
COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA AL BORRADOR DE GUÍA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES DE LA COMPETENCIA SOMETIDA A CONSULTA PÚBLICA

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia (la “**AEDC**”) agradece la oportunidad de presentar sus comentarios y reflexiones respecto al Borrador de Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia de la CNMC (el “**Borrador**”), sometido a consulta pública por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “**CNMC**”) desde el pasado 30 de julio de 2021.

Los presentes comentarios han sido elaborados por un grupo de trabajo *ad hoc*, compuesto por miembros de la AEDC¹, que incluye profesionales de distintos ámbitos especializados en la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia (el “**grupo de trabajo**”). No obstante, las reflexiones que incluye este documento no tienen por qué representar la opinión de todos los miembros de la asociación.

1. COMENTARIOS GENERALES A LA GUÍA Y ESPECÍFICOS SOBRE LA INTRODUCCIÓN

La iniciativa de la CNMC merece el aplauso de la AEDC. El desarrollo de una Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia es una oportunidad de avance para la litigación de daños en España, habida cuenta del enorme crecimiento de esta litigación en los últimos años y la complejidad técnica que conlleva la cuantificación del daño.

No obstante, dicho desarrollo va acompañado de una serie de retos, como la necesidad de que la Guía constituya una herramienta verdaderamente útil que a su vez se ajuste a las formalidades y el contenido de una publicación de la autoridad de competencia (cuyas competencias y conocimientos difieren de los de los órganos judiciales). A lo anterior se añade la falta de información de la CNMC sobre las resoluciones judiciales en materia de daños por infracción del derecho de la competencia² y sobre la prueba pericial y su práctica en sede civil (cuestión destacada por la propia CNMC). Tampoco puede obviarse que la mayor parte de las cuestiones legales que afectan a la cuantificación de daños en materia de derecho de la competencia carecen aún de jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo.

¹ El grupo de trabajo lo componen: Patricia Vidal, Cristian Gual, Patricia Cano, Anna María Sánchez, Iñigo Igartua, Eduardo Gómez de la Cruz, Paul Hitchings, Beatriz García, Pedro Miralles, Ainhoa Veiga, Natalia Gómez, Oriol Armengol, Carlos Pascual, Jose Daniel Vargas, Enrique Cañizares, Francisco Penas, Enrique Ferrer, Xavier Mas, Elena Zoido, Ricardo Queralt, Javier Pérez, M. Contreras, Esther de Félix Parrondo y María Pérez.

² En este sentido, la CNMC podría aprovechar la Guía para recordar la obligación de los juzgados de notificar a la CNMC las sentencias que se dicten en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “**TFUE**”) o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 212.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), obligación que no siempre se está cumpliendo. Asimismo, la CNMC podría plantear la posibilidad de publicar en su web las sentencias notificadas y de participar en el proyecto de la EACLJ para crear una base de datos europea de sentencias (anunciado por su Presidente Sir Peter Roth el 9 de septiembre en el *Madrid Competition Litigation Seminar*).

Por ello, resulta de vital importancia que la versión definitiva de la Guía sea el resultado de un proceso de consulta profunda y pausada, que analice los puntos de vista de todas las partes implicadas (jueces, profesionales, peritos, partes, etc.). Con este objetivo, podrían organizarse *workshops* públicos en los que pueda tener lugar un debate abierto y exhaustivo sobre el contenido de la Guía.

Sin perjuicio de lo anterior, se exponen a continuación las cuestiones principales que, en opinión mayoritaria del grupo de trabajo, deben ser tomadas en consideración por la CNMC en la elaboración de la Guía de cuantificación.

En primer lugar, **el Borrador alude en numerosas ocasiones a cuestiones jurídicas y realiza un análisis desde el punto de vista legal y procesal que excede del objeto de una guía de cuantificación de daños y de las propias competencias de la CNMC**. Dado que el objetivo fundamental de la Guía es ayudar a los jueces y estos ya tienen los conocimientos jurídicos necesarios, se propone eliminar las referencias a cuestiones jurídicas en general.

Además, en línea con lo indicado más arriba, el Borrador trata cuestiones jurídicas que se encuentran *sub iudice* (pendientes de sentencias de apelación, de casación o de cuestiones prejudiciales), lo que puede influir en los procesos civiles en marcha. Así, la mayoría de los miembros del grupo de trabajo consideran oportuno trasladar los siguientes ejemplos, planteados por distintos miembros del mismo:

- El Borrador se refiere a la aplicación temporal de las normas procesales y sustantivas de la Directiva de daños³ (pág. 7). Por un lado, debe tenerse en cuenta que actualmente pueden plantearse ante los tribunales reclamaciones de daños a las cuales no se apliquen las disposiciones sustantivas de la Directiva introducidas en la LDC. Por otro lado, pueden inducir a error las referencias que se incluyen en la pág. 7 del Borrador sobre la aplicación temporal de las disposiciones transpuestas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “LDC”). La CNMC menciona que estas normas no son de aplicación retroactiva con respecto a procedimientos tanto administrativos como judiciales que estuvieran en curso a la fecha de entrada en vigor de dichas disposiciones. Dicha referencia podría dar a entender, *sensu contrario*, que las normas transpuestas en la LDC sí que resultan de aplicación a nuevos procedimientos administrativos o judiciales, lo cual la mayoría de los miembros del grupo consideran incorrecto.

Dado que la cuestión de la aplicación temporal de las normas sustantivas introducidas por la Directiva es objeto de una petición de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) (asunto C-267/20) pendiente de resolución, sería preferible que, de incluirse alguna mención al respecto, la Guía se limitara a reproducir el tenor literal del artículo 22 de la Directiva sin añadiduras. De hecho, cualquier referencia a la normativa aplicable debería tener

³ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (la “Directiva” o la “Directiva de daños”, indistintamente).

en cuenta el régimen existente con anterioridad a la transposición de la Directiva⁴.

- El Borrador afirma que la LDC crea un procedimiento específico de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia. No obstante, antes de la transposición de la Directiva, ya existía (y existe) la posibilidad de reclamar daños en esta materia con base en la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil (“CC”). La LDC introduce una nueva base legal en la que sustentar la reclamación modificando algunos aspectos de la acción (como la norma de prescripción), pero no la crea *ex novo*. Se trata por tanto de una afirmación incorrecta y no contrastada con la jurisprudencia de los tribunales españoles y el TJUE.
- El Borrador afirma que la Directiva “*concede a los órganos nacionales la facultad de estimar el daño causado por una infracción*”. Sería conveniente aclarar que la aplicación de dicha facultad está condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos. En concreto, tal y como señala el artículo 17.1 de la Directiva, la estimación judicial sería posible “*si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles*”. Asimismo, cualquier mención a la facultad de estimación judicial del daño debería hacer referencia a la existencia de dos cuestiones prejudiciales sobre la materia pendientes de resolución por el TJUE (C-267/20, relativa a la aplicación temporal de la Directiva, y C-312/21, relativa a la posibilidad de aplicar la facultad de estimación judicial en determinadas situaciones).
- El Borrador afirma en su pág. 7 que la Directiva declara la responsabilidad conjunta y solidaria en caso de haber varios infractores, “*respetando a aquellas empresas que hayan sido beneficiarias del programa de clemencia*”. Conviene aclarar que, según el artículo 73.4 de la LDC, el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la responsabilidad solidaria sólo comprende al beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco del artículo 65 de la LDC (“*Exención del pago de la multa*”) y no a otros beneficiarios del programa de clemencia, como los que se benefician de una reducción del importe de la multa en el marco del artículo 66 LDC (“*Reducción del importe de la multa*”). Además, también debería explicarse que el beneficiario, en principio, sólo es responsable frente a sus compradores y proveedores directos e indirectos, pero será responsable solidario frente a otros perjudicados en el caso de que no se pueda obtener la indemnización completa de los otros infractores.
- Dentro del grupo de trabajo se han señalado también otras cuestiones *sub iudice* a las que se refiere el Borrador, como por ejemplo el encaje procesal de las salas de datos⁵.
- Sin perjuicio de todo lo anterior, el Borrador cita sobre todo la Directiva de daños, siendo preferible que limitara sus citas a la LDC, en la medida en que ésta sería en su caso la norma

⁴ Por ejemplo, el Anexo 1 hace referencia exclusiva al contexto jurídico derivado de la Directiva y no al contexto jurídico anterior a la misma, que es de aplicación (y lo será durante años) en numerosos casos como el de los camiones y otros.

⁵ Véanse al respecto las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de noviembre de 2020 (ES:APV:2020:4230) y de 22 de febrero de 2021 (ES:APV:2021:585).

aplicable a los procedimientos de reclamaciones de daños en España. De esta forma, también se evitarían algunas discordancias que se producen al reproducir ambas normas en el Borrador.

A juicio del grupo de trabajo, sería inapropiado que la CNMC tratase en la Guía de cuantificación del daño cualquier cuestión jurídica que excediera de sus competencias, e incluso resolviera aspectos que aún no han sido resueltos o siquiera suscitados en los tribunales. Y, en cualquier caso, cualquier referencia a cuestiones legales debería revisarse con mayor rigor y cautela, y partiendo de un pleno y previo conocimiento del estado actual del debate en la vía civil.

En segundo lugar, **el Borrador trata determinadas cuestiones de un modo demasiado genérico y/o teórico, que podrían ser desarrolladas en detalle**, además de enfocarse desde un punto de vista más práctico y didáctico (incluyendo, en la medida de lo posible, ejemplos que ayuden al juez a entender algunos de los procedimientos, problemas o conceptos técnicos que se plantean):

- Las “listas de comprobaciones” o *checklists* incluidas en el Borrador sobre los factores económicos y técnicos que deben tomarse en cuenta a la hora de valorar los informes periciales son un ejemplo de una orientación práctica-técnica que puede resultar útil a la hora de valorar la cuantificación del daño.

No obstante, estas listas parecen demasiado prescriptivas, a pesar de no ser completas y tratar los citados factores (que no son necesariamente correctos ni aplicables a todos los casos) de manera demasiado genérica. Esto puede llevar a los tribunales a descartar metodologías válidas que se han aplicado correctamente, pero que no cumplen algunas de las condiciones de la lista en cuestión.

Sugerimos que las listas se desarrollen con mayor rigor y detalle, contando para ello con la ayuda de expertos (peritos y abogados especializados en este campo). El Estudio de *Pass-on*⁶ —en especial, los Capítulos V y VI— y las Directrices de la Comisión Europea⁷ ofrecen algunos puntos de referencia que podrían resultar de utilidad en este contexto para la CNMC.

- El Borrador sigue la Guía Práctica de la Comisión Europea para la cuantificación de daños, con un poco menos de rigor y concreción. En este sentido, hay simplificaciones que conducen a errores técnicos y que deberían evitarse en la medida de lo posible, especialmente en una Guía cuyo objetivo declarado es “aumentar el rigor técnico de los informes periciales”.

Por ejemplo, el Borrador afirma de forma genérica que, desde el punto de vista del consumidor, el daño sufrido es la suma del efecto precio y el efecto volumen (pág. 9). Entendemos que la Guía se refiere en realidad al cliente que desarrolla a su vez una actividad económica, ya que el consumidor no vende el producto (y, en consecuencia, no podrá sufrir el efecto volumen

⁶ RBB / Cuatrecasas, ‘Study on the Passing-on of Overcharges’ (2017) (el “**Estudio de Pass-on**”).

⁷ Comunicaciones de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE (2013/C 167/07) (la “**Guía Práctica de la Comisión Europea**”) y sobre Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (2019/C 267/07).

consistente en ver reducida la demanda de sus productos como consecuencia del aumento del precio). Nótese asimismo que el efecto volumen ha de analizarse desde la perspectiva de la víctima, pero no de la del infractor. Sin perjuicio de ello, los daños pueden ir más allá de la subida de precios y la caída de ventas. Esta confusión podría solventarse explicando primero que la mayor parte de las reclamaciones son por colusión y aumentos de precios, y luego concretar que, en esos casos, el daño es vía efecto precio (una vez deducido el sobreprecio que haya sido repercutido) y efecto volumen. Asimismo, debería matizarse que esta regla aplica al cliente final, pero no necesariamente al intermediario. En este sentido, el efecto volumen únicamente se da si el intermediario repercute el sobreprecio (o parte de éste).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el intermediario (e.g., el distribuidor) contribuya a incrementar los efectos del daño. Por ejemplo, si el intermediario compra más caro y mantiene el mismo porcentaje de margen sobre su precio de compra, obtendrá un margen más elevado (al ser la base de cálculo más elevada). Ese incremento del margen del intermediario, que asume el cliente industrial que adquiere el bien, no se deberá a la infracción en cuestión, sino a un tercero –el intermediario– que ha obtenido más margen del que habría obtenido en caso de no existir la infracción.

Por último, en relación con estos extremos, el Borrador da por hecho que las empresas toman decisiones con pleno conocimiento de causa para maximizar sus beneficios. Aunque esta es una premisa teórica empleada por los economistas, no siempre se aplica en la realidad (para una descripción más detallada de esta cuestión, véase la sección III.A.1 del Estudio de *Pass-on*).

- El listado de los comportamientos anticompetitivos contrarios al artículo 101 del TFUE susceptibles de ocasionar daños, contenido en la pág. 8 del Borrador, incluye los comportamientos que más comúnmente pueden generar daños, pero no es preciso, ya que hay prácticas anticompetitivas que no consisten en acuerdos de fijación de precios ni cantidades, ni otras condiciones comerciales, ni en repartos de mercado.
- La razón por la que los abusos de posición de dominio no han generado tanta litigación privada puede tener otros motivos que los ofrecidos por la CNMC y sugerimos que se matice este punto en el Borrador. Por ejemplo, un abuso suele tener un impacto más directo en competidores concretos. Los cárteles suelen tener un impacto en todo un mercado. Por ello, los cárteles son más proclives a generar una litigación masiva.
- No obstante lo anterior, un miembro del grupo de trabajo ha sugerido que el Borrador no mencione la conducta de abuso de posición de dominio y se centre exclusivamente en las prácticas anticompetitivas prohibidas por los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC.

