

**Respuesta a la consulta pública relativa al segundo Borrador de Guía  
sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la  
competencia elaborado por la CNMC**

**Noviembre de 2022**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC) ha lanzado una consulta pública sobre el segundo *Borrador de Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (en adelante, el Borrador de Guía), elaborado por el Departamento de Promoción de la Competencia, en colaboración con la Asesoría Jurídica, la Asesoría Económica y la Dirección de Competencia de la CNMC, con fecha del 15 de septiembre de 2022. El objeto de la consulta pública es recabar opiniones de expertos y otros actores interesados en procedimientos de reclamación de daños de cara a la elaboración de una Guía definitiva (en adelante, la Guía), que la CNMC planea publicar en un futuro próximo. Se trata de la segunda consulta pública de un borrador de Guía, tras la realizada entre julio y octubre de 2021 para el primer borrador.

Iniciamos nuestros comentarios con un reconocimiento al esfuerzo realizado por la CNMC en esta nueva versión de la Guía, en la que parecen incorporarse muchos de los comentarios a la versión anterior. Destacamos, principalmente, el uso de un lenguaje y argumentación más matizados, lo que nos parece más consistente con el principio de efectividad de la normativa de estimación de daños y con la consideración de que los informes deben realizarse en condiciones diversas, complejas y no siempre con disponibilidad perfecta de información y recursos.

No obstante, a continuación, presentamos algunos comentarios a este segundo Borrador de Guía, para una posible consideración de los mismos por parte de la CNMC en la elaboración de la futura Guía.

## Los objetivos de la Guía

La Comisión Europea ya publicó una Guía para la cuantificación de daños por infracciones de competencia en el año 2013<sup>1</sup> (en adelante, la Guía de la CE). Dada la existencia de esta Guía, cabe preguntarse cuál es el objeto de la futura Guía de la CNMC. A este respecto, el Borrador de Guía revela varios objetivos diferentes en distintas partes del documento. Concretamente (énfasis añadido):

- Página 3: “*la presente Guía pretende **facilitar la labor de cuantificación del daño por infracciones del derecho de la competencia a todas las partes implicadas***”.
- Párrafo 7: “*La Guía persigue varios objetivos: **asistir a los jueces y tribunales, 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.*”
- Párrafo 9: “*En la actualidad, existen otras guías [...]. No obstante, la CNMC ha considerado conveniente elaborar la presente Guía para, partiendo del consenso adoptado en estas y otras referencias, **complementarlas y aportar valor añadido, tratando de facilitar la tarea de comprensión y elaboración de los informes periciales.***”
- Párrafo 222: “*La Guía persigue **facilitar el acceso a información** a todos los agentes implicados en el cálculo de daños (jueces y tribunales y operadores) sobre criterios y aspectos a tener en cuenta **para que puedan determinar qué métodos resultan más fiables y adecuados** para la cuantificación de los daños en cada caso concreto. Al mismo tiempo, la Guía pretende **divulgar buenas prácticas** a la hora de cuantificar daños, siendo por tanto de utilidad para todas las partes en los procesos para **mejorar la calidad técnica de los informes periciales.***”

Esta multiplicidad de objetivos del Borrador de Guía contrasta con la Guía de la CE, que establece un objetivo único y bastante más modesto, consistente en “*poner a disposición de órganos jurisdiccionales y partes en las demandas por daños y perjuicios indicaciones económicas y prácticas que puedan ser de utilidad al aplicar las normas y prácticas nacionales.*”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Comisión Europea (2013), *Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Guía práctica que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 11 de junio ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf)).

<sup>2</sup> Párrafo 6 de la Guía de la CE.

Los objetivos que expone la CNMC son bastante más ambiciosos y, en algunos casos, en nuestra opinión, posiblemente inapropiados. Así, por ejemplo, pensamos que el objetivo de “*aumentar el rigor técnico*” o “*mejorar la calidad técnica*” de los informes periciales, aun siendo loable, excedería el ámbito de actuación de la CNMC. Entendemos que son los magistrados los que deben fijar el estándar probatorio y decidir qué informes alcanzan el rigor técnico debido. Esto, por supuesto, no impide que la CNMC divulgue lo que entienda que son buenas prácticas que puedan utilizarse como orientación, pero sin que ello signifique que los informes periciales deban necesariamente adherirse a ese nivel implícito de rigor. Obsérvese, además, que esa exigencia podría incluso ser contradictoria con otros objetivos enunciados por la propia CNMC en el borrador de la Guía, como “*facilitar la labor de cuantificación del daño*” y “*facilitar la elaboración de los informes periciales*”.

En relación con el estándar probatorio, la Guía de la CE adopta un enfoque más moderado, y más acorde con lo que pensamos debe ser una Guía de estas características, cuando establece que “*[n]ada en esta Guía práctica debe entenderse como un alegato en contra del uso de planteamientos más pragmáticos, ni como una mayor o menor exigencia en cuanto al nivel probatorio o el nivel de detalles de los hechos presentados exigidos a las partes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En realidad, puede ser suficiente con que las partes presenten hechos y pruebas sobre la cuantía de los daños y perjuicios menos detallados que los métodos y técnicas abordados en esta Guía práctica.*”<sup>3</sup>

**Por todo ello, nuestra sugerencia es que el Borrador de Guía se adhiera al mismo objetivo de la Guía de la CE. Si esto no se considera oportuno, se sugiere que el Borrador sea más preciso a la hora de definir sus objetivos, evitando incurrir en contradicciones y posibles extralimitaciones. Para asegurar la coherencia en todo el documento, todos los objetivos que persiga la Guía deberían estar incluidos en la sección 1.2, y no se deberían mencionar (ni perseguir) objetivos adicionales en otras partes del documento.**

#### **Carácter consultivo de la Guía**

El carácter de la Guía es puramente consultivo y sus contenidos no son vinculantes. Sin embargo, esto solo se menciona en la parte final del Borrador, concretamente, en la sección de conclusiones<sup>4</sup>. No sucede así en la Guía de la CE, que deja claro desde el comienzo que “*es puramente informativa*” y “*no es vinculante*”<sup>5</sup>.

