectos fijos de tiempo y el indicador de cártel). Esto en la medida en que a diferencia de otros casos donde se aplican los métodos de diferencias en diferencias, la amplitud de datos no siempre es elevada para los casos de cuantificación de daño.