En línea con lo anterior, destacamos el **tratamiento que el Borrador da a un aspecto importante en la materia como es la posible repercusión del daño o *pass-on***. El Borrador apenas hace referencia a esta cuestión (lo menciona únicamente en la introducción –págs. 10 y ss–, de forma muy escueta). Así, la cuestión del *pass-on* o repercusión queda excesivamente simplificada en el Borrador, cuando puede ser una cuestión esencial de la existencia de un perjuicio indemnizable y de la determinación de su

importe. Además, el Borrador contiene algunas afirmaciones que, a juicio de los miembros del grupo de trabajo, no serían del todo exactas y/o deberían matizarse. Entre otros aspectos:

- El Borrador afirma que según la teoría económica, en un escenario de competencia perfecta en el que todos los competidores hayan sufrido un sobreprecio, la tasa de repercusión que se espera es del 100%, y que en el caso de un monopolista esta tasa es del 50%. Es necesario matizar este punto y especificar los supuestos bajo los cuales estas tasas de repercusión son ciertas; la tasa de repercusión de un monopolio es 50% solo bajo determinadas condiciones (demanda lineal y costes marginales que no varían con el nivel de producción –véase el Estudio de *Pass-on*, párr. 126–). De lo contrario, podría interpretarse que la repercusión del sobrecoste se sitúa en todos los casos entre el 50% y el 100%.
- La descripción de *pass-on* contenida en el Borrador confunde algunos conceptos. Por ejemplo, se menciona el daño desde el punto de vista del infractor, lo cual carece de sentido. Asimismo, se menciona el *pass-on* de los costes y seguidamente el *pass-on* del daño (cuestión que el Tribunal Supremo aborda en su sentencia de 7 de noviembre de 2013 relativa al cártel del azúcar). Es importante que la Guía sea rigurosa a la hora de diferenciar ambos conceptos (lo que implica la consideración, a su vez, y según el caso, del efecto volumen). El daño soportado es en realidad el sobrecoste efectivamente pagado menos el sobrecoste repercutido, más el lucro cesante sufrido como consecuencia de la reducción de volumen.
- Al tratar el *pass-on*, se especifica que el “*agente que ha sufrido el daño*” puede ser el competidor, el proveedor o el comprador indirecto. Dado que un comprador directo también podría sufrir el daño, sería preferible usar el término “comprador”, sin distinción.
- En relación con esta cuestión, conviene advertir a la CNMC de la cuestionable tendencia adoptada por distintos tribunales españoles, según la cual no es posible que el demandado alegue y valore empíricamente el *pass-on* o repercusión del sobreprecio (de manera subsidiaria), cuando su principal línea de defensa sea la inexistencia de sobreprecio. Para la mayoría de los miembros del grupo de trabajo esta posición es errónea, en línea con lo establecido por el Tribunal Supremo (sentencia de 7 de noviembre de 2013, en el caso del cártel del azúcar) que reconoció tal posibilidad. En este sentido, algunos miembros del grupo de trabajo consideran que, a pesar de no ostentar la carga de la prueba del importe de *pass-on*, el demandante debe al menos abordar mínimamente si es posible o no el *pass-on*, aunque no le corresponda cuantificarlo y/o acreditarlo.
- También debería aclararse que el *pass-on* puede producirse tanto con la reventa del producto afectado por la infracción (por ejemplo, la reventa de azúcar sin que sea tratada ni incorporada a un proceso productivo) como con la comercialización de productos/servicios que incorporan el bien objeto de la infracción (por ejemplo, la reventa de productos dulces o pasteles cuyo precio es mayor debido al incremento del coste variable del azúcar, que fue adquirida con un sobreprecio).

Sugerimos la inclusión de una sección específica en la Guía sobre la repercusión del daño, que enfatice

su importancia a la hora de cuantificar el daño, así como las principales dificultades y métodos utilizados para su cuantificación. Lo contrario conduciría a simplificaciones excesivas, que podrían llevar a los tribunales a tomar conclusiones erróneas sobre este aspecto, que pueden derivar a su vez en una sobrecompensación o infracompensación del daño. De nuevo, la organización de un *workshop* sobre *pass-on* podría ser útil a con esta finalidad.

En tercer lugar, **el Borrador contiene otra serie de manifestaciones que deben ser corregidas o matizadas**, según el siguiente detalle:

- El Borrador hace referencia a la base jurídica de la Guía, y afirma que el artículo 76.4 de la LDC serviría como base jurídica para la emisión por parte de la CNMC de informes sobre los criterios de cuantificación de daños por conductas colusorias y abusos de posición de dominio, mientras que el artículo 5.2 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (la “**LCNMC**”) quedaría para consultas relativas al artículo 3 de la LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales).

Algún miembro del grupo de trabajo ha puntualizado que el artículo 76.4 de la LDC se refiere a la intervención de la CNMC en un caso concreto (“*En los procedimientos ...*”), no a la preparación de directrices generales y que, en cambio, el artículo 5.2 b) de la LCNMC ofrece una base más amplia y parece más apropiado como base jurídica de la Guía.

Por su parte, otros miembros del grupo de trabajo han subrayado que el artículo 76.4 de la LDC puede no ser aplicable *ratione temporis* a todos los casos, por lo que no todas las consultas que los jueces y tribunales remitan a la CNMC podrán canalizarse por la vía de dicho artículo y que, además, el artículo 5.2 b) de la LCNMC no tiene por qué limitarse a consultas relativas al artículo 3 de la LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales) y puede aplicarse también a conductas colusorias y abusos de posición de dominio sin perjuicio del artículo 76.4 de la LDC.

De hecho, algunos miembros del grupo de trabajo han subrayado que no está claro que el artículo 5.2 b) de la LCNMC faculte a la CNMC a pronunciarse sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones en el caso de conductas sancionadas por los artículos 101 y 102 del TFUE. Del tenor literal del artículo 5.2 b) de la LCNMC, se desprende que la CNMC está facultada para “*informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer [...] cuando le sea requerido por el órgano judicial competente*”. Antes de la aprobación del artículo 76.4 de la LDC no existía una norma análoga al artículo 5.2 b) de la LCNMC que amparara que la CNMC se pronunciase sobre estos criterios en el caso de conductas prohibidas por los artículos 101 y 102 del TFUE⁸. Se ha destacado que las normas de atribución de competencias como el artículo 5.2 de la LCNMC deben interpretarse de forma restrictiva, sin que tengan encaje interpretaciones flexibles o amplias que permitan extender las

⁸ Otras disposiciones preexistentes del ordenamiento jurídico como el artículo 16 de la LDC atribuyen a la CNMC competencia para presentar observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 101 del TFUE pero no amparan que se pronuncie sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones.

competencias de un organismo público. Adicionalmente, y dado que otras disposiciones de dicho artículo sí hacen referencia expresa a los artículos 101 y 102 del TFUE, se ha indicado que no parece que la intención del legislador fuera extender la competencia del artículo 5.2 b) de la LCNMC a conductas previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. No obstante lo anterior, estos mismos miembros del grupo de trabajo consideran que dado que tanto el artículo 5.2 b) de la LCNMC como el artículo 76.4 de la LDC se encuentran actualmente vigentes, ambos artículos pueden amparar conjuntamente la aprobación de la Guía, siendo pues más relevantes las consideraciones sobre el alcance y la vigencia de estas disposiciones en el marco de las consultas individuales que puedan plantear los tribunales a la CNMC.

Por último, en relación con este extremo, distintos miembros del grupo de trabajo han sugerido que, a fin de evitar una excesiva proliferación de las consultas a la CNMC y en línea con comentarios previos vertidos por la CNMC sobre la imposibilidad de “actuar como peritos en cada reclamación”⁹, la CNMC acote más la actuación de la CNMC en procedimientos concretos. Con ello también se evitaría repetir experiencias pasadas de consultas que no han tenido la respuesta esperada por jueces y tribunales¹⁰. En la misma línea, algunos miembros del grupo de trabajo apuntan a que la Guía podría aprovechar la ocasión para tratar de aclarar la utilidad de este mecanismo para jueces y partes en los procedimientos civiles. Algún miembro apunta a la posibilidad de que la CNMC pudiera indicar a instancia del juez la metodología idónea a emplear en un caso concreto, ex artículo 76.4 de la LDC. Otros miembros del grupo de trabajo, en cambio, consideran que la Guía de cuantificación de daños no es el instrumento oportuno para dotar de contenido a una figura jurídica y que la intervención como *amicus curiae* está prevista a los efectos de declarar la infracción o no, pero no a los efectos de cuantificar el daño o analizar las metodologías de cálculo de daño que se están proponiendo por las partes.

- El Borrador confunde el mecanismo de acceso a fuentes de prueba de terceros y el acceso a documentos obrantes en el expediente administrativo (pág. 7), a pesar de tratarse de cuestiones distintas. Por ejemplo, mientras que la normativa reguladora del acceso al expediente administrativo establece que la información sea proporcionada por las partes antes que por la autoridad de competencia, el acceso a fuentes de prueba de terceros no debe limitarse de antemano.
- El Borrador indica que pretende “ofrecer un marco de análisis a los jueces y tribunales españoles que [...] tengan que estimar las indemnizaciones por daños ante conductas anticompetitivas”

⁹ Véase la nota de prensa de las XI Jornadas Nacionales en Defensa de la Competencia, Málaga, 25 de mayo de 2018 (disponible en: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Intervenciones%20p%C3%BAblicas/20180524_Competencia a Andalucia.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Intervenciones%20p%C3%BAblicas/20180524_Competencia%20Andalucia.pdf)).

¹⁰ Véase a este respecto la referencia de la Audiencia Provincial de Madrid a una respuesta de la CNMC: “poco aporta para la cuantificación del daño el informe elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, [...] en esencia, se limita a establecer pautas generales, conocidas y comunes para cuantificar las indemnizaciones por daños derivados de conductas anticompetitivas y a reproducir determinados pasajes de la resolución de la CNC” (sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 64/2020, de 3 de febrero, ECLI:ES:APM:2020:2).

(pág. 4). El empleo del verbo “estimar” puede inducir a confusión con la facultad de estimación judicial, cuestión actualmente controvertida desde un punto de vista jurídico¹¹, y además parece sugerir que deberá apreciarse la existencia de daño en todos los casos, extremo que no sería correcto ni desde un punto de vista jurídico ni económico. Sería preferible que la CNMC emplease el verbo “cuantificar”, en línea con el propio título de la Guía y el lenguaje usado en otras secciones del Borrador (como la Sección IV de Conclusiones)¹² y en la Guía Práctica de la Comisión Europea.

- Asimismo, el lenguaje utilizado en el Borrador (págs. 8-14) sugiere que cualquier infracción necesariamente debe tener efectos (por ejemplo, en su pág. 8: “*estos acuerdos ilícitos entre empresas alteran el equilibrio en el mercado y conducen a que los compradores (directos, indirectos o consumidores finales) paguen un sobreprecio*”)¹³. El Borrador no debería asumir necesariamente la existencia de efectos de la infracción en cuestión, ya que existe la posibilidad de que la cuantificación del daño resulte en una ausencia de sobreprecio positivo (independientemente de cualquier presunción aplicable); en este sentido existen cárteles (incluso *hard-core* o duros) que no resultan en un sobreprecio. De hecho, el propio Borrador reconoce en su pág. 64 que la cuantificación del daño puede ser 0%: “[e]n el conjunto de los casos el nivel del sobreprecio finalmente dictaminado por las sentencias de la muestra disponible oscila entre 0% (inexistencia de daño) y 20%”. No obstante, en relación con este extremo, algunos miembros han apuntado que la cuestión de si cabe presumir o no la existencia de daño está *sub iudice* ante varias Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo.
- La descripción de posibles afectados y tipos de daño (págs. 8 y 9 del Borrador) obvia los efectos de las prácticas anti-competitivas con efectos en los precios de compra, que podrían suponer un daño de tipo “infra-precio”. Esta eventualidad está expresamente contemplada en la Directiva¹⁴ y podría ser abordada en la versión final de la Guía.
- El Borrador no hace referencia a la advertencia contenida en la Directiva según la cual debe evitarse la sobrecompensación de los daños, tanto en el punto relativo a la cuantificación de los daños (artículo 3.3) como en relación con el *passing-on* (artículo 12.2). La mayoría de los miembros del grupo de trabajo consideran oportuno que el Borrador haga referencia a cómo las estimaciones de daños basadas en estudios generalistas y que no tengan en cuenta ni la

¹¹ Actualmente existe controversia en cuanto a la posibilidad de aplicar la facultad de estimación judicial en reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia en el régimen anterior a la Directiva de daños; muy especialmente, en cuanto a las condiciones que habrían de cumplirse para que pueda recurrirse a dicha facultad. Estas cuestiones no han sido aún aclaradas por el Tribunal Supremo y existe una petición de cuestión prejudicial ante el TJUE al respecto pendiente de resolución (asunto C-312/21).

¹² Véase la pág. 45 del Borrador.

¹³ Véanse también las págs. 9 (donde se habla del “*daño causado por sobreprecios*”), 10 (“*daños de abusos de posición de dominio, la identificación y cuantificación del daño*”), 11 (“*el comprador directo tendrá que asumir la totalidad de los sobrecostes impuestos por el infractor*”) y 14 (“*requiere un estudio propio y específico (Droukopoulos et al., 2020) de la magnitud de los efectos causados por la conducta anticompetitiva*”) del Borrador.

¹⁴ Véase, entre otros, el párr. 43 de la exposición de motivos.

infracción ni el caso concreto corren el riesgo de incurrir en la sobrecompensación de los daños, lo que podría afectar negativamente a las políticas de competencia como son las solicitudes de clemencia y la terminación convencional. Otros miembros coinciden en que dichos estudios no ofrecen una prueba adecuada del daño en un caso concreto, pero consideran que ello no necesariamente conlleva una sobrecompensación.

Por último, **sugerimos que la CNMC incluya en el Borrador algunos puntos adicionales** que resultarán de utilidad tanto a jueces como a las partes a la hora de presentar y valorar los informes periciales:

- El Borrador menciona algunos de los requisitos generales que debe cumplir una base de datos para poder considerarse válida para una estimación del sobreprecio (por ejemplo, que la base de datos sea representativa de la situación real del mercado). Sin embargo, las menciones en el Borrador a estos criterios se realizan en notas a pie, en anexos o como aclaraciones a otros puntos. Al tratarse de uno de los aspectos más importantes de la cuantificación del daño, se propone que la Guía incluya orientaciones para los jueces sobre cómo distinguir entre las bases de datos de diferentes informes en función del caso concreto. Abordamos esta cuestión en más detalle en la Sección 2.1 a continuación.