**Por ello, sugerimos que el carácter consultivo y no vinculante de la Guía debería indicarse al comienzo de la misma, por ejemplo, en la sección 1.2. Las referencias**

---

<sup>3</sup> Párrafo 9 de la Guía de la CE (énfasis añadido).

<sup>4</sup> Párrafo 222 del Borrador de Guía. En los párrafos 4 y 5 se menciona el carácter consultivo de la CNMC, pero no de la Guía.

<sup>5</sup> Párrafo 7 de la Guía de la CE.

**a la naturaleza de la Guía no deberían limitarse únicamente a la sección de conclusiones.**

### **Acceso a fuentes de prueba**

La sección 2.1.3 del Borrador de Guía describe los medios que la ley pone a disposición de las partes para que estas puedan acceder a información de las contrapartes o de un expediente de la CNMC<sup>6</sup>. Resulta llamativa la gran extensión que alcanza esta sección (6 páginas), que es incluso superior al espacio que se otorga a lo que entendemos que debería ser el corazón de la Guía (los métodos comparativos, que ocupan menos de 5 páginas<sup>7</sup>).

En nuestra opinión, gran parte de los contenidos de esta sección no deberían incluirse en una guía de cuantificación de daños y, si se incluyen, debería hacerse de forma mucho más somera.

Asimismo, en esta sección, se menciona la supuesta eficacia de las “salas de datos” en casos en los que las partes requieren acceder a grandes volúmenes de información de carácter confidencial. También se afirma que este instrumento minimiza el posible perjuicio a la empresa que exhibe sus datos. En definitiva, se proporciona una visión que parece ser favorable al uso de este instrumento.

En nuestra opinión, la CNMC no ha valorado completamente las circunstancias específicas que se dan en los procedimientos de reclamación de daños en España. La gran dispersión geográfica de las demandas, el que existan varios demandados simultáneamente y los relativamente escasos recursos de alguna de las partes (principalmente, la demandante) hacen que el uso de estos instrumentos pueda ser prohibitivo.

De hecho, la CNMC no menciona en el Borrador ninguno de los posibles inconvenientes de estos mecanismos. Principalmente, el hecho de que, en una sala de datos, la información se pone a disposición de la otra parte durante un tiempo limitado, cuando el análisis de las bases de datos es un trabajo arduo que generalmente conlleva semanas o, incluso, meses. De hecho, llama la atención que en la descripción que el Borrador de Guía realiza de las salas de datos ni siquiera se indica que el acceso a la información se proporciona solo de forma temporal<sup>8</sup>.

Adicionalmente, el hecho de que un conjunto de información se ponga a disposición de la otra parte no significa que esta tenga la capacidad de verificar que dicha información sea correcta. Esto puede suceder, por ejemplo, si no se facilitan, junto a la base de datos, las facturas que acreditan la verosimilitud de los datos de las transacciones. Y,

---

<sup>6</sup> Páginas 16-22 del Borrador de Guía.

<sup>7</sup> Páginas 34-38 del Borrador de Guía.

<sup>8</sup> Ver párrafo 46 del Borrador de Guía.

en caso de que sí se faciliten, las limitaciones de tiempo y de recursos inherentes a una sala de datos impiden que la verificación de la información se realice de forma suficiente.

Asimismo, existen otras limitaciones a las salas de datos, como las referidas a las aplicaciones y dispositivos con los cuales se permite acceder a los datos o al coste que puede suponer para alguna de las partes. Con respecto a esto último, como hemos dicho anteriormente, hay que tener en cuenta que algunos asuntos de reclamación de daños dan lugar a múltiples demandas, en las que participan los mismos peritos, de forma que las salas de datos pueden implicar numerosos desplazamientos de los mismos a lugares alejados de su domicilio. El elevado volumen de recursos que pueden consumir las salas de datos afecta en mayor medida a la parte con menos recursos, que, generalmente, es la parte demandante, poniendo en riesgo el principio de efectividad.

No hay que olvidar que, en relación con las salas de datos, la Sentencia 1284/2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17/11/2020, ha establecido que “*se trata de un instrumento ambiguo, ineficiente y costoso para quien, de facto, parte de una posición de desequilibrio frente al infractor*” y que, con ella, “[s]e ofrece, en definitiva, una manzana envenenada”<sup>9</sup>.

**Por todo esto, sugerimos reducir significativamente el contenido de la sección 2.1.3 del Borrador de Guía y mostrar una visión más neutral referente a las salas de datos, ya que, si se mencionan las supuestas ventajas, también es preciso mencionar los posibles inconvenientes, al menos, en los que concierne a los procedimientos de estimación de daños en el contexto español.**

### Características del sector y del mercado afectados

La sección 2.2 contiene una serie de recomendaciones sobre el contenido de los informes periciales. En nuestra opinión, este tipo de recomendaciones exceden de lo que debería incluirse en una guía de cuantificación de daños, que consideramos que debería centrarse, precisamente, en la explicación de los distintos métodos de cuantificación de daños. Y, sin embargo, estos métodos ocupan un lugar bastante reducido dentro del Borrador de Guía.

En cualquier caso, una de las recomendaciones que se proporcionan es que el informe pericial refleje un buen conocimiento del sector y del mercado afectados, ya que, según el Borrador de Guía, conocer bien el sector es importante “[p]ara comprender adecuadamente el desarrollo y los efectos de la infracción anticompetitiva”<sup>10</sup>. Este conocimiento del sector debería reflejarse en “*la exposición y el análisis*” de una amplia serie de características que se indican en la sección 2.2.1, ya que “[e]l conjunto de estas

---

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 1284/2020, ECLI:ES:APV:2020:4230, del 17/11/2020 (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/645cc6698d824dbb/20210122>).

<sup>10</sup> Párrafo 55 del Borrador de Guía.