En relación con lo anterior, algunos miembros del grupo de trabajo han señalado que sería útil que la resolución administrativa de la CNMC ofreciera información para la cuantificación de los daños (o indicara la metodología idónea para hacerlo en el caso concreto (ex. artículo 5.2.b) de la LCNMC). Sin embargo, la mayoría de los miembros del grupo de trabajo no comparten esta opinión y señalan la necesidad de que la CNMC explique que, por regla general, sus resoluciones y expedientes no contienen los datos necesarios para desarrollar una cuantificación. Del mismo modo, consideran que la función de la CNMC en sus resoluciones sancionadoras no es cuantificar daños y que la CNMC no debería tampoco pronunciarse al respecto sin realizar un análisis exhaustivo al efecto, lo que no se produce en los expedientes sancionadores, porque no es objeto de prueba específica por las partes ni por la CNMC. La CNMC sí puede hacerse eco en las resoluciones de los documentos que ha recabado de la inspección, pero no de los eventuales perjuicios causados, salvo que estos estén debidamente acreditados, contrastados y se haya dado a las partes la oportunidad de aportar la prueba económica correspondiente. Por otra parte, el análisis de efectos –no coincidente con la cuantificación de los perjuicios que la infracción pudiera haber causado– sí es esencial en el caso de restricciones por efecto, pero no en las restricciones por objeto y la Comisión Europea, por ejemplo, no analiza ni trata los efectos en sus decisiones en este último tipo de infracciones (los efectos y los daños se ventilan en el procedimiento civil).

Asimismo, algunos miembros consideran que la Guía sería una buena ocasión para explicar cómo funcionaría el acceso al expediente administrativo desde el punto de vista de la autoridad (organización del expediente, confidencialidad, forma y proceso para la entrega al tribunal, etc.). Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría del grupo considera que la cuestión del acceso a fuentes de prueba ya está regulada a través del artículo 283 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil (la “LEC”) y constituye, en todo caso, una cuestión legal que excede del ámbito de la Guía.

- Con gran acierto, el Borrador subraya la necesidad de transparencia respecto de los modelos económicos empleados para la cuantificación del daño. En este sentido, menciona la conveniencia de dar acceso a los datos y comandos de los modelos económicos para la comprobación y replicación de los mismos e incluye referencias a la práctica de las autoridades de competencia y el uso, entre otras medidas, de salas de datos con esta finalidad. No menciona sin embargo las Directrices de la Comisión Europea relativas a la presentación de prueba económica¹⁵, pese a tratarse de un documento de gran relevancia en materia de Derecho de la competencia que pone el foco en la transparencia y la gestión de datos. Por tanto, consideramos que debería incluirse una referencia a dicho documento. Algunos miembros del grupo han subrayado que este documento es aplicable en vía administrativa. Otros miembros consideran que resulta igualmente aplicable en procedimientos de aplicación privada de los artículos 101 y 102 del TFUE, donde el tratamiento debe ser el mismo. Asimismo, la CNMC cuenta con la Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC, que ofrece pautas y recomendaciones muy útiles.
- El Borrador afirma (pág. 10) que la Guía se refiere fundamentalmente a los potenciales daños por colusión (que parece limitar además a casos de sobreprecio, eludiendo hablar de otros casos de colusión como los cárteles de compra), ya que la identificación y cuantificación del daño en los casos de exclusión de competidores hasta la fecha no ha sido común en los tribunales. Como ya se ha indicado, un miembro del grupo de trabajo considera que la Guía no debería abordar los casos de exclusión de competidores. A pesar de ello, la mayoría restante considera que el Borrador debería tratar de ofrecer en la medida de lo posible directrices en relación con la cuantificación del daño en ese tipo de casos.
- Por último, se ha señalado por algún miembro del grupo de trabajo que sería recomendable que la CNMC tomara en consideración la experiencia de cualquier otra autoridad nacional que esté trabajando o haya desarrollado una guía nacional para la cuantificación de daños similar, en caso de existir.

2. COMENTARIOS SOBRE LA SECCIÓN II - MÉTODOS PARA LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

2.0 COMENTARIOS GENERALES A LA SECCIÓN II

2.0.1 Planteamiento de la Sección

El grupo de trabajo considera que el objetivo de esta Sección II del Borrador debería ser proporcionar una serie de indicaciones y explicaciones que complementen los textos ya disponibles, especialmente la

¹⁵ Comisión Europea, ‘Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases’.

Guía Práctica de la Comisión Europea con aportaciones sencillas y ejemplos prácticos que proporcionen a los jueces una forma de entender y formular preguntas sobre las distintas aproximaciones técnicas que se le presenten, para que puedan dilucidar si las decisiones técnicas y la cuantificación del daño, son razonables o si, por el contrario, simplemente carecen de un rigor técnico y pueden distorsionar el resultado. Todo ello, con la idea de dotar a los jueces de pautas claras para entender y orientar las discusiones técnicas, ante la variedad de métodos disponibles y las particularidades que deben tenerse en cuenta en la aplicación de los mismos.

Sin embargo, el Borrador, pese a introducir y reiterar algunas ideas acertadas, muchas de ellas ya recogidas por la Guía Práctica de la Comisión Europea, no parece aportar claridad suficiente sobre las principales problemáticas técnicas. En ocasiones, el Borrador introduce conceptos técnicos que posiblemente no están bien explicados para que los comprenda un juez o se hacen afirmaciones que probablemente carecen de suficiente apoyo empírico o teórico, lo que puede ser origen de más confusión.

En tal sentido se aconseja que, en la revisión del Borrador, la Sección II relativa a los “*Métodos para la cuantificación de daños*”:

- Se centre en pocas cuestiones clave, bien explicadas a través de ejemplos claros y detallados, tomando la Guía Práctica de la Comisión Europea como referencia a complementar.
- Se evite citar los *papers* de los que se han importado alguna de las afirmaciones o recomendaciones y, en caso de citar alguno, examinarlo en detalle para contextualizar bien las citas. Dichas citas pueden conferir un reconocimiento a tales *papers* que no es apropiado, cuando, en muchos casos, se trata de ideas ya recogidas en la Guía Práctica de la Comisión Europea.
- Se organice mejor la estructura de la Sección II, en particular la primera parte, que recoge importantes puntos comunes a todos los métodos. En este sentido, se propone dotar a la Sección II de un esquema secuencial con los principales pasos que debe seguir el autor de una estimación y que facilite su valoración por un tercero (véase, [a modo de sugerencia](#), el esquema propuesto al final de estos comentarios; poniéndose los miembros del grupo de trabajo de la AEDC a disposición de la CNMC para concretar y ampliar estas cuestiones o las anteriores en una reunión y/o en una o varias sesiones prácticas de trabajo).
- Finalmente, se propone revisar el empleo de términos y su compatibilidad, por ejemplo, con la terminología de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

2.0.2 Carácter único de cada estimación y el papel de las sentencias previas

La afirmación del Borrador de que “*cada reclamación de daño es, en cierto modo, única y requiere un estudio propio*”, “*evitando aplicaciones mecánicas, por analogía, o meramente teóricas*”¹⁶ se considera muy adecuada y, en consonancia, con lo que recomienda la Guía Práctica de la Comisión Europea.

¹⁶ Véase la pág. 14 del Borrador.

La mención que hace el Borrador a que “[c]ada reclamación, incluso aunque verse sobre el mismo cartel, tiene sus particularidades que solo podrán ser tenidas en cuenta si se diseña un modelo específico para la reclamación que se esté analizando” es igualmente correcta porque las particularidades y circunstancias de cada caso y reclamante son relevantes y deben ser tenidas en cuenta para una correcta estimación del daño. Según varios miembros del grupo de trabajo, sería conveniente, no obstante, revisar el término “modelo específico”, ya que realmente el Borrador debería recomendar simplemente que toda cuantificación tenga en cuenta las particularidades del caso concreto, pero no que se tenga que hacer un “modelo específico”, ya que los casos relativos a una misma infracción podrán emplear una estimación común, que luego tome en consideración las particularidades de cada caso.

Asimismo, otros miembros del grupo recuerdan que en casos con un gran número de potenciales afectados, a veces consumidores con un daño individual pequeño, el sistema procesal español presenta restricciones, debida a cierta rigidez normativa y la limitación de recursos. Por tanto, sin perjuicio de que el principio es válido (i.e., se deben tomar en cuenta las particularidades de cada caso), el alcance y la proporcionalidad de su aplicación práctica pueden (y deben) ser sopesados, dependiendo de las circunstancias del caso.

Asimismo, y en relación con el papel de las sentencias previas, el Borrador señala que “las cuantificaciones llevadas a cabo en sentencias previas y en estudios académicos deberían ser consideradas meras referencias a la hora de comparar si el resultado final del modelo diseñado para el caso concreto difiere o no de la práctica habitual”¹⁷. La idea subyacente a esta afirmación, que no es otra que no sustituir la estimación propia de cada caso por una copia del resultado que se haya obtenido en otro caso sin realizar un análisis individualizado, nos parece muy acertado. Sin embargo, la mayoría del grupo considera que sugerir que las cuantificaciones de sentencias y estudios previos “deberían” ser “meras referencias” puede llevar a los jueces a dar por hecho que una estimación que se aleje de estas supuestas referencias es menos fiable o válida, lo que es en cierta manera contradictorio con el principio de que cada caso es único. Además, consideran que la fiabilidad y validez de los resultados no puede basarse en la comparación con estudios académicos, que precisamente son destinados para dicho ámbito y con un alcance o propósito distinto.

En efecto, no queda claro qué quiere decir el término “referencias” en este contexto. De alguna manera, como exponen varios miembros del grupo, las sentencias anteriores y la literatura económica se están utilizando por los tribunales para ahorrarse el análisis individualizado y personal del asunto, acogiendo las conclusiones de otras sentencias o estudios o, lo que es más grave, utilizar esas sentencias como una fuente de datos para cuantificar los daños de tal manera que esas sentencias se erigen en variables de cuantificación, lo cual constituye, en opinión de estos miembros del grupo, un fallo importante actual en el sistema y, además, es justamente lo que se trata de evitar con el principio de que cada estimación es única. Con el objeto de evitar esta posible confusión, la mayoría de los miembros del grupo de trabajo consideran que sería útil que el Borrador matizase o eliminase esta referencia a las sentencias previas y

¹⁷ Véase la pág. 21 del Borrador.

estudios académicos. No obstante, otros entienden que deberían poder ser tomados en cuenta por los tribunales, al menos en algunos aspectos.

2.0.3 Recomendación de aplicar varios métodos como robustez de la estimación

El Borrador recomienda que las estimaciones estén provistas de análisis de robustez, lo que, desde una perspectiva de buena práctica, es esencial. Pero el Borrador no es claro en cómo lograrlo y, en opinión de los miembros del grupo, debería explicarse bien.

- El Borrador reitera que conviene emplear varias metodologías y comprobar que llevan a resultados parecidos¹⁸. Sin embargo, esto no siempre es factible, por las propias características del caso, las limitaciones de tiempo, por los costes que conlleva a las partes, la ausencia de disponibilidad de información o el tipo de datos disponibles para llevar a cabo una cuantificación. En muchas ocasiones, solo será posible aplicar un método, lo que no será obstáculo para que sus resultados estén sometidos a distintas pruebas de robustez.
- Además, es posible que distintas metodologías proporcionen resultados heterogéneos entre sí. Así lo reconoce la propia CNMC en el Borrador¹⁹:

“Connor (2014 b) realiza un análisis de las estimaciones presentadas en el marco del cártel del aminoácido lisina, uno de los primeros cárteles globales que tuvo lugar entre 1992 y 1995. En concreto, realiza un análisis crítico de las cinco metodologías tradicionalmente más utilizadas (comparación de mercados, diacrónico, diferencias en diferencias, método de costes y estructural) y subraya la heterogeneidad posible de resultados en función del enfoque seleccionado”.

- Lo que sí es exigible a una estimación es que la metodología elegida se motive y se adapte a los hechos del caso, a los datos disponibles y a las circunstancias del mercado, y que los resultados sean robustos, mostrando cómo cambios menores en los supuestos del modelo empleado no den lugar a cambios muy significativos en los resultados.

La recomendación del Borrador de aplicar varios métodos parece estar fundamentada en dos *papers* citados²⁰, que consideramos no están correctamente contextualizados.

Ni siquiera la Guía Práctica de la Comisión Europea va tan lejos en lo de aplicar varios métodos y solo habla de la posibilidad de combinar dentro del método comparativo, la comparación diacrónica con la de otros mercados geográficos²¹. Este realmente es otro método alternativo (método de diferencias en diferencias) que realiza una combinación del método diacrónico y del método sincrónico.

¹⁸ Véanse las págs. 14, 21, 23, 26, 30 y 47 del Borrador.

¹⁹ Véanse la pág. 40 y la nota al pie 45 del Borrador.

²⁰ Seixas y Lucinda (2019) y Rubinfeld (2018).

²¹ Véase el párr. 125 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

2.0.4 Demostración del vínculo causal entre la conducta y el daño

El Borrador²² repite que la aplicación de varios métodos permite demostrar la existencia de un vínculo causal entre la infracción y el daño²³. Así en la pág. 15 señala que:

*“Una vez definido el escenario contrafactual, será necesario **demostrar el vínculo causal** entre la acción anticompetitiva y el daño, para lo cual es recomendable aplicar **diferentes metodologías** con el fin de robustecer y contrastar los resultados”.*

Con carácter previo, resulta difícil plantear diferentes metodologías una vez definido el escenario contrafactual, ya que cada metodología (entendiendo por metodología cada una de las técnicas explicadas en la Sección II.2 del Borrador) supone, en la mayoría de los casos, elegir un escenario contrafactual que no es comparable de un método a otro (por ej. en un método diacrónico, el escenario sin infracción será el período anterior o posterior a la infracción, mientras que en un método sincrónico el escenario sin infracción es un mercado suficientemente comparable, no afectado por la infracción).

En cualquier caso, entendemos que el Borrador se quiere referir a la necesidad de que las estimaciones ofrezcan unos resultados estadísticamente satisfactorios y, además, estén correctamente planteados desde el punto de vista de la Teoría Económica. Es decir, que las relaciones entre variables económicas que sustenten dichas estimaciones tengan fundamento en la Teoría Económica. Un resultado aparentemente positivo, por ejemplo, una alta correlación entre dos variables puede ser estadísticamente representativo, pero no tener sentido económico alguno y, por tanto, las conclusiones sobre la causalidad entre ambas variables difícilmente se sostendrán.

Por otro lado, desde una perspectiva terminológica, en relación con el concepto de vínculo causal, éste no se podrá “demostrar” más que en el juego de probabilidades que proporcionan las herramientas estadísticas y la Teoría Económica. Por ello, se sugiere no hablar de “demostrar” el vínculo causal, sino de obtener un resultado económica y estadísticamente sólido.

Además, el grupo de trabajo considera que conviene no confundir la necesidad de que los modelos empleados estén correctamente soportados por la Teoría Económica y el contexto económico del caso analizado y conduzcan a resultados estadísticamente robustos, que entendemos sí podrían formar parte de las orientaciones del Borrador, con el requisito legal de que debe acreditarse la existencia de un nexo causal entre la acción y el daño reclamado, que corresponde más a un orden de discusión legal.

Como explica algún miembro del grupo, la existencia de un nexo causal es siempre previa a la cuantificación del daño. Exige explicar de una forma robusta y plausible (es decir, creíble y lógica) la teoría del daño subyacente de por qué una determinada conducta provoca o puede provocar unos efectos. No basta con comparar cifras y realizar correlaciones o realizar una regresión econométrica. Esta teoría del daño que explique el nexo causal, a su vez, puede estar sometida a prueba empírica. Por ejemplo, si se indica que la alternación del valor X al que se refiere la colusión afecta al factor Y de

²² Véanse las págs. 14, 15, 18, 20 y 68 del Borrador.

²³ Posteriormente, en el Anexo 3 del Borrador también se alude erróneamente a que la obtención de una estimación estadísticamente significativa o un coeficiente R² elevado permite demostrar el vínculo causal.

precios, es algo que puede y debería demostrarse por el demandante y que también puede contradecir el demandado con Teoría Económica o incluso prueba empírica: podrían aportarse datos que demuestran que la presunta relación sistemática y predecible entre las variables no existe. En definitiva, no parece acertado sostener que los métodos de cuantificación del daño demuestran el nexo causal entre la conducta y el importe de sobreprecio cuantificado. Son dos cuestiones muy relacionadas pero distintas.

En la pág. 23 no es del todo correcto decir que la econometría ofrece un “soporte teórico”. Más bien, la econometría, en cuanto ciencia aplicada, ofrece una herramienta empírica que debe incorporar e informarse en asunciones de la Teoría Económica.

2.1 CUESTIONES PREVIAS A LA SELECCIÓN DEL MÉTODO DE CUANTIFICACIÓN

El grupo considera adecuado que la Sección empiece explicando una serie de aspectos comunes y relevantes al proceso de selección de un método y su ejecución. Se sugiere, no obstante, hablar de Cuestiones “Comunes” y no “Previas a la selección” porque alguna de ellas afecta al proceso de estimación y presentación de los resultados y no solo a la selección del método.

Teniendo en cuenta los comentarios que siguen, se propone la siguiente lista de apartados para esta subsección II.1 de Cuestiones Comunes:

- Conocimiento del Sector y del mercado afectado.
- Selección de las variables y del escenario contrafactual.
- Tratamiento y presentación de los datos.
- Técnicas de contraste o análisis.

2.1.1 Conocimiento del sector y plausibilidad de la teoría del daño

En términos generales, el grupo valora positivamente la mención a la importancia del conocimiento del sector para informar una estimación. No obstante, se considera que este apartado debería ser el primero, antes incluso de hablar del escenario contrafactual, puesto que afecta de forma previa a todo el proceso del planteamiento y ejecución de una estimación.

Ahora bien, hay otros muchos aspectos importantes sobre el funcionamiento de un sector, además de los citados en el epígrafe del Borrador, que podrían listarse simplemente a modo de ejemplo. En este sentido, la importancia atribuida a que el producto sea un bien final o intermedio, es tan primordial como si se trata de un producto homogéneo o diferenciado, o la de tener en cuenta las particularidades del producto y su forma de comercialización.

Otros aspectos de la contextualización económica del mercado que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a una estimación del daño son, por ejemplo, las dinámicas de interacción entre compradores y vendedores. Conocer cómo se negocia y se determinan los precios en un mercado es clave para entender qué variables han podido influir y cómo la infracción habría podido tener efecto.

En opinión de varios miembros del grupo, el Borrador debería recomendar que puede ser conveniente que las estimaciones partan de una teoría del daño plausible, que relacione la variable de interés en la estimación (por ejemplo, el precio) con la conducta anticompetitiva en el contexto concreto de mercado en el que se produce la misma. La teoría del daño debe ser plausible dadas las características de la infracción y la evidencia disponible sobre el mercado afectado, ya que, si bien, la teoría del daño puede ser evidente en casos de cártel duro, no lo es tanto en otro tipo de infracciones de la normativa de competencia, como aquellas prácticas cuya consecuencia ha sido la exclusión de otros competidores o, incluso, otras en las que se ha podido producir una reducción en la variedad de la oferta y/o la calidad del producto u otras con efectos más ambivalentes, como los intercambios de información, o las restricciones verticales.

Algún miembro del grupo apunta en este sentido que en algunas jurisdicciones como la alemana, el análisis se realiza en ocasiones en dos etapas consecutivas y diferenciadas. Primero se analiza con informes económicos si la posible existencia de daños es plausible (si de la conducta es razonable prever por sus características y las del mercado, que aquélla pueda tener efectos en los precios o el volumen). Y después, si se considera que es plausible que la conducta genere daños, se procede en un procedimiento distinto (o en una fase posterior del mismo) a verificar si en el caso concreto se han producido daños y a cuantificar éstos.

2.1.2 Selección de las variables de interés y escenario contrafactual

El epígrafe del Borrador sobre el escenario contrafactual contiene una serie de ideas apropiadas, pero se sugiere una mejor ordenación, separando lo que son decisiones sobre la selección de las variables y el planteamiento del modelo, por un lado, de las que afectan más al proceso de recopilación y tratamiento de los datos para medir dichas variables y hacer la estimación. Es evidente que la disponibilidad general de datos va a condicionar la elección del modelo y las variables en las que éste se base, pero para una mejor ordenación, se sugiere que el proceso de selección de variables y planteamiento del modelo se analice de forma conjunta o por separado, pero en otro epígrafe distinto al referente a la recopilación, tratamiento y presentación de los datos.

En el epígrafe del Borrador sobre el escenario contrafactual se introducen ideas que pertenecen más al análisis de los métodos en particular. Por ejemplo, en la pág. 15 del Borrador, la discusión está muy centrada en los métodos comparativos y parece dar a entender que son la única vía de establecer el escenario contrafactual. Sin embargo, esto no es del todo preciso (en los métodos de simulación el contrafactual no se obtiene mediante la comparación de mercados). En el mismo sentido, en la página 16 la discusión sobre la selección de variables parece también muy enfocada a la aplicación de técnicas econométricas dentro de los métodos comparativos, pero puede no encajar necesariamente con otros, por ejemplo, en un método de costes.

El Borrador introduce en este epígrafe sobre el escenario contrafactual el concepto de la comparabilidad. Se trata de un concepto importante que, en opinión del grupo, debe ser explicado bien, tal y como se desarrolla en el apartado 2.1.4 de este documento más adelante.

En todo caso, entendemos que la intención del Borrador en este apartado es recalcar la importancia de garantizar la comparabilidad entre el escenario contrafactual elegido y el escenario factual o real. El Borrador se limita a repetir simplemente los criterios generales de la Guía Práctica de la Comisión Europea (grado de competencia, características de la demanda, barreras a la entrada, contexto jurídico y el horizonte temporal). Sin embargo, se echa en falta un mayor desarrollo de estos puntos, poniendo ejemplos de en qué medida las diferencias en cada uno de estos aspectos podrían afectar a la idoneidad o calidad del escenario sin infracción o al escenario con infracción o a ambos, y qué técnicas podrían ayudar a asegurarse que los escenarios elegidos en cada caso son adecuados (que luego se pretenden explicar en el Anexo 3 del Borrador).

En relación con la elección de las variables de interés, tratado por el Borrador de Guía en un epígrafe distinto, el grupo entiende que se trata de una cuestión íntimamente ligada a la identificación del escenario con infracción y a la elección de su contrafactual. Se consideran apropiadas determinadas ideas que transmite el Borrador, como la importancia de tener en cuenta aquellas variables vinculadas con la oferta y la demanda que hayan podido ejercer una influencia sobre la variable a partir de la cual se plantee la estimación del daño. No obstante, se sugiere mejorar la explicación en el siguiente sentido:

- A la hora de describir las variables más utilizadas para la estimación del daño, el Borrador enumera de manera conjunta variables comúnmente utilizadas como potencialmente afectadas por la infracción o variable de interés o dependiente (por ejemplo, precios o márgenes), variables comúnmente utilizadas como independientes y que pueden tener una influencia sobre la variable de interés o dependiente (por ejemplo, costes o características macroeconómicas) y variables utilizadas para representar y medir el efecto de la infracción²⁴. Al respecto, entendemos que sería útil una mayor diferenciación de estos grupos de variables por parte de la CNMC en este punto. Esto permitiría distinguir los distintos tipos de variables que se incluyen en los análisis, así como, las particularidades de cada una de ellas.

En el documento de la CNMC se especifica que un buen punto de partida para determinar las variables a incluir en el análisis en casos de daños *follow-on* es recurrir a la argumentación de la resolución de la autoridad de competencia²⁵. Sin embargo, si bien esto podría ser cierto para identificar las variables dependientes (esto es, las variables sobre las cuales la infracción ha podido tener efectos), la resolución de la autoridad de competencia puede no ser siempre una referencia tan útil para determinar las variables independientes a incluir en el modelo, aunque sí un punto de partida neutral y válido²⁶, aunque algunos subrayan la necesidad de que la Resolución haya realizado una completa descripción del mercado.

- El último párrafo de la pág. 17 del Borrador es confuso:

²⁴ Véase la pág. 17 del Borrador.

²⁵ Véanse las págs. 16 y 17 del Borrador.

²⁶ Se puede clasificar de prueba cualitativa (véase al respecto, por ejemplo, la sección V.B.5 y la Pregunta 5 de la *Checklist* del Estudio de *Pass-on*).

- Se habla del “*periodo*” de contraste como si la comparación temporal fuera la única opción, cuando hay otros métodos que pueden ser válidos.
- Se afirma que “*para seleccionar correctamente las variables se ha de llevar a cabo un análisis de correlación entre ellas, al objeto de excluir aquellas variables que tengan comportamientos acoplados o muy similares.*”

Esta afirmación, sin más matices, no es del todo correcta. Por ejemplo, si tratamos de aislar el efecto de una conducta de otros factores, son precisamente los correlacionados con la conducta los que interesa que se incorporen al modelo (siempre que la correlación no sea casi perfecta e induzca un problema de multicolinealidad). Por tanto, no siempre es deseable la exclusión de variables correlacionadas, especialmente, si estas variables son relevantes y no se encuentran correlacionadas con la variable utilizada para cuantificar el efecto de la infracción. El problema de multicolinealidad es posible identificarlo en el análisis y si bien no tiene una solución sencilla, entendemos que el Borrador no debería plantearla en términos imprecisos.

Se sugiere explicar mejor, a través de una explicación sencilla e intuitiva, el papel que pueden jugar distintas técnicas estadísticas para asegurarse que, por ejemplo: i) el escenario contrafactual o sin infracción es lo suficientemente comparable o parecido al escenario real o con infracción; ii) que las variables seleccionadas como variables con influencia son adecuadas y no redundantes, tanto en el escenario con infracción como en el escenario sin infracción; y, iii) asegurar que no se omite información disponible y relevante en el análisis.

El grupo de trabajo sugiere que el Borrador de Guía recomiende que la cuantificación del daño haga explícito el razonamiento seguido para la selección de las variables de interés y de las variables de influencia sobre la base del conocimiento del mercado concreto y que se proporcione en el Borrador una explicación del sentido y utilidad de las técnicas con las que se puede apoyar las decisiones. Por ejemplo, a través del análisis de correlación se puede comprobar en qué medida la evolución de dos variables están interrelacionadas, en el mismo sentido o en sentido contrario, lo que puede ser un primer paso, que no necesario ni suficiente, para justificar la elección de dichas variables, ya que la relación entre las mismas puede no ser necesariamente de tipo lineal. Se podrían poner ejemplos sobre cómo valorar si tiene sentido elegir una variable como variable de influencia.

El Borrador hace referencia a la necesidad de comprobar la robustez de los modelos econométricos mediante el uso de distintas variables de control²⁷. Al respecto, el grupo piensa que sería útil especificar que los cambios de variables de control utilizados para analizar la robustez del modelo deben estar debidamente argumentados y deben ser consistentes con la lógica económica y de mercado. Las pruebas de robustez también pueden emplearse para validar el empleo de otros supuestos o decisiones de las estimaciones, como la elección del periodo temporal. En otras palabras, no tiene sentido realizar

²⁷ Véase la pág. 27 del Borrador.

un análisis de robustez consistente en sustituir una variable claramente relevante por otra que mide de forma mucho más imprecisa el factor que se pretende recoger. Los análisis de robustez deben centrarse en la medida de lo posible en aquellas partes del modelo que pueden ser objeto de mayor discusión (por ejemplo, factores que pueden medirse a través de distintas variables, sin que exista una alternativa claramente superior a la otra, o que pueden dar lugar a problemas en la estimación).

2.1.3 Recopilación y tratamiento de los datos

En relación con el proceso de recopilación y tratamiento de los datos, son varias las cuestiones que se suscitan al leer el Borrador. Éste comienza señalando que los datos deben de ser “*fiabes, transparentes, completos y contrastables*”, ante lo que no cabe ningún comentario, pero que, en opinión de la mayoría del grupo, sería conveniente que el Borrador explique el alcance de cada uno de ellos y reflexione sobre las implicaciones de cada cualidad que señala que deberían cumplir los datos.