*características influye directamente sobre la selección de la metodología analítica aplicable y es necesario entender sus principales dinámicas para la correcta cuantificación del daño.*<sup>11</sup>

En primer lugar, la Guía debería dejar claro qué entiende por “reflejar un buen conocimiento del sector y del mercado afectados”. ¿Se está pidiendo una descripción detallada del sector o simplemente que se identifiquen aquellos rasgos diferenciales del mercado que pueden ser relevantes para la cuantificación? Esclarecer este punto es importante porque “demostraciones de conocimiento” genéricas en el propio informe podrían ser poco útiles y requerir recursos que no todas las partes podrían tener.

Por otro lado, las resoluciones de las autoridades de la competencia suelen ya tener una descripción del mercado. ¿No serían estas descripciones suficientes para demostrar conocimiento del mercado?

En segundo lugar, en nuestra opinión, el Borrador de Guía sobreestima la importancia del conocimiento específico del sector en la cuantificación de daños. En la mayor parte de los casos, los mercados tienen características lo suficientemente comunes como para que la “*selección de la metodología analítica aplicable*” dependa, principalmente, de la disponibilidad de datos y de la existencia o no de comparadores adecuados, y no tanto de las características concretas del sector analizado.

Si bien es cierto que algunas de estas características pueden afectar a detalles concretos de cómo se aplica el método seleccionado (como la inclusión de determinadas variables explicativas o la elección del comparador), lo exigible sería identificar y describir esas características diferenciadoras del mercado concreto, no demostrar en el informe un conocimiento general de todo el mercado, como parece desprenderse de la lectura de la sección 2.2.1 del Borrador.

**Por ello, sugerimos que se reduzca la importancia que se otorga a la descripción de las características del sector en los informes periciales. La recomendación de que el informe pericial refleje un buen conocimiento del sector debería limitarse a aquellas características que realmente tengan un impacto en el método de cuantificación del daño. Se debería indicar claramente que no es necesario que un informe pericial describa todas las características indicadas en la sección 2.2.1, sino solo aquellas que sean relevantes en cada caso concreto.**

### **La teoría del daño**

En la sección 2.2.2 del Borrador de Guía, se indica que “[e]s deseable que el informe pericial incorpore la descripción de cómo las conductas anticompetitivas han generado el daño concreto (la teoría del daño) que se intenta cuantificar”. Se afirma, incluso, que

---

<sup>11</sup> Párrafo 56 del Borrador de Guía.

la denominada teoría del daño “*debería ser una parte fundamental en cualquier informe pericial, pues es el punto de partida para poder construir el escenario contrafactual y para poder llevar a cabo una correcta cuantificación del daño*”<sup>12</sup>.

En primer lugar, pensamos que debería modificarse la primera frase de la sección 2.2.2. Concretamente, debería decirse “[...] *la descripción de cómo las conductas anticompetitivas han podido generar el daño concreto (la teoría del daño) que se intenta cuantificar*”<sup>13</sup>. Esto es, se debería cambiar “han generado” por “han podido generar”. Por definición, la “teoría del daño” no puede establecer una certeza, ya que, si lo hiciese, no sería una teoría.

En segundo lugar, y en línea con lo anterior, la Guía debería ser más clara sobre qué entiende por teoría del daño y el grado de detalle que debe exigirse en su explicación. En muchas ocasiones, no es obvio cómo la conducta infractora de la normativa de la competencia ha podido traducirse en un daño. Por ejemplo, en un acuerdo de reparto de mercado, en que los miembros del cártel deciden no competir por los consumidores, ¿cuál es el mecanismo concreto por el que subirían los precios? ¿Sería suficiente explicar, simplemente, que esa conducta implica “con alta probabilidad” una subida de precios? Si lo es, la Guía debería validar que este tipo de explicaciones serían suficientes. De hecho, no estaría de más que se indicara algún ejemplo que pueda guiar a peritos y magistrados a entender lo que se requiere en este punto.

Debe también tenerse en cuenta que, en muchos casos, los métodos de cuantificación del daño son independientes de la forma concreta en que se ha producido el daño. Por ello, una explicación de la teoría del daño podría ser, en todo caso, aconsejable, pero no pensamos que tenga que ser necesariamente “*una parte fundamental en cualquier informe pericial*”, como afirma el Borrador de Guía. Una vez que la resolución de la autoridad de competencia ha establecido que la conducta sancionada ha tenido efectos en el mercado, y ha causado daños, la explicación de la teoría del daño no es algo esencial para poder cuantificar el daño, ya que los métodos de cuantificación no están, necesariamente, afectados por ella.

Relacionado con lo anterior, téngase también en cuenta que quien realmente está en mejor disposición para desarrollar una teoría del daño es la propia autoridad de la competencia, cuando investiga las infracciones de la competencia. Generalmente, el grado de detalle que pueda aportar el informe pericial dependerá en gran medida de cómo se haya descrito la conducta, y sus posibles efectos, en la resolución de la autoridad de competencia que haya instruido el caso. Por ello, la CNMC debería incluir esta buena práctica en sus resoluciones, y, de esta forma, facilitaría que los informes periciales también lo hiciesen.

---

<sup>12</sup> Párrafo 57 del Borrador de Guía.

<sup>13</sup> Esto es, en lugar de decir “*han generado*”, debería decir “*han podido generar*”.

En tercer lugar, si se exige una teoría del daño al informe presentado por la parte demandante, también sería exigible, al informe de la parte demandada, una explicación de la ausencia de daño de una infracción, o del hecho de que el daño haya sido mínimo, en caso de que llegue a un resultado de este tipo. Esto aplica, especialmente, a las infracciones para las que la legislación presupone la existencia de daños, salvo que se pruebe lo contrario, como es el caso de los cárteles. Y, sobre todo, cuando estos presentan determinadas características, como el hecho de haberse mantenido durante un plazo de tiempo prolongado y haber acarreado sanciones elevadas. El Borrador de Guía incluye esta exigencia en la sección 2.2.4<sup>14</sup>, pero también debería incluirla en la sección 2.2.2.