La aplicación de estos criterios de forma excesivamente rígida, por ejemplo, el de completitud, podría llevar a descartar bases de datos útiles para la cuantificación. La realidad es que la mayoría (si no todas) de las bases de datos disponibles en la práctica son imperfectas y/o incompletas en uno u otro sentido y por razones plenamente justificables (por ej. el demandado tendrá información de sus costes pero no de otros agentes del mercado). Tal y como bien indica la Guía para la Presentación de Informes Económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC (pág. 5), es muy habitual tener un conjunto de datos incompletos o imperfectos. Sería bueno que el Borrador explique que lo realmente necesario es analizar si son suficientemente representativos²⁸.

El Borrador introduce varias ideas sobre el acceso a la información que se consideran acertadas. Por ejemplo, la necesidad, ya recogida en la Guía para la Presentación de Informes Económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC, del acceso a las fuentes privadas de datos, o la necesidad de que ambas partes puedan tener un acceso a los datos empleados por la otra parte en formato tratable para replicar y/o rebatir las conclusiones alcanzadas. No obstante, el grupo considera necesario realizar los siguientes comentarios:

- Parece que el Borrador vendría a proponer que el acceso de las partes a los datos se articule exclusivamente a través de un *data room*. Dependiendo de las circunstancias, esto puede suponer un coste añadido y puede no ser necesario si los informes periciales aportan la información necesaria para reproducir sus resultados, siempre que las condiciones de confidencialidad lo permitan. Por otro lado, aunque a la mayoría de los miembros del grupo de trabajo les parece que el empleo de salas de datos es un método idóneo, recomendable y menos costoso cuando hay que procesar multitud de datos económicos, como recuerdan varios miembros del grupo de trabajo, el tema del uso de las salas de datos en el proceso civil está todavía siendo debatido ante los tribunales civiles (y fue rechazado por la Audiencia Provincial de Valencia en dos ocasiones). En este sentido, la CNMC podría explicar que no es el único modelo posible y, en su caso, podría ofrecer su experiencia (e indicar sus directrices al respecto) sobre el uso de este tipo de mecanismos y explicar a los jueces

²⁸ Véase la discusión sobre la representatividad más adelante.

su uso y utilidad, mecanismos de control, etc. Esto podría resultar de mucha utilidad y permitiría su mejor valoración por parte de los jueces como mecanismo para aprovechar en el procedimiento civil.

El Borrador, al recomendar el uso de salas de datos como mecanismo para facilitar el acceso a los datos del informe pericial, menciona su utilidad para la transparencia en el tratamiento de los datos y la replicabilidad del modelo, pero sin embargo cita en su nota al pie 19 el párr. 9 del documento de buenas prácticas sobre el uso de *data room* de la Comisión Europea. Debe recordarse que dicho documento se refiere a procedimientos seguidos ante la Comisión y especifica que las salas de datos permiten el acceso a los expedientes de la Comisión. En este contexto, es necesario que el Borrador explique bien cuál es el contexto y, sobre todo, precisar que el expediente confidencial de la autoridad correspondiente no sirve necesariamente de base para la estimación de un daño. Convendría por tanto especificar que si se realiza la referencia cruzada en la nota a pie de página al mecanismo de *data room*, es en relación con el acceso a datos numéricos de gran volumen (por ejemplo, en el caso de concentraciones económicas o incluso expedientes sancionadores en los que se requiere una prueba económica y numérica abundante), y no tanto en relación al acceso a los documentos del expediente, por ejemplo, recabados en las inspecciones).

Sin perjuicio de ello, convendría apuntar adicionalmente que el uso de un *data room* está expresamente contemplado por la Comisión Europea en las orientaciones que dicho organismo ofrece a los órganos jurisdiccionales nacionales en su Comunicación sobre acceso a información confidencial, cuya finalidad es, precisamente, guiar a los tribunales nacionales sobre la correcta interpretación de las medidas contempladas en el artículo 5 de la Directiva de daños (y su equivalente en la LEC: el artículo 283 bis “b”) y ayudarles a seleccionar medidas eficaces de protección en función de las circunstancias del caso²⁹, en reclamaciones civiles de daños.

- A la hora de enumerar las distintas fuentes de datos que pueden ser utilizadas para la cuantificación del daño, el Borrador hace referencia³⁰ a diversas fuentes públicas (por ejemplo, INE, Eurostat o Banco de España) como fuentes “*en muchas ocasiones imprescindibles*”. Al respecto, y si bien el Borrador aclara que en muchos casos se requiere el acceso a datos internos de las empresas demandadas o terceras partes, consideramos que la mención de estas fuentes puede ser contraproducente.

En realidad, tales fuentes son fuentes sobradamente conocidas tanto en el ámbito económico como académico, y puede generar la impresión de que una parte importante de los datos requeridos para la cuantificación del daño puede obtenerse por esta vía. Sin embargo, lo cierto es que en la mayor parte de los casos, estas fuentes solo aportan información útil para construir alguna variable explicativa (por ej. como factor de evolución de demanda del mercado), siendo la mayor parte de los datos utilizados en una cuantificación del daño los obtenidos de otras fuentes (incluyendo no solo datos internos de empresas, sino también de fuentes sectoriales de pago).

²⁹ Véase el párr. 5 de la Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE.

³⁰ Véase la pág. 18 del Borrador.

-
- El Borrador menciona que son las partes demandadas y terceras partes las que suelen disponer de los datos necesarios para realizar un análisis preciso de los daños.³¹ Al respecto, la mayoría de miembros del grupo considera que sería necesario especificar, por un lado, que en el caso de la cuantificación de los efectos *pass-on* y volumen es la parte demandante la que, por lo general, cuenta con datos más precisos para su estimación.

Por otro lado, como apuntan estos miembros del grupo, no puede obviarse que en algunas ocasiones las partes demandantes pueden disponer de datos incluso más completos que las empresas demandadas. Este sería el caso, por ejemplo, de mercados en los que la demanda está concentrada y los clientes tienen acceso a los datos de todas las empresas sancionadas (o al menos de aquellas que han sido proveedores suyos), mientras que cada una de las empresas sancionadas solo tiene acceso a sus propios datos individuales (y no a los del resto de empresas demandadas).

- Sería oportuno que el Borrador mencione los principios y pautas básicas aplicables de las Directrices de la CNMC o de la Comisión Europea sobre buenas prácticas en la presentación de informes económicos, que podrían ser de utilidad a la hora de explicar cómo presentar la evidencia económica y el proceso de tratamiento de los datos. Así, en línea con la Guía para la Presentación de Informes Económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC (véase el listado incluido en las págs. 5 y 6), el Borrador debería explicar qué información y datos deben proporcionarse para poder cumplir con los objetivos de transparencia y replicabilidad de los resultados, así como recomendar el formato en el que deben proporcionarse (un formato que permita analizar con facilidad los datos, como por ejemplo, la propia base de datos empleada por los peritos del demandante y del demandado, lo que contribuye a reducir los plazos de revisión de los datos y los costes de ambas partes a la hora de replicar los informes mutuos).

También podría explicarse la importancia de compartir los comandos empleados del programa estadístico para realizar la limpieza de los datos y la estimación. Esta última cuestión es de vital importancia, ya que se constata en la práctica que muchos tribunales no comprenden adecuadamente lo importante que es poder disponer de estos datos y no atienden a las solicitudes de las partes que solicitan acceso a ellos al entender que no son necesarios para replicar el modelo³². Ahora bien, una cosa es que el informe describa el proceso de selección y procesamiento de los datos y otra cosa bien distinta es que los peritos contrarios puedan realmente reproducir el análisis ya que, sin comandos empleados en el programa estadístico es muchas veces imposible realizar dicha réplica (las descripciones que se realizan en los informes al respecto son incompletas o imprecisas). Privar a los peritos del acceso a estos comandos empleados en el programa estadístico es equivalente a privarle del derecho a realmente replicar el informe contrario y tener que “fiarse” de la descripción realizara por el otro perito, sin posibilidad de contraste real, ya que muchas veces los resultados no coinciden por faltar precisamente estos datos.

³¹ Véanse las págs. 18 y 19 del Borrador.

³² Nótese, en cualquier caso, que hay tribunales que adicionalmente desestiman estas solicitudes de acceso atendiendo a motivos de índole jurídica.

Las directrices de la CNMC y de la Comisión exigen que se aporten estos datos; los jueces deberían exigirlos igualmente y atender a las solicitudes de las partes, si entienden que estas tienen el derecho a replicar el informe de la contraparte. De este modo, se solicita que se clarifique la utilidad de obtener la referida información sobre datos y comandos de cara a que los jueces tengan presente dicha utilidad al tomar decisiones sobre el acceso a los mismos.

- Se sugiere explicar con mayor detalle a qué se refiere el Borrador de Guía cuando recomienda incluir un apartado de estadística descriptiva de las variables empleadas en las estimaciones; recomendación que se considera muy acertada. En realidad, los análisis descriptivos podrían permitir al lector, mediante tablas y gráficos, detectar si existen o no problemas de composición en los datos, identificar si hay datos atípicos o si los datos son de la misma naturaleza, entre otras cuestiones. Por ello, el Borrador de Guía podría presentar ejemplos que le permitan entender al Juez identificar el alcance de un análisis descriptivo.
- Un miembro del grupo de trabajo recomienda introducir indicaciones más concretas en la Guía acerca de la recopilación de datos y se remite a la Sección IV.C del Estudio de *Pass-on* que aborda este tema.
- Por último, en opinión de algún miembro del grupo, sería conveniente que el Borrador proporcionase información sobre los criterios, basados en jurisprudencia del TJUE³³, acerca de la confidencialidad de los documentos del expediente administrativo y, en especial, de las solicitudes de clemencia.

2.1.4 Representatividad y comparabilidad de las observaciones

En relación con la representatividad, comparabilidad y homogeneidad de las observaciones, se sugiere revisar la explicación de tales conceptos, íntimamente ligados pero que aparecen de una manera confusa en el Borrador.

Una cuestión clave, por ejemplo, es cómo de comparables son el escenario real y el contrafactual (aspecto que afecta a la decisión sobre el método a elegir), pero otra cuestión es la que se refiere a la homogeneidad y/o a la representatividad de las observaciones que se empleen para evaluar cualquiera de los dos escenarios.

Por ello, el grupo sugiere que se aborde mejor tales conceptos en el epígrafe sobre el tratamiento de los datos. Entendemos que este es el sentido que pretende transmitir el Borrador cuando, por ejemplo, en la nota al pie 12 habla de comparabilidad tanto dentro de cada escenario como entre los dos escenarios, y también a tenor de la lectura del Anexo 3 del Borrador, pero que podría ser explicado mejor para evitar confusiones.

El Borrador sugiere en dicha nota al pie 12, que se debe contar con un número similar de observaciones para cada periodo, escenario o conjunto. Sin que ello sea, en principio, negativo, la realidad es que puede generar confusión si no se explica adecuadamente. Como reconoce el propio Borrador, el principio

³³ Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal General en el asunto T-341/12 *Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea*, EU:T:2015:51, párrs. 84-85 y las sentencias del TJUE en los asuntos C-162/15 P *Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea*, párr. 64, y C-360/09 *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*.

central es contar con mediciones representativas de ambos escenarios y que dichas mediciones sean comparables entre sí. Pues bien, en ocasiones, por pura disponibilidad de datos o porque, por ejemplo, se han tenido que eliminar ciertos datos como sugiere el propio Borrador, no se cuenta con el mismo número de observaciones, sin que ello impida tener una adecuada representación del escenario que se quiere medir³⁴.

Se sugiere centrar la discusión en torno al principio, reconocido por el propio Borrador de Guía, consistente en que los datos empleados para definir tanto el escenario factual o real, como el escenario contrafactual deben de ser representativos a la hora de reflejar la realidad que pretenden medir y/o representar. Este concepto impone una serie de exigencias importantes que deberían ser explicadas. Entre otras:

- Si, como es habitual, no se cuenta con todos los datos relativos al escenario con infracción o del escenario sin infracción, los datos empleados para medirlos deben de ser representativos, es decir, suficientemente similares o comparables a los que se pretende representar. En este sentido, la muestra de datos elegida deberá cumplir una serie de requisitos estadísticos mínimos (número de observaciones, dispersión, etc.). Además, idealmente ésta debe de ser aleatoria o, en su caso, se debe explicar por qué la misma es representativa y no está sesgada cuando la misma, por diversos motivos³⁵, no responde a un proceso puramente aleatorio.

Se echa en falta una explicación clara e intuitiva de la importancia de este extremo, que el Borrador no aborda. Varios miembros del grupo consideran extremadamente útil que se hiciera una referencia, en este sentido, a los sesgos de selección y los efectos que éstos tienen en los resultados de cualquier análisis estadístico.

- Por otro lado, si se opta por hacer un proceso de agregación de los datos, por ejemplo, en lugar de precios individuales, se emplean precios medios por mes o por año, el proceso de construcción de dichas agregaciones debe de ser explicado y justificar en qué medida dicha agregación no compromete la representatividad de la medición. Por ejemplo, las observaciones empleadas para cada agregación deben de ser comparables, es decir, no usar, por ejemplo, las más altas en un mes y las más bajas en el mes siguiente. Entendemos que éste es el principio al que el Borrador se refiere a la hora de hablar de comparabilidad entre las observaciones.

En definitiva, el grupo comparte perfectamente la preocupación del Borrador en transmitir la importancia del principio de comparabilidad, pero sugerimos una mejor ordenación y explicación. Sería bueno que el Borrador explique la importancia de que las estimaciones sean claras y justifiquen bien por qué los datos empleados son representativos de los escenarios que pretenden medir y comparables. El Borrador

³⁴ Por ejemplo, en el *paper* citado por el propio Borrador de Guía, Laitenberger y Smuda (2013), sobre el cártel de los detergentes en Alemania, los autores emplean un modelo diacrónico que compara 9 meses de infracción con 15 de no infracción, cuando la conducta abarcó una duración total de 42 meses.

³⁵ Como apuntan varios miembros del grupo, en ocasiones no es posible imponer un proceso puramente aleatorio al proceso de recogida de datos, ya que éste no puede diseñarse desde cero.

debería también alertar de los riesgos y sesgos que pueden incurrir las estimaciones sin estas cuestiones no se abordan adecuadamente.

2.1.5 Modelos y Técnicas de análisis o contraste

Este epígrafe es esencial porque se refiere a la parte de la estimación que supone contrastar el escenario real u observado con el contrafactual. Si bien el Borrador recoge la esencia de este paso, algunos de los términos empleados pueden generar confusión. En el primer párrafo se habla que para realizar este contraste se pueden emplear diferentes “modelos”, pero se sugiere seguir y alinearse con la Guía Práctica de la Comisión Europea que habla de “técnicas”.

La distinción entre los “modelos económicos” y los “modelos econométricos” no está clara. La Guía Práctica de la Comisión Europea habla de técnicas sencillas, por ejemplo, comparaciones directas de medias, frente a otras más complejas, como el análisis econométrico.

En opinión del grupo la redacción actual no deja claro cuáles son realmente los “modelos económicos” y parece deslizar la idea de que podrían ser útiles en ausencia de datos suficientes para plantear un análisis econométrico. Esta idea no es necesariamente acertada ya que el uso de modelos teóricos suele requerir contar con parámetros tales como la elasticidad precio de la demanda, que puede ser necesario estimar econométricamente.

Se considera que este epígrafe debería dar una primera aproximación a la naturaleza de las distintas técnicas y las ventajas y requisitos de las técnicas econométricas, luego desarrolladas en el Anexo 3. En este sentido, el Borrador señala que es deseable el uso de modelos econométricos. Convendría matizar esta afirmación, con la que en general el grupo está de acuerdo, señalando que la econometría es solo una herramienta que además reviste cierto grado de complejidad, y que como tal se puede hacer un buen o un mal uso de ella. Como apuntan algunos miembros del grupo, un análisis estadístico más sencillo basado en medias puede ser más útil y menos impreciso que un mal modelo econométrico.

2.2 PANORÁMICAS DEL MÉTODO DE ESTIMACIÓN

2.2.1 Métodos comparativos

El grupo entiende que la discusión sobre el hecho de que los métodos comparativos se basan en modelos de “forma reducida” y la alerta de sus potenciales inconvenientes basado en una cita de Rubinfeld (2008) no es de mucha utilidad y puede generar confusión si no se explica y contextualiza bien.

En este sentido, el Borrador sugiere que no serían válidos los “modelos reducidos” si existe un cambio en la estructura del mercado. En línea con el artículo de Rubinfeld (2008) citado, el Borrador explica que los métodos comparativos se basan en modelos “de forma reducida” en los que la ecuación estimada del precio se extrae de relaciones económicas básicas basadas en la oferta y la demanda que no se estiman, sino que se asume que durante el período analizado no existieron cambios sustanciales (y no observados) en la estructura del mercado (por ejemplo, entrada o salida de competidores —véase la pág. 22 del Borrador—). En caso de cambios significativos en la estructura del mercado, el Borrador señala que será preferible la aplicación de modelos estructurales en lugar de modelos de forma reducida (véase la nota al pie 26 en la pág. 22 del Borrador).

Pues bien, el grupo llama la atención de la CNMC porque el citado *paper* de Rubinfeld habla del uso de la econometría en *Antitrust*, en general, incluyendo ámbitos como la simulación de concentraciones económicas o abusos exclusionarios en los que la estructura del mercado puede cambiar. Es cierto que el artículo de Rubinfeld aconseja precaución con el uso de modelos de forma reducida cuando la infracción hubiera tenido un impacto directo sobre los parámetros estructurales del mercado. Pero Rubinfeld reconoce expresamente que “*el método estadístico comúnmente empleado en litigación por infracciones de la competencia incluye la estimación de ecuaciones de precios “reducidas”*” (Rubinfeld, 2008, pág. 724). Explica que los modelos de forma reducida se basan en la asunción subyacente de que las relaciones económicas básicas basadas en la oferta y la demanda son estables. Esta asunción permite la estimación del coeficiente de variables explicativas en el modelo que, a su vez, dependen de esas relaciones económicas básicas. La teoría económica (en torno a las relaciones económicas básicas) proporciona sustento a la elección de las variables explicativas incluidas en el modelo.

En este contexto, es cierto que Rubinfeld describe algunos riesgos asociados a los modelos de forma reducida: (1) La estimación de la variable de interés podría estar sesgada si se deja fuera de la ecuación información relevante sobre, por ejemplo, cambios (no observados) en los costes o cambios (no observados) en la demanda; (2) la elección de la forma funcional podría afectar a los resultados, razón por la cual se recomienda aplicar análisis de robustez a dicha forma funcional.

Además, Rubinfeld avisa de que los parámetros estructurales que reflejan las relaciones económicas básicas podrían ser diferentes en el mercado de comparación y en el mercado afectado, debido, por ejemplo, a que “*la naturaleza de la competencia cambia con el tiempo*” (Rubinfeld, 2008, pág. 725). Con base en lo anterior, Rubinfeld afirma que “*Los modelos de forma reducida son menos convenientes cuando la cuestión clave para litigación depende de parámetros estructurales que son difíciles de extraer mediante el uso de formas reducidas*”³⁶ (Rubinfeld, 2008, pág. 728) y “*Los modelos de forma reducida son particularmente útiles cuando se piense que no es probable que la estructura económica subyacente de un mercado se haya visto afectada por una fusión o por actos contrarios a la competencia*”³⁷ (Rubinfeld, 2008, pág. 729).

En el caso de una infracción anticompetitiva cuyo objetivo fuera reducir el número de participantes en el mercado y, por tanto, afectar directamente a los parámetros estructurales, los modelos de forma reducida podrían no ser capaces de medir el impacto de forma exacta, en la medida que pueda argumentarse que el número de competidores afecta a los parámetros estructurales, pues en ese caso sería difícil que reflejaran el efecto preciso que tendría el número de competidores sobre el precio.

En el caso de colusión sobre precios, Rubinfeld explica, en el plano meramente teórico, que podría darse un caso en el que la infracción generase un efecto sobre las expectativas respecto de las futuras

³⁶ Traducción propia del inglés: “*Reduced-form models are least desirable when the key question for litigation depends on structural parameters which can be difficult to recover from reduced forms*”.

³⁷ Traducción propia del inglés: “*Reduced-form models are particularly useful when one believes the underlying economic structure of a market is unlikely to be affected by a merger or to have been unaffected by alleged anticompetitive acts*”.

indemnizaciones, lo que afectaría a la elección de los consumidores y, con ello, al funcionamiento esencial de la demanda.

Esto demuestra que Rubinfeld solo cuestiona la implementación de los modelos de forma reducida cuando el cambio en la estructura del mercado es obvio, en el sentido de que los parámetros estructurales del mercado son diferentes durante todo el periodo de tiempo en el mercado afectado en comparación con todo el periodo en el mercado no afectado. Ante esta situación, podría ser empíricamente complejo separar el efecto del cambio en la estructura del mercado del impacto de la infracción.

Se sugiere, por tanto, revisar la descripción y mención a esta cuestión, que puede producir más confusión, porque, como se explicará a continuación, los modelos en forma reducida son los más habituales en las estimaciones que se presentarán ante los jueces.

(A) Comparación temporal o diacrónica

(i) Empleo del método temporal ante infracciones de larga duración

El Borrador recuerda que el método diacrónico asume que la estructura del mercado no ha cambiado a lo largo del tiempo de análisis, lo que le lleva a la recomendación de no acudir a este método para infracciones que hayan durado periodos prolongados o décadas³⁸. El grupo entiende que esta afirmación, sin más matices, no es correcta desde un punto de vista técnico y puede llevar a descartar análisis válidos. Más adecuado que descartar este método si la infracción es de larga duración es adaptar el análisis a estas circunstancias y presentar un análisis de robustez (por ejemplo, recortando el periodo de análisis y para examinar si, efectivamente, las condiciones de mercado se han visto modificadas lo suficiente como para que sea imposible llevar a cabo este método).

Evidentemente, cuando el analista se enfrenta a periodos largos, un problema es que las relaciones económicas subyacentes se hayan visto afectadas. Pero el hecho de que la infracción sea larga no debe llevar a afirmar, sin más, que la estructura ha cambiado, porque es un problema que también puede haberse producido en infracciones de corta duración. En todo caso, si las relaciones estructurales han cambiado, la comparabilidad del escenario con infracción con el escenario sin infracción afecta tanto a los métodos diacrónicos como a los que usan otros mercados geográficos u otros productos, porque la relación entre ambos se ha podido ver afectada a lo largo del tiempo de igual manera (quizás en mayor medida).

Por ello, la discusión, con independencia de la duración de la infracción, debería ser cómo hacer transparente el estudio de las relaciones estructurales y cómo tratar los posibles problemas (por ejemplo, los shocks o cambios estructurales). En este sentido, el grupo considera de utilidad proporcionar los siguientes argumentos:

- Los métodos de comparación temporal sí pueden controlar el efecto de los cambios en la estructura de mercado.

³⁸ Véase la pág. 23 del Borrador: “No es recomendable acudir a este método en caso de que las infracciones hayan durado periodos prolongados o décadas”.

La elección de un mercado de comparación debe sustentarse en un análisis del producto afectado considerando su contexto económico, entre ellos los cambios estructurales relevantes a lo largo del tiempo y entre los diferentes mercados. La identificación de los cambios estructurales del mercado puede llevarse a cabo mediante varias técnicas: desde algunas muy sencillas, como un simple análisis del número de competidores, hasta técnicas complejas que evalúan si se ha presentado un cambio estructural en la serie de precios.

Si hay evidencias de que se ha producido un cambio estructural importante a lo largo del tiempo (por ejemplo, una reforma legislativa que afecte al marco general del mercado), incluso en tal situación podrían reflejarse los cambios estructurales en el análisis, siendo aún adecuado una comparación temporal.

Un método relativamente simple (y extremo) sería reducir el marco temporal del análisis para evitar incluir el cambio en la estructura del mercado (p. ej. se podría comparar únicamente el periodo anterior o posterior a la reforma legislativa). Una técnica más sofisticada sería intentar reflejar el impacto del cambio estructural sobre la variable de análisis (p. ej. reflejando el cambio legislativo mediante una variable ficticia en el modelo de regresión empleado, o modelando los cambios en la estructura del mercado de manera más explícita, relacionando el periodo de la reforma legislativa con otras variables explicativas).

- Por otro lado, la duración de la infracción no es necesariamente indicativa de la existencia de cambios en el mercado.

El análisis de los cambios estructurales del mercado debería llevarse a cabo con independencia de la duración de la infracción (y, de hecho, con independencia del método de comparación aplicado, ya sea una comparación temporal o una comparación entre mercados). Esto se debe al hecho de que los cambios estructurales en el mercado ocurren en un momento concreto en el tiempo y, por tanto, es igualmente posible que ocurran en un periodo de análisis tanto largo como corto, y, si ocurren, invalidarían tanto un método comparativo temporal como una comparación entre mercados. Por tanto, cuando se implementa un método comparativo deben analizarse exhaustivamente tanto el mercado factual como el contrafactual.

- Ni el artículo de Rubinfeld ni la Guía Práctica de la Comisión Europea desaconsejan el uso de métodos diacrónicos en casos de infracciones de larga duración.

El artículo de Rubinfeld no menciona en ningún momento la duración de la infracción ni del periodo de análisis. Es más, la Guía Práctica de la Comisión Europea solo desaconseja asumir que el cambio en los precios se debe únicamente a la infracción: *“Sin embargo, también en las comparaciones diacrónicas ocurre que algunas diferencias entre dos series de datos no solo se deben a la infracción. En esos casos, puede ser conveniente hacer ajustes a los datos obtenidos en el periodo de comparación para explicar las diferencias con el periodo de la infracción o elegir un periodo o mercado de comparación distinto”* (Guía Práctica de la Comisión Europea, párr. 42). La nota al pie 37 que se incluye en la misma frase aclara que, con el objeto de realizar estos ajustes, deberá utilizarse un método de regresión que tenga estos factores en cuenta.

- Algunos miembros del grupo, a efectos ilustrativos, ponen de relieve que existen precedentes en los que se han aplicado métodos diacrónicos en casos de infracciones de larga duración.

El cártel alemán de los vehículos de bomberos³⁹ puede servir como ejemplo. Este cártel duró por lo menos desde 2001 hasta el año 2009 y puede considerarse como un cártel de larga duración. Una vez publicada la decisión de la *Bundeskartellamt* (autoridad competente), los ayuntamientos que habían comprado camiones de bomberos propusieron a los fabricantes resolver la cuestión a través de un procedimiento transaccional con un perito nombrado *ex aequo* entre las partes. Para ello, el perito empleó una comparación temporal a través un modelo reducido para identificar el sobrecoste⁴⁰.

Otro ejemplo podría ser el cartel alemán del cemento. Este cartel fue detectado por la *Bundeskartellamt* en 2002 y estuvo operativo al menos desde 1991 hasta 2001 en varias regiones alemanas⁴¹. En esta ocasión, la *Bundeskartellamt* estimó el sobreprecio para determinar la multa. Dicha multa fue impugnada judicialmente, y el sobreprecio volvió a ser estimado por un perito designado por el tribunal. Este perito escogió un método de comparación temporal como la mejor alternativa de cuantificación del sobreprecio, después de una extensa discusión entre las partes en relación con cuál era el método más apropiado para ello⁴². Concretamente, el perito implementó la comparación temporal a través de una regresión de forma reducida⁴³.

- Asimismo, varios miembros del grupo señalan que, en función de su experiencia y también atendiendo a ciertos estudios, el método de comparación temporal es el más utilizado a la hora de cuantificar daños en esta materia.

Así lo demuestra el estudio de Boyer y Kotchoni (2015), en el que el 75% de los casos analizados (en los que se conoce el método de cuantificación empleado) se emplearon métodos de comparación temporal. Además, en estos casos la duración media de los cárteles fue de 9,25 años (véase la tabla 2 de Boyer y Kotchoni), es decir, se trata de cárteles de larga duración. En un estudio previo de Connor y Bolotova (2006), mencionado en el Borrador, también figura una alta proporción de métodos de comparación temporal.