**En resumen, pensamos que debería moderarse la importancia otorgada a la explicación de una teoría del daño en el informe pericial y, en todo caso, incentivar a que la CNMC la incluya en sus resoluciones. Además, en caso de mantenerse esta recomendación, debería explicarse mejor, si es posible con ejemplos concretos, qué es exigible como explicación de teoría del daño y, en todo caso, hacerse de forma simétrica para la parte demandante y la demandada.**

#### **Sobre la validez de las técnicas econométricas**

En el párrafo 89, se afirma, en relación con el empleo de técnicas econométricas, que *“la suposición subyacente de estas metodologías es que durante el período investigado no existen cambios sustanciales y significativos en la estructura del mercado (elasticidades de la demanda, estructura de costes, etc.) y que tampoco varían las dinámicas entre el escenario factual y el contrafactual. Ello implica que, como regla general, **estos modelos sólo se deben aplicar si durante el período objeto del estudio no se ha modificado la estructura del mercado.**”*<sup>15</sup>

Estas afirmaciones deben matizarse, puesto que los cambios en la estructura de mercado no invalidan necesariamente los análisis de regresión. Esto solo sucede cuando dichos cambios, además de tener un efecto real en las estimaciones, no se tienen en cuenta en el modelo utilizado.

Por ejemplo, un cambio en la estructura de mercado puede venir dado por la entrada o salida de competidores durante el período muestral, o por variaciones significativas en las cuotas de mercado de los principales operadores. Estas circunstancias no invalidan un análisis de regresión, ya que pueden construirse variables explicativas que las reflejen (por ejemplo, número de operadores en el mercado, índices de concentración, cuotas de mercado, etc.).

---

<sup>14</sup> Párrafo 82.

<sup>15</sup> Énfasis añadido.

Asimismo, pueden especificarse modelos que incorporen cambios en los parámetros de demanda o en la estructura de costes a lo largo del tiempo<sup>16</sup>, en el caso de que se tenga la sospecha de que esto haya podido suceder.

Esta falta de matización en el párrafo 89 contrasta con lo indicado en el párrafo 95, en el que sí se reconoce que los cambios en la estructura del mercado no invalidan necesariamente el análisis<sup>17</sup>, ya que pueden tenerse en cuenta mediante variables de control<sup>18</sup>.

Finalmente, conviene notar que los cambios estructurales que no se tienen en cuenta adecuadamente pueden afectar a cualquier metodología de cuantificación del daño, y no solo a las técnicas econométricas.

**Por tanto, sugerimos que se matice el extracto indicado del párrafo 89, aclarando que los cambios en la estructura de mercado solo invalidan los resultados de un análisis de regresión, y de cualquier otro tipo de análisis, cuando se dan dos condiciones: (i) los cambios son ignorados en el análisis, o no se tienen en cuenta de forma adecuada y, además, (ii) afectan de forma material a las estimaciones.**

#### Potenciales efectos de los cárteles en los costes de producción

En el último punto del párrafo 109, el Borrador menciona el hecho de que los cárteles pueden causar, no solo un incremento de los precios, sino también de los costes de producción. Esto es debido, tal y como indica el propio Borrador, a la menor presión competitiva causada por el propio cártel y al desaprovechamiento de economías de escala, debido a la reducción de los niveles de producción. Como consecuencia de esto, cuando se produce un cártel, *“los costes unitarios de producción podrían ser más altos que en un entorno competitivo”*.

La relación existente entre el nivel de competencia y la eficiencia productiva es algo que está bien documentado en la literatura económica<sup>19</sup>. Cuanto mayor es la competencia,

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, modelos en los que se estimen valores de los parámetros diferentes en función del período de tiempo. En este caso, por cambios en la estructura de costes, nos referimos a los cambios en el valor de los parámetros que relacionan las variables de costes con los precios. Esto es, no nos referimos a un posible incremento del coste unitario de producción que haya podido causar un cártel, ya que, en este caso, la solución consistiría en utilizar variables de costes que no se vean afectadas por este hecho (datos del precio de los inputs utilizados en mercados más amplios que el de la infracción).

<sup>17</sup> Concretamente, el análisis diacrónico, que suele llevarse a cabo mediante técnicas econométricas

<sup>18</sup> Párrafo 95 del Borrador de Guía (énfasis añadido): *“Por otro lado, el método diacrónico indirectamente asume que la estructura del mercado no se ha modificado durante los períodos tratados en el análisis, y por ello, sólo puede ser utilizado cuando esta condición se cumple o **cuando se incluyen variables de control que permiten tener en cuenta cambios o diferencias relevantes entre el mercado analizado y el contrafactual.**”*

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, Competition and Markets Authority (2015), *Productivity and competition: A summary of the evidence*, 9 de julio

([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/909846/Productivity\\_and\\_competition\\_report\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/909846/Productivity_and_competition_report_.pdf)).

mayor es la presión que enfrentan las empresas para reducir sus costes, ya que la supervivencia de las mismas depende de ello.

El posible efecto de los cárteles en los costes de producción es algo que, lógicamente, afecta a la cuantificación de daños basada en el “método de costes”, de ahí que el Borrador de Guía mencione esta circunstancia en la sección “2.3.2.(a) El método de costes”. Sin embargo, también **afecta de forma crítica a los métodos comparativos**, particularmente, cuando se emplean modelos econométricos que incluyen indicadores de costes entre las variables explicativas. Si las variables de costes están afectadas por el cártel, los coeficientes estimados de las mismas incluirán una parte del efecto del cártel, lo cual, a su vez, provocará una infraestimación del coeficiente realmente destinado a medir el efecto del cártel. En otras palabras, una parte del efecto del cártel se irá a los coeficientes de las variables de costes, de forma que el coeficiente de la variable “cártel” no podrá captar la totalidad del efecto del cártel en los precios.