Otros miembros del grupo estiman que estas dos referencias pueden no ser necesariamente completas o válidas y sugieren, en su caso, acudir a otras fuentes, como los estudios de Laborde,

³⁹ Véase esta resolución en su idioma original en alemán en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/10_02_2011_Feuerwehrfahrzeuge.html

⁴⁰ Véase Portz, N and Düsterdiek, B, Die Gemeinde SH 5/2013 'Feuerwehrbeschffungskartell: Kommunen werden entschädigt – Dauerhafte Prüfung der Bieterzuverlässigkeit vorgesehen' (2013), págs. 142-144.

⁴¹ OLG Düsseldorf, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi, Rn. 430.

⁴² OLG Düsseldorf, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi, Rn. 457 and Rn. 465ff.

⁴³ OLG Düsseldorf, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi, Rn. 479.

que también muestran que el método más frecuente aceptado por los tribunales europeos es del comparación diacrónica⁴⁴.

(ii) Omisión de los periodos con duda del análisis y retardo en el proceso de retorno a las condiciones normales de competencia

El Borrador menciona que convendría omitir periodos en los que no esté claro que se hubieran producido efectos. Sin embargo, en opinión del grupo de trabajo, esta recomendación, sin más, no debería realizarse ya que éste es solo uno de los muchos modos de tratar este tipo de incertidumbre. Lo más conveniente sería explicar y mostrar los resultados de manera transparente sobre escenarios diferentes y por qué un escenario se considera más importante que otro. De hecho, antes de omitir los periodos, sería necesario mostrar un análisis de sensibilidad al respecto, ya que el propio análisis econométrico puede ayudar a establecer si, efectivamente, se trata, o no, de periodos afectados y qué consecuencias tiene la omisión de los periodos.

Por otro lado, el Borrador menciona que en ocasiones el periodo inmediatamente posterior al final de la infracción puede no ser una referencia adecuada puesto que puede existir un cierto retardo en el mercado hasta que las condiciones del mismo vuelven a la situación previa a la infracción⁴⁵. El grupo estima que esta afirmación, sin más, no es útil. Se trata de una cuestión bien explicada en la Guía Práctica de la Comisión Europea, en la que se advierte que durante el periodo inmediatamente posterior a la infracción puede existir tanto un periodo de inercia, durante el cual los precios se mantienen por encima del nivel competitivo, como un periodo de guerra de precios entre las empresas durante el cual los precios pueden llegar a encontrarse por debajo del nivel competitivo⁴⁶. Asimismo, la Guía Práctica de la Comisión Europea explica que la hipótesis sobre el retraso en la vuelta a la normalidad competitiva es una cuestión que debe contrastarse empíricamente⁴⁷ y relaciona este posible fenómeno con el estudio de las condiciones de mercado en las cuales se pueden producir los denominados efectos coordinados⁴⁸, que están bien caracterizados en la Doctrina de control de concentraciones⁴⁹. Por último, la propia Guía Práctica recuerda que⁵⁰, aun cuando hubiera dudas acerca del periodo de la infracción, *“en principio, este periodo podría seguir sirviendo como periodo de referencia para obtener una estimación fiable del perjuicio mínimo que se habrá sufrido”*. Este es un ejemplo de cómo una mera mención a modo de recomendación en el Borrador puede producir confusión y realmente no aporta más de lo que ya recoge la Guía Práctica de la Comisión Europea.

(iii) Tratamiento de la inflación mediante el descuento de las series

⁴⁴ Véase Laborde, J.F., ‘Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges’ (2019), *Concurrences*, Nº 4.

⁴⁵ Véase la pág. 23 del Borrador.

⁴⁶ Véase el párr. 44 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

⁴⁷ Véase la última frase del párr. 43 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

⁴⁸ Véase el párr. 153 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

⁴⁹ Véase la nota al pie 127 en el párr. 153 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

⁵⁰ Véase el párr. 45 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

El tema de la inflación en los métodos comparativos no está, en opinión del grupo de trabajo, adecuadamente tratado y carece de una estructura clara, lo que puede conducir a error. El posible impacto de la inflación en los métodos de estimación del efecto de la infracción debe separarse de la actualización del daño, ya que son problemáticas distintas.

El Borrador viene a establecer que en las comparaciones diacrónicas es necesario ajustar por la inflación los precios a través de una tasa de actualización⁵¹, lo que también parece deducirse de la lista de verificación o *checklist* de los métodos comparativos. Es decir, de la lectura del Borrador podría desprenderse que el descuento específico de los efectos de la inflación debe realizarse en todo caso, cuando en realidad este ejercicio debe llevarse a cabo solo si el método de comparación temporal no refleja los efectos de la inflación, como correctamente indica el Borrador al inicio del Recuadro 1 en la pág. 24. El Borrador debería matizar este punto y concretar siempre en qué supuestos debe descontarse la inflación.

Las series de precios no tienen por qué deflactarse necesariamente por el efecto de la inflación. Si bien este ajuste puede ser necesario en las comparaciones basadas en métodos simples, sería necesario matizar que este no es necesariamente el caso, por ejemplo, en las comparaciones basadas en modelos econométricos. En este sentido, una simple comparación de los precios medios estaría sesgada debido a esta tendencia “inflacionista” de los precios, y podría ser necesario el posterior descuento de la inflación.

No obstante, en un análisis de regresión algo más sofisticado, esta tendencia “inflacionista” de los precios queda reflejada mediante la introducción, por ejemplo, de una variable representativa de los costes de producción como variable explicativa en la regresión de los precios. En tal caso, no habría necesidad de considerar (descontar), además, la inflación.

Por otro lado, y en relación con el Recuadro 1 de la pág. 24 del Borrador (que tal y como está planteado puede generar confusión), consideramos relevante apuntar que la estimación del daño se divide, por lo general, en dos fases (primero, la estimación del sobreprecio (medio) y, segundo, la cuantificación del daño soportado por el demandante concreto), y que los aspectos relacionados con la inflación pueden afectar a ambas fases:

- 1ª fase – estimación del sobreprecio (medio) mediante el uso de una comparación temporal: los precios de los productos tienden a incrementarse con el paso del tiempo debido al aumento de los costes de producción, ya sea por un aumento de salarios o porque los costes de las materias primas son más elevados a medida que transcurre el tiempo. Se correspondería con la inflación tratada en los párrafos anteriores.
- 2ª fase – cálculo del daño soportado por el demandante: después de estimar el sobreprecio (medio), debe calcularse el daño sufrido por el demandante. Esta fase incluye la necesidad de actualizar el daño que ocurrió en el pasado a valores actuales. Este proceso de actualización requiere que se

⁵¹ Véase la pág. 24 del Borrador.

elija una tasa de descuento adecuada (por ejemplo, el CMPC⁵² o la tasa de interés libre de riesgo), cuestión esta que también refleja el Informe Oxera de 2009 y a la que el Borrador hace referencia expresa (pág. 24). La tasa de descuento solo es relevante a estos efectos.

(B) Comparación de mercados, sincrónica o yardstick

La explicación del alcance de la necesaria similitud entre el mercado afectado y el contrafactual es muy escasa en el Borrador y podría ampliarse, yendo un poco más de lo que explica la Guía Práctica de la Comisión Europea, poniendo ejemplos concretos.

Sería conveniente incluir una explicación en este sentido, explicando qué debe entenderse por “zona geográfica [...] lo más similar posible” y por “productos similares”, a los efectos de evitar una aplicación indebida del método (mediante una comparación de dos productos o dos mercados que no son verdaderamente comparables). La mayoría de los miembros del grupo de trabajo considera que se debería abordar la relación entre los conceptos de mercado comparable, a los efectos de una estimación de daños, y la noción de mercado relevante, empleado en derecho de la competencia.

El Borrador sugiere que para seleccionar correctamente el comparador geográfico o de producto se realicen “previamente un análisis comparativo de las variables descriptivas de ambos mercados”. Se propone explicar mejor la finalidad y forma de este análisis previo de contraste (y su relación con las técnicas paramétricas y no paramétricas propuestas en el Anexo 3 del Borrador). Tal análisis tiene como objetivo determinar en qué medida el mercado afectado y el contrafactual (geográfico o de producto) se comportan siguiendo las mismas variables, lo que permitiría asumir que la única diferencia entre ambos es la infracción.

En todo caso, el grupo sugiere que el Borrador explique mejor que el paso necesario previo en este tipo de métodos es la justificación de la comparabilidad de los mercados mediante las correspondientes explicaciones cualitativas y pruebas o análisis cuantitativos.

(C) Diferencias en diferencias

La explicación de este método podría ampliarse, ya que apenas es un resumen de lo explicado en la Guía Práctica de la Comisión Europea. El Borrador en la pág. 25 señala que “si la disponibilidad de datos lo permite, es muy recomendable combinar ambos métodos de comparación, utilizando la herramienta de “diferencias en diferencias”. Sin embargo, la disponibilidad de datos no es el único factor relevante para establecer si el método de diferencias en diferencias es adecuado. Tal y como explican varios miembros del grupo, hay métodos establecidos para evaluar si la aplicación de este método conduce a estimaciones fiables, o no (un resumen excelente se encuentra en Angrist & Pishke, *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist’s Companion*, Princeton University Press).

El Borrador menciona que el método diferencias en diferencias permite controlar por la heterogeneidad no observada, aislando de esta forma los efectos de la infracción de los efectos de los cambios que han

52 También conocido como WACC, por sus siglas en inglés.

ocurrido en el mercado y que no se deben a la infracción.⁵³ Convendría matizar esta afirmación dado que, para lograr tal objetivo, es necesario especificar y aplicar adecuadamente este método. Así, el método diferencias en diferencias permite controlar por (i) los factores que difieren entre los distintos mercados objeto de comparación y se han mantenido estables a lo largo del tiempo y (ii) los factores que han cambiado a lo largo del tiempo pero afectan de forma similar al mercado afectado y al mercado o mercados de referencia considerados.

(D) Lista de comprobación para métodos comparativos

El grupo sugiere adaptar la lista de comprobación a los anteriores comentarios. La lista no sigue un orden lógico y aunque incluye algunas preguntas que pueden ser relevantes, hay otras (por ejemplo, la de la estacionalidad) que, sin restar su relevancia en algunos casos, no debería estar al mismo nivel de aquellas más esenciales. No obstante, se proporcionan a continuación algunos comentarios:

- El Borrador invita a usar pruebas econométricas de cambio estructural para cerciorar que el periodo de comparación está completamente separado de los efectos de la infracción. Las explicaciones que proporciona el Borrador son incompletas y, por tanto, pueden producir confusión. Este método únicamente podría ser válido si verdaderamente la infracción hubiera tenido efectos. Si la infracción no tuvo ningún efecto —resultado posible en cualquier cuantificación del daño—, una prueba de cambio estructural no servirá para identificar un cambio estructural de precios una vez finalizada dicha infracción. Si de la prueba resulta la inexistencia de un cambio estructural de precios al finalizar la infracción, dicho resultado sería coherente con dos líneas de razonamientos opuestas: (1) la existencia de efectos prolongados, o (2) la ausencia de efectos.
- El Borrador parece sugerir que en caso de que la serie presente un componente estacional se deben utilizar datos promedio mensuales en lugar de anuales⁵⁴. Al respecto, sería necesario que el Borrador precise este punto. Así, los datos anuales permiten eliminar la estacionalidad, sin que el uso de datos mensuales o trimestrales sea una alternativa superior para este fin. La principal ventaja de los datos mensuales o trimestrales radica en el incremento del número de observaciones para la estimación, pero no en la corrección de los posibles efectos de estacionalidad.
- Por el contrario, en relación con los métodos comparativos de mercados simplemente se pide que se argumente su comparabilidad, lo cual se considera que puede ser suficiente para una lista de comprobación, aunque se sugiere simplemente que en esta lista se explique que cualquiera de los métodos comparativos elegidos debe justificar y argumentar adecuadamente la comparabilidad propuesta y apoyarse, en su caso, con técnicas estadísticas, como las descriptivas u otras cuantitativas para soportar dicha argumentación.
- La comprobación de la comparabilidad de las observaciones de los escenarios real y contrafactual no debe recaer necesariamente en la realización de pruebas estadísticas paramétricas o no

⁵³ Véase la pág. 26 del Borrador.

⁵⁴ Véase la pág. 27 del Borrador.

paramétricas. Como bien explica el propio Anexo 3 del Borrador, resulta importante justificar bien la comparabilidad pudiendo ser suficiente la estadística descriptiva.

2.2.2 Métodos basados en costes y análisis financiero

En opinión de los miembros del grupo, algunas afirmaciones tajantes en la explicación del método de los costes pueden generar confusión:

- Aunque la mención a la no necesaria coincidencia entre los conceptos económicos y contables es acertada, el Borrador afirma que el método de costes “*se basa en utilizar los apuntes contables de las empresas para deducir un precio razonable*”. Sin embargo, no siempre es necesario o posible usar los datos contables. Pueden existir otras formas válidas de determinar, por ejemplo, a partir de aproximaciones no contables a los costes, un precio razonable para el escenario contrafactual.
- El grupo quiere alertar que la afirmación a que la conducta anticompetitiva “provoca” una reducción de la eficiencia productiva es errónea. El Borrador deja entrever que cualquier conducta anticompetitiva generaría automáticamente una pérdida en la eficiencia productiva y que este hecho deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar un método de simulación basado en costes. Evidentemente, se trata de una posibilidad, pero no se debería ir tan lejos.

Una formulación en términos tan absolutos llevaría a error a los órganos judiciales. No existe un resultado claro, ni conceptual ni empírico, en la literatura económica, que sugiera que una conducta anticompetitiva (efectiva) genere, sí o sí, una pérdida de eficiencia productiva.