Por ello, es importante que las variables de costes utilizadas en los análisis de regresión no puedan estar afectadas por el cártel, ya que, en caso de estarlo, serían variables endógenas y, por tanto, darían lugar a estimaciones inconsistentes. Concretamente, se infraestimaría el efecto causado por el cártel.

Cuando, en un análisis de regresión, se utilizan variables que cuantifican los costes incurridos por las empresas de un cártel, se corre el riesgo de que dichas variables pueden no ser exógenas, sino que estén afectadas por el cártel. Este riesgo es especialmente elevado en el caso de cárteles de larga duración o de infracciones que han reducido muy significativamente la competencia en el mercado. Por ello, resulta más aconsejable utilizar indicadores exógenos de costes, como Índices de Precios Industriales (IPRI) de factores productivos, índices de costes laborales, etc. Además, de no generar riesgos de endogeneidad, ya que reflejan precios en mercados en los que las empresas del cártel generalmente representan una parte mínima de la demanda total, estos indicadores tienen la ventaja de que se obtienen de fuentes públicas y, por tanto, son fácilmente contrastables y proceden entidades independientes del objeto del litigio.

**Por todo esto, sugerimos que la mención del posible efecto que los cárteles pueden tener sobre los costes de producción se incluya, no solo en la sección 2.3.2.(a), sino también en la sección 2.3.1 (“Métodos comparativos”)<sup>20</sup>. De hecho, donde resulta más relevante este problema es en la sección 2.3.1, puesto que los métodos comparativos son los más utilizados en las reclamaciones de daños causados por cárteles. Adicionalmente, sugerimos modificar la nota al pie número 39, ya que en ella parece considerarse que el uso de datos de costes provenientes**

---

<sup>20</sup> Dentro de esta sección, encajaría principalmente, en el epígrafe 2.3.1.(a) (“Comparación temporal o diacrónica”), si bien, podría afectar a cualquier método comparativo que utilizase variables de costes.

**de las empresas infractoras es una opción preferible al empleo de índices de precios de los insumos más relevantes, cuando, a nuestro juicio, es lo contrario.**

### Capitalización del daño

En el párrafo 131, el Borrador de Guía sugiere algunas de las tasas que pueden utilizarse para la capitalización del daño. Llama la atención que, entre las tasas sugeridas, no se incluya la más comúnmente utilizada para capitalizar el daño, como es el tipo de interés legal. Y ello, a pesar de que en el párrafo 134, se reconoce el hecho de que “*se suele aplicar el interés legal*”.

**Por ello, nuestra sugerencia es que el tipo de interés legal sea una de las tasas sugeridas para la capitalización del daño.**

### La lista de comprobaciones

La sección 2.6 contiene una lista de comprobación de “*cautelos metodológicos*” que “*podrían utilizarse para contrastar la fiabilidad de los resultados*” de un informe pericial.

Pensamos que existe el riesgo de que esta lista se pueda interpretar, en algún caso, como una serie de exigencias que todo informe pericial debe cumplir para ser considerado riguroso.

**Por ello, sugerimos que se indique claramente, en el párrafo 158, que no todas las cautelos metodológicos indicadas en la sección 2.6 deben ser exigibles, o recomendables, en todos los casos, ya que la relevancia de algunas de ellas dependerá del caso concreto.**

### Revisión de la literatura económica

La sección 3 contiene una revisión de una serie de estudios económicos sobre la cuantificación de daños por infracciones de competencia. Esta sección aparece desconectada del resto del documento y resulta complicado extraer alguna conclusión útil de ella. Por lo general, las conclusiones que se indican de los estudios, cuando se indican, son, o bien de sentido común, o bien redundantes con lo que se ha explicado anteriormente. Sin embargo, al no exponerse los motivos, razonamientos o intuiciones que están detrás de dichas conclusiones, estas, por sí solas, no aportan demasiado.

Pensamos que incluir párrafos descriptivos de estos estudios en el cuerpo principal de la Guía les da una relevancia que quizás, en muchos casos, no tengan, ya que su objeto es más bien ilustrativo, y por ello, como mucho, deberían estar incluidos en un anexo.

Adicionalmente, llama la atención el tratamiento que reciben en el Borrador de Guía los estudios que recopilan las estimaciones de daños de otros estudios, esto es, los denominados *metaanálisis*, por los siguientes motivos:

- En primer lugar, se relegan al final de la sección, como si fuesen el tipo de estudios menos relevantes. Ello a pesar de que, en muchas ocasiones, han resultado de utilidad en sentencias de daños, como uno de los criterios utilizados para la estimación judicial del daño, en aquellos casos en los que el juez no ha podido encontrar ninguna otra evidencia válida para ello.
- En segundo lugar, no se proporciona ninguna información de los resultados principales de estos estudios, y la razón de ser de los mismos, que no es otra que determinar el porcentaje de cárteles que causan daños y el efecto medio estimado de los cárteles en los precios. Si bien los informes periciales no deben limitarse a reproducir estos resultados, se trata de información que puede ser relevante en un asunto de cártel, al menos, como contexto general, como lo muestra el hecho comentado en el punto anterior.
- En tercer lugar, no se incluye ninguna mención, dentro de este apartado, al estudio de Oxera (2009)<sup>21</sup>, que es el único estudio de este tipo citado en la Guía de la CE y que fue encargado por la propia Comisión Europea.

**En definitiva, sugerimos que las menciones a la literatura económica deberían realizarse en las secciones del informe en las que resulten relevantes, si es que lo son, en lugar de constituir una sección separada y desconectada del resto del documento (en cuyo caso, debería ser un anexo y no formar parte del cuerpo principal). Además, solo deberían incluirse aquellas referencias que realmente ayuden a entender algún contenido de la Guía o aporten algún valor. Mejor que sean pocas, pero útiles y bien explicadas, a que sean muchas, pero no se pueda entender si realmente aportan valor y por qué.**

### El ejemplo práctico

El Anexo 3 del Borrador de Guía contiene un ejemplo práctico, con datos hipotéticos, destinado a ilustrar la aplicación de los métodos comparativos y presentar una serie de cuidados metodológicos que, a juicio del Borrador de Guía, resultan deseables.

En nuestra opinión, la inclusión de este ejemplo práctico plantea una serie de importantes problemas que resumimos a continuación:

- En primer lugar, **puede transmitir una visión equivocada sobre el grado de facilidad con que se pueden determinar los efectos de un cártel**, ya que el ejemplo presenta unas condiciones ideales que raramente se observan en la práctica. Esto se observa en los siguientes aspectos:

---

<sup>21</sup> Oxera (2009), *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, estudio realizado para la Comisión Europea, diciembre ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)).

- **Contrafactual.** El escenario contrafactual es, sencillamente, perfecto. Viene dado por la existencia de un mercado situado en otra región del país, en el que existen exactamente el mismo número de empresas fabricantes del bien cartelizado. Además, los datos hipotéticos de la Tabla 4<sup>22</sup> reflejan dos mercados con condiciones de oferta y de demanda prácticamente idénticas en todo, salvo en el precio del bien cartelizado. No se plantea, en ningún momento, el hecho de que las variaciones en las condiciones del mercado de una región puedan tener un efecto en los precios de la otra, lo cual limitaría la validez del mercado utilizado como referencia, haciendo que el sobrecoste se infraestimase<sup>23</sup>.
- **Precios.** Como consecuencia de lo anterior, la evolución de los precios en ambas regiones que se observa en el Gráfico 11<sup>24</sup> permite detectar de forma nítida los efectos del cártel, hasta el punto de hacer prácticamente innecesario el análisis econométrico<sup>25</sup>. Además, para facilitar aún más su visualización, el efecto del cártel es de una gran magnitud, ya que parece estar en torno al 40% del precio con cártel (o 66% del precio sin cártel).
- **Disponibilidad de información.** En el ejemplo, se dispone de información de cada una de las diez fábricas que componen los dos mercados regionales analizados, con periodicidad mensual, durante un período que cubre todo el período del cártel, más los dos años anteriores y los dos años posteriores al mismo. Esta información incluye los precios medios de venta, las cantidades vendidas, el coste unitario de aprovisionamiento de todos los materiales necesarios para el proceso productivo y hasta el número de distribuidores con los que las fábricas tienen contratos, todo ello desglosado por fábrica individual y por mes.

**La Guía debería aclarar que lo que se muestra en el ejemplo son condiciones ideales, muy exageradas respecto a la realidad, y que raramente se van a encontrar en la práctica.** Generalmente, no existen contrafactuals tan claros, los efectos de un cártel en los precios no se pueden apreciar de una forma tan nítida a simple vista y no se dispone de una información tan completa.

- En segundo lugar, **se puede transmitir la impresión de que los análisis realizados en el ejemplo son los más indicados en la mayoría de los casos,** cuando esto realmente depende de las características de concretas de cada asunto. Esto es particularmente relevante teniendo en cuenta que muchas de las decisiones

---

<sup>22</sup> Página 142 del Borrador de Guía.

<sup>23</sup> El efecto del cártel en una región tendría también un efecto en los precios de la otra región.

<sup>24</sup> Página 143 del Borrador de Guía.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en la Tabla 7 se observa que el sobrecoste estimado con la especificación que no incluye más variables explicativas que la que identifica el cártel es muy similar al que se obtiene con modelos econométricos que incorporan un mayor número de variables.

tomadas no están debidamente justificadas y otras son bastante discutibles. Por ejemplo:

- Se descartan especificaciones de los modelos econométricos que también podrían ser válidas, como las siguientes:
  - Modelos diacrónicos y de diferencias en diferencias que incluyen el período muestral completo, esto es, incluyen en una misma regresión los períodos de antes, durante y después del cártel<sup>26</sup>.
  - Modelos con datos agregados, que considerarían como unidad de observación el precio medio mensual de cada región, en lugar de los datos individuales de cada fábrica.
  - Modelos en los que las observaciones solo incluyen las fábricas de la región cartelizada, y en los que se utilizan los precios medios de la región no cartelizada como una variable explicativa.

No decimos que este tipo de enfoques sean mejores o peores que los utilizados en el ejemplo práctico, sino que, al no haber sido considerados, se puede transmitir la idea de que no son válidos, o que no son tan válidos como los que se han incluido en el ejemplo.

- Las variables continuas utilizadas en los modelos de regresión no se transforman en logaritmos, a pesar de que este tipo de transformación es la práctica más habitual. Además, se decide que la relación entre una de las variables explicativas (el coste de los materiales) y la variable dependiente sea de forma cuadrática, por motivos que también justificarían la elección de una relación logarítmica<sup>27</sup>, que es más sencilla y facilita la interpretación de los coeficientes estimados. La omisión de la transformación logarítmica en el análisis puede transmitir la idea de que es una especificación inferior, en términos generales, a las relaciones puramente lineales o cuadráticas.
- Todos los modelos econométricos incluyen o bien una variable de tendencia o bien efectos fijos de cada mes. La única justificación que se proporciona es la existencia de variables con dimensión temporal y el propósito de captar dependencias intertemporales o el efecto de factores no observados desde una óptica temporal<sup>28</sup>. Sin embargo, esta justificación llevaría a que prácticamente todos los modelos econométricos destinados a cuantificar

---

<sup>26</sup> En el ejemplo práctico, las especificaciones que incluyen el período anterior al cártel no incluyen el posterior, y viceversa.

<sup>27</sup> El motivo que se alude es que “*el crecimiento del precio es mayor a medida que aumenta el valor de la variable explicativa (coste de materiales)*” (ver párrafo 389).

<sup>28</sup> Ver párrafos 377, 387 y 421 del Borrador de Guía.

daños tuviesen que incluir este tipo de variables, y podría transmitir la idea errónea de que aquellos que no lo hicieran no serían válidos.

- Para captar los factores de demanda, se recurre al empleo simultáneo de tres variables (ventas, importaciones y PIB regional), lo cual puede hacer pensar que esto es lo correcto en la mayoría de los casos. Sin embargo, cabe cuestionarse si todas ellas son realmente necesarias, teniendo en cuenta los problemas que plantean:
  - Ventas mensuales de cada fábrica. Esta variable no refleja únicamente la demanda, sino también las condiciones de la oferta. Pueden producirse variaciones sustanciales en el nivel de las ventas por motivos totalmente ajenos a la demanda<sup>29</sup>. Esto hace que las ventas no sean un indicador adecuado para la demanda. Además, el uso de esta variable da lugar a un problema de endogeneidad, lo cual complica innecesariamente las estimaciones<sup>30</sup>. Consideramos, también, que la forma en que el ejemplo práctico resuelve el problema de endogeneidad no está suficientemente justificada<sup>31</sup>.
  - Importaciones de productos similares. Se trata de una variable que también es endógena, ya que el nivel de importaciones de un producto está afectado, entre otros factores, por el precio de dicho producto, o similares, en el mercado local. El problema de endogeneidad que plantea esta variable se ignora por completo en el ejemplo práctico.
  - PIB regional. Los coeficientes estimados no resultan estadísticamente significativos, probablemente debido a la inclusión de las dos variables anteriores.
- Se utiliza una variable de costes que podría estar afectada por el cártel, ya que la variable *coste materiales* refleja los precios pagados por las fábricas

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, variaciones de costes, restricciones en la disponibilidad de factores productivos, etc.

<sup>30</sup> Cuando se trata de resolver un problema de endogeneidad, es muy probable que los resultados obtenidos varíen de forma muy sustancial en función los instrumentos y el procedimiento de estimación seleccionados.

<sup>31</sup> En primer, lugar, la elección de los instrumentos es bastante discutible. El primero de ellos (ventas del mes anterior) tiene una correlación muy reducida con la variable endógena (0,036). El segundo (características regionales) no se explica, de forma que no es posible entender a qué se refiere ni valorar si es o no un buen instrumento. El tercero (número de distribuidores) también podría estar afectado por los precios del bien analizado y, por tanto, ser endógeno. Adicionalmente, el método de estimación utilizado no es el único que puede utilizarse para tratar la endogeneidad. Y, finalmente, entendemos que las correlaciones de la nota al pie 204 deberían analizarse individualmente para cada fabricante, en lugar de calcularse de forma agregada.

analizadas, incluyendo las que formaron el cártel<sup>32</sup>. Esto puede hacer creer que los datos de costes provenientes de las empresas del cártel son preferibles a los índices de precios de fuentes públicas, a pesar de los problemas de endogeneidad que pueden provocar los datos de costes de las empresas infractoras.

- Para capitalizar el daño, se utiliza el coste medio ponderado del capital (WACC), sin que esta decisión se justifique en absoluto. Esto puede hacer pensar que el tipo de interés legal no debería utilizarse, a pesar de que se trata de la tasa más utilizada para este propósito en procedimientos judiciales de reclamación de daños.

En definitiva, aun cuando no estemos de acuerdo con algunas de las decisiones concretas tomadas en el ejemplo práctico sobre los análisis que se deben realizar, el problema no es tanto que dichas decisiones sean correctas o razonables o no lo sean. El problema principal es que **el hecho de que dichos análisis y decisiones figuren en el ejemplo práctico puede transmitir la impresión de que son los más adecuados en la mayoría de los casos, haciendo que otros tipos de análisis y decisiones igualmente válidos, o incluso más, se perciban como inferiores**. Hay que tener en cuenta que la idoneidad de los distintos análisis depende en gran medida de las características particulares de cada caso.

- Adicionalmente, la mayoría de los modelos econométricos tienen R-cuadrados ( $R^2$ ) muy cercanos a 1<sup>33</sup>. Esto puede transmitir la idea equivocada de que solo los modelos con una capacidad explicativa semejante pueden considerarse válidos, lo cual puede incentivar, a largo plazo, la realización de modelos con un exceso de variables explicativas. Destacan, particularmente, los modelos de diferencias en diferencias (con  $R^2$  de 0,9979 y 0,9984), lo cual parece venir explicado, en gran medida, por la dudosa decisión de introducir un efecto fijo para cada mes de la muestra. Es bien conocido que, cuando se trabaja con series históricas de datos, un  $R^2$  demasiado elevado puede ser un indicativo de problemas de especificación (correlaciones espurias o sobreparametrización), más que de precisión de las estimaciones.
- Se omite información relevante para el análisis, como, por ejemplo, los coeficientes de correlación de las variables “cártel” y “tendencia” con el resto de variables explicativas, en la Tabla 5, y la cuantía porcentual del sobrecoste

---

<sup>32</sup> Como hemos indicado anteriormente, los costes de las empresas de un cártel pueden estar afectados por el propio cártel, debido a la reducción de la presión competitiva que conlleva el propio cártel.

<sup>33</sup> Todos son superiores a 0,9, excepto el modelo cuya única variable explicativa es el identificador del cártel.

estimado, esto es, el sobrecoste expresado como porcentaje de los precios con o sin cártel.

**Por todos estos motivos, consideramos que lo más prudente sería eliminar el ejemplo práctico de la Guía. Y, en caso de que se mantuviese, lo cual desaconsejamos, habría que introducir suficientes matizaciones para aclarar que existen numerosas formas de realizar los análisis y que otras formas distintas de las incluidas en el ejemplo también podrían ser válidas.**

### Observaciones finales

Finalizamos esta nota con las siguientes observaciones referidas a cuestiones puntuales del Borrador de Guía:

- Párrafo 18.(i) y nota al pie número 11. Se afirma que los acuerdos colusorios pueden ser horizontales o verticales. Sin embargo, entendemos que los acuerdos colusorios solo pueden ser horizontales, puesto que la relación existente entre niveles distintos de la cadena de producción no es una relación de competencia (sustituibilidad), sino de complementariedad. Otra cosa distinta es que algunos acuerdos verticales puedan tener el efecto de facilitar la colusión, como se indica en las directrices europeas sobre restricciones verticales<sup>34</sup>, pero esta colusión se produce siempre entre operadores de un mismo nivel de la cadena de valor.
- Párrafo 72. Se afirma que *“a menudo, es necesario recurrir a fuentes de datos de carácter privado, ya que permiten una mayor desagregación de la información y, por tanto, una mayor precisión en las estimaciones.”* Esta frase debería matizarse, puesto que las estimaciones basadas en datos privados no siempre son más precisas que las que se basan en datos públicos. La mayor idoneidad de un tipo de fuente sobre la otra depende de las características de cada caso concreto<sup>35</sup>.
- Párrafo 74. Se afirma que *“es deseable que ambas partes puedan tener acceso a los datos en un formato que pueda ser tratado por las aplicaciones informáticas, así como los códigos, comandos o procedimientos de programación utilizados en el análisis al objeto de poder reproducir o rebatir las conclusiones alcanzadas.”* Entendemos que esta es una cuestión que debe ser valorada por los magistrados en cada procedimiento, atendiendo a las

---

<sup>34</sup> Comisión Europea (2022), *Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a las restricciones verticales*, DOUE nº 248, 30 de junio (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2022-70045>). Ver párrafo 18.

<sup>35</sup> Además, como hemos indicado antes, los datos públicos presentan algunas ventajas sobre los privados, como el hecho de ser información contrastada y proveniente de fuentes oficiales e independientes en el litigio y, en el caso de algunas variables de control (como las de costes), no presentar problemas de endogeneidad.

circunstancias de cada caso y al esfuerzo probatorio exigible en cada caso. Consideramos, por tanto, que la Guía no debería contener este tipo de valoraciones.

- Párrafos 88-92. Sugerimos que la explicación de las técnicas utilizadas para implementar los métodos comparativos (técnicas estadísticas y econométricas) se realice después de haber explicado dichos métodos, y no antes.
- Párrafo 90. Debido a que el “enfoque de variable *dummy* o ficticia” es más utilizado que el “enfoque predictivo”, sugerimos invertir el orden en el que se presentan ambos enfoques.
- Párrafo 95. El problema indicado (“*el periodo de tiempo en que se producen los efectos de la infracción no tiene por qué coincidir con la duración acreditada en las Resoluciones de las autoridades de competencia*”), en realidad, afecta a todos los métodos de cuantificación del daño, no solo a la comparación temporal o diacrónica.
- Párrafo 96. Debería matizarse la última frase, que afirma lo siguiente: “*la metodología utilizada debe ser coherente, es decir, en una misma especificación no deben mezclarse variables expresadas en términos reales con otras en términos nominales.*” Si bien es cierto que tanto la metodología como la interpretación de los resultados debe ser coherente, la parte final de la frase es demasiado categórica, puesto que el hecho de que en un mismo modelo haya variables nominales y reales no implica necesariamente que la metodología no sea coherente.
- Nota al pie número 49. Se identifica el IPC como un índice general, y el IPRI, como un conjunto de índices de sectores específicos. Esto no es correcto, puesto que tanto el IPC como el IPRI presentan distintos niveles de agregación, existiendo, para ambos tipos de índices, tanto un índice general como índices específicos de productos y sectores.
- Párrafo 103. Se afirma que el método de diferencias en diferencias, al combinar la comparación temporal y de mercado, “*dota sus estimaciones de mayor robustez y precisión*”. Sugerimos que se elimine esta afirmación, que parece dar a entender que el método de diferencias en diferencias es siempre superior a las comparaciones sincrónicas y diacrónicas. La elección del método más adecuado depende siempre de las características particulares de cada caso.
- Párrafo 104. El supuesto de tendencias paralelas es igualmente relevante en el método de diferencias en diferencias que en el método de comparación de mercados, sincrónica o yardstick, ya que la finalidad de este supuesto es la de validar otro mercado diferente como referente de comparación con el mercado

analizado. Sin embargo, este supuesto solo se menciona como relevante con el primero de los métodos citados, y no con el segundo (párrafos 97-101).

- Párrafo 131. Cuando se proponen distintas tasas para la capitalización del daño, se omite la tasa más utilizada en este tipo de procedimientos, que es el tipo de interés legal. En nuestra opinión, esta es la tasa que debería indicarse en primer lugar.
- Párrafo 293. Se afirma que “[i]ncluir variables explicativas presuntamente respaldadas por la lógica económica, pero con correlaciones prácticamente nulas con la variable dependiente puede ser poco recomendable, en la medida en que puede conducir a estimaciones poco precisas.” Sugerimos eliminar esta frase, puesto que el coeficiente de correlación, a menudo, no es un buen indicador de la relación causal entre dos variables. El hecho de que el coeficiente de correlación entre dos variables sea muy reducido no significa que no exista relación causal de la una a la otra, ya que puede deberse a la influencia de otras variables sobre la variable dependiente. De hecho, en el ejemplo práctico del Anexo 3 no se sigue esta recomendación, ya que en los modelos econométricos de este Anexo se incluyen dos variables cuya correlación con la variable dependiente es inferior a 0,1 (en valor absoluto)<sup>36</sup>.
- Párrafo 409. Hay una errata. Se hace referencia a la tabla 4, cuando entendemos que se quiere decir la tabla 7.
- Tabla 8. No se proporcionan los coeficientes estimados de la variable PIB en los modelos diacrónicos predictivos. Desconocemos si se trata de una errata o si la variable fue excluida de esos modelos. En caso de ser lo segundo, debería explicarse, ya que no se hace ninguna mención a ello en el documento.

---

<sup>36</sup> Estas dos variables son “venta producto intermedio” e “importaciones” (ver Tabla 5 del Borrador de Guía).