En este sentido, la Guía Práctica de la Comisión (párr. 110) es mucho más cauta y señala solamente que la infracción podría afectar a la eficiencia productiva, y advierte de que en casos en los que existan pruebas que demuestren que se ha producido una pérdida de eficiencia productiva debido a la infracción, este efecto debería tenerse en cuenta (si fuera posible) a la hora de aplicar un método de simulación basado en costes:

El Borrador en su explicación del método de costes no hace referencia a una de las principales dificultades que presenta este método de estimación, como es la selección de la medida de costes adecuada en el caso bajo análisis. Así, existen diferentes medidas de costes que pueden ser utilizadas en un análisis de este tipo como, por ejemplo, los costes variables, los costes incrementales o los costes totales. La elección de una u otra dependerá de las circunstancias concretas del caso. Por ello, se sugiere que el Borrador mencione la necesidad de que el análisis realizado considere y razone de manera coherente la medida de costes y de margen escogida.

Por otro lado, a pesar de que el Borrador mencione que el cálculo de un coste unitario se complica en los casos en los que haya varios productos vinculados a la actividad empresarial, sería útil especificar la razón por la cual resulta más complicada su estimación en estos casos.⁵⁵ Así, cuando las empresas producen varios productos diferentes o un producto heterogéneo, la estimación de un coste unitario por unidad de producción requiere en primer lugar determinar la forma en la que se asignan los costes

⁵⁵ Véase la pág. 28 del Borrador.

comunes (por ejemplo, los costes de I+D) a cada unidad de producción. En la mayoría de los casos, no es posible realizar esta asignación de manera suficientemente precisa.

Con respecto a la estimación del margen razonable, el Borrador menciona que éste se puede estimar a través de la media, mediana o moda del margen empresarial del sector⁵⁶. Sin embargo, el grupo considera que no se deberían presentar como una lista absoluta o cerrada, ya que se podría matizar que estas medidas estadísticas no serían una referencia válida en aquellos sectores donde el rango de márgenes es amplio. Por ejemplo, si el rango de márgenes de empresas comparables ajenas a la infracción oscila entre el 20 y el 30%, y el margen de la empresa sancionada es del 30%, resulta discutible que este último margen puede considerarse excesivo o supracompetitivo incluso si la media de las empresas comparables es del 25%. Por otro lado, sería útil el Borrador mencionase las diferentes, razones no relacionadas con la infracción, que pueden generar diferencias en los márgenes entre empresas del mismo sector, y, sobre todo, la necesidad de justificar apropiadamente la elección de los márgenes de las empresas que finalmente se empleen como referencia.

La explicación del Borrador sobre los modelos financieros tiene una mención a sus ventajas, en el sentido de que usan información accesible, pero el grupo entiende que no se explica cuáles son sus principales problemas. Por ejemplo, el hecho de que las cuentas de resultados y/o la cotización de una empresa puedan haberse visto afectadas por multitud de factores distintos a la infracción.

En relación con los modelos financieros, tal y como está redactada su presentación en el Borrador⁵⁷, no se pone el foco en la cuantificación de los daños sino especialmente en las metodologías o técnicas de cálculo financiero (como el VAN). La clave en estos casos no radica tanto en el propio VAN, como técnica de descuento de flujos, sino más bien en cómo justificar que los flujos de caja elegidos como representativos de los que habría obtenido la empresa afectada por la infracción en ausencia de la misma es adecuada. Algunas de las otras metodologías (por ejemplo, los métodos comparativos) pueden ser igualmente útiles para contrastar dicha elección.

2.2.3 Modelos de simulación

Dado que los modelos de simulación son los técnicamente más complejos y también los menos usados en este tipo de estimaciones, la mayoría del grupo sugiere que el Borrador contextualice bien cuál es el uso actual de los mismos, que está más limitado al ámbito académico y a la simulación de fusiones, como apoyo en los procesos de control de concentraciones. Algún miembro del grupo recuerda que, no obstante, la finalidad del Borrador no es la de priorizar un método frente a otros y que, en la medida en que la Guía Práctica de la Comisión Europea reconoce estos modelos, no puede descartarse su uso en contextos de estimación de daños.

⁵⁶ Véase la pág. 28 del Borrador.

⁵⁷ Véase la pág. 30 del Borrador.

El Borrador no transmite bien cuál es la esencia de estos modelos. Por ejemplo, la frase “[e]s *práctica general estimar un sistema de demanda donde la conducta anticompetitiva altera la competencia en el mercado relevante*”⁵⁸ no es del todo correcta y no explica bien el funcionamiento de estos modelos.

La mayoría de los miembros del grupo de trabajo echan en falta un comentario respecto a la que es habitualmente la principal limitación del método de simulación: que suele partir del supuesto de que la infracción tuvo como consecuencia que los precios fueran los de monopolio (es decir que la conducta consistió en un cartel plenamente efectivo). Tal hipótesis puede tener sentido a la hora de tener una idea del impacto potencial en precios de una concentración, sin embargo, puede resultar poco práctica en un caso de estimación de los efectos en precios, cuando, precisamente es ésta la hipótesis que se quiere contrastar. En este sentido, las estimaciones solo se deberían entender como un valor máximo del posible efecto en precios.

El Borrador cita algunos ejemplos de modelos teóricos de competencia (Bertrand, Cournot, etc.). Algún miembro del grupo señala que sería conveniente poner ejemplos de industrias cuyo comportamiento puede ajustarse bien a estos modelos teóricos o, al menos, identificar las principales características o supuestos de estos modelos y el tipo de industria en los que encajarían. Sin embargo, otros miembros consideran que se debe ser cauteloso a la hora de citar ejemplos de industrias para no hacer ver que en las mismas sería viable un modelo de simulación.

2.3 RECUADRO 3. LISTADO DE COMPROBACIONES RECOMENDADAS PARA CONTRASTAR LA FIABILIDAD DE UNA ESTIMACIÓN

El grupo de trabajo considera que el listado del recuadro 3 recoge casi todas las preguntas relevantes. Se sugiere, sin embargo, dotarle de un orden secuencial, siguiendo los pasos necesarios para realizar la estimación (véase el cuadro insertado abajo). Se sugiere también no incluir al mismo nivel algunas preguntas de menor relevancia, como las referidas a los problemas econométricos o a la inflación.

Un miembro del grupo considera que este listado (un tipo de *checklist*) tiene una importancia y utilidad central y merece una mayor consideración y desarrollo. En este sentido, apunta que existen cuestiones prácticas omitidas cuya inclusión sería útil; por ejemplo, sobre disponibilidad/uso de datos (agregación, periodos, estimaciones, correcciones, etc.), sobre prueba cualitativa y teoría, sobre qué método de cuantificación de daño se ha usado, sobre cómo se ha actualizado el daño, sobre presentación de los resultados, sobre el uso de presunciones, etc.

Se considera necesario revisar cómo se redactan las preguntas, planteando en la pregunta en qué medida se han abordado en la estimación distintas problemáticas de forma transparente y coherente, pero huyendo de redacciones como: “¿Se han *descontado* los efectos de la inflación?, ¿Se ha *demostrado* la repercusión del *passing on*?, ¿Se han *aplicado* varios métodos? ¿Se ha conseguido *demostrar* el vínculo causal?”

⁵⁸ Véase la pág. 34 del Borrador.

En este sentido, en la lista de comprobación se especifica que una cuestión relevante es la *demonstración* de que la estimación sea significativa. Sin embargo, es posible que la infracción sancionada no haya tenido efectos en el mercado y que la estimación correcta del efecto de la misma sea no significativa. Por tanto, el grupo entiende que debería matizarse, explicando que debe realizarse un análisis de significatividad, aunque sería más útil, en su caso, plantear un punto adicional a esta lista de comprobación que haga referencia a la necesaria evaluación por el informe del valor, el signo y significatividad de los coeficientes del modelo con el objeto de comprobar su razonabilidad.

La siguiente tabla se ofrece a modo de primer ejemplo y el grupo se ofrece a colaborar con la CNMC en la elaboración de una tabla más completa.

Pasos, que se corresponden con las distintas hipótesis que se tienen que resolver	Decisión del Analista	Ejemplo / buena práctica
¿Qué <u>variable del mercado</u> se ha visto afectada por la infracción y su análisis puede emplearse para estimar el daño sufrido?	Elegir una variable de interés sobre la que medir la situación real o con infracción (escenario factual) y compararla con la situación alternativa sin infracción (escenario contrafactual).	Lo más normal será elegir los precios del mercado, pero también podría ser otras variables como costes o márgenes. Lo habitual es proporcionar un análisis descriptivo sobre la variable de interés.
¿Cómo se plantea el <u>escenario contrafactual</u> ?	Elegir un método para determinar el valor de la variable de interés en ausencia de infracción. Explicar por qué se elige ese método y no otros.	Lo más normal serán los métodos comparativos, que toman los valores de la variable de interés en otros periodos o en mercados suficientemente comparables. Pero también sería posible construir el valor de la variable de interés a partir de otros métodos como el de los costes o el financiero.
¿Cómo se <u>contrasta</u> el escenario factual con el contrafactual? (Dicho contraste lleva a la medición del daño)	Emplear una o varias técnicas para el contraste, desde aquellas más simples o directas hasta las más complejas, como las técnicas econométricas mediante el análisis de regresión.	Lo más normal será emplear el análisis de regresión, que puede ser completado o precedido de un análisis más simple, por ejemplo, comparación de medias.
¿Cómo asegurar que los datos empleados para medir la variable de interés en ambos escenarios son <u>representativos</u> ?	Elegir un proceso de selección y tratamiento de los datos para asegurarse de que los valores empleados son representativos , lo que es especialmente relevante cuando se emplean muestras. Se debe tratar la posible heterogeneidad de las observaciones y la presencia de valores anómalos.	Se pueden usar datos de transacciones individuales, o medias semanales, mensuales. Idealmente, la muestra debe ser aleatoria o, en su caso, explicar por qué la misma es representativa y no está sesgada cuando la misma, por diversos motivos, no responde a un proceso puramente aleatorio. Se pueden presentar pruebas estadísticas para mostrar que las mediciones son representativas y que el resultado no se ve alterado por posibles sesgos en las mediciones o presencia de valores atípicos.
¿Cómo se controla por el posible efecto de <u>otras variables</u> que hayan podido afectar a la variable de interés?	Determinar, en base al conocimiento del mercado, qué otras variables han podido influir	Lo más normal es considerar factores tanto por el lado de la demanda como por el lado de la

	sobre la variable de interés y tener en cuenta su efecto. Justificar en base al conocimiento del mercado y, en su caso, mediante análisis de los datos, la elección de las variables de influencia elegida.	oferta, incluyendo el estudio y tratamiento de posibles shocks de ambos tipos. Lo normal será basar o apoyar la elección en un análisis estadístico descriptivo y, en su caso, en pruebas estadísticas, como, por ejemplo, el análisis de la correlación entre las variables, tanto en el escenario factual como en el contrafactual.
¿Cómo se asegura que el resultado es <u>robusto</u> ?	Someter el resultado a distintas pruebas que supongan aplicar hipótesis alternativas.	Lo más habitual es presentar distintas especificaciones dentro del análisis econométrico y presentar las pruebas y discusiones para descartar problemas estadísticos (endogeneidad, multicolinealidad...)
¿Cómo se asegura que el resultado sea <u>contrastable</u> ?	Proporcionar información, distintas explicaciones y medidas que garanticen que la parte contraria puede verificar la estimación.	Lo habitual es que el informe explique y documente bien el proceso de selección y tratamiento de los datos y se ofrezca un acceso a los mismos.

3. COMENTARIOS SOBRE LA SECCIÓN III - REVISIÓN DE LA LITERATURA ECONÓMICA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En primer lugar, es unánime el comentario de que esta sección tiene demasiado peso en el Borrador. Especialmente si se considera que con anterioridad el propio Borrador explica que los estudios previos no son una referencia adecuada para la estimación del daño en un caso concreto.

En cuanto a comentarios específicos sobre esta sección, se apunta que el apartado *III.3 Meta-análisis* puede llevar a confusión al poder interpretarse que avala el uso de los resultados de los estudios sobre cárteles pasados como una referencia válida para estimar el sobreprecio generado en un caso particular. En concreto, las distintas conclusiones que se extraen del análisis de metaestudios realizado en este apartado sobre el nivel medio de sobreprecios y las distintas características de los cárteles que afectan al sobreprecio (duración, ámbito geográfico y concentración de la industria) podrían erróneamente llevar a los jueces y tribunales a rechazar cuantificaciones reducidas o nulas en infracciones de larga duración, de carácter internacional o en industrias altamente concentradas, lo cual mermaría los derechos de defensa de las partes afectadas. De forma similar, podrían llevar a que estimaciones de sobreprecio que se sitúen considerablemente por encima de los valores medios que resultan de los metaestudios sean rechazadas. El riesgo de que esto ocurra es real y se constata en la práctica de los tribunales. Además, el análisis de la CNMC se limita a tres metaanálisis, sobre los que no proporciona información clara sobre los cárteles incluidos, lo que puede llevar aún en mayor medida a que los jueces y tribunales extraigan conclusiones erróneas sobre los mismos.

Por otro lado, tal y como se presentan actualmente, los apartados *III.1 Estudios de carácter teórico* y *III.2 Estudios de evidencia empírica* no aportan ninguna información adicional útil para jueces y tribunales a la incluida en el resto de secciones del Borrador y pueden dar lugar a interpretaciones erróneas por parte de los jueces y tribunales. Así, las referencias a la literatura económica incluidas en estos apartados pueden incluirse en otras partes del Borrador donde son relevantes.

Por todo ello, se propone reducir el peso de esta sección mediante su inclusión en un anexo o, incluso, la eliminación de la misma. Alternativamente, y considerando que esta sección incluye una muestra limitada de referencias, las cuales irán quedándose obsoletas a medida que se desarrolle la literatura económica, otra posible opción es ofrecer esta revisión de la literatura como un recurso adicional en la página web de la CNMC. Esto permitiría realizar actualizaciones periódicas de la misma.

No obstante lo anterior, en el caso que se decida mantener esta sección en la Guía definitiva ya sea en el cuerpo del informe o en un anexo, sería necesario que la CNMC considerase los siguientes aspectos:

- Esta sección debe recordar de forma clara y explícita que, al menos desde un punto de vista económico, y tal como refleja la Guía Práctica de la Comisión Europea, las conclusiones de los estudios sobre el sobreprecio ocasionado por cárteles pasados no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto⁵⁹.
- Una manera de lograr que esta sección tenga una mayor utilidad para los jueces y tribunales es mediante un mayor desarrollo de aquellos estudios empíricos que han llevado a cabo una estimación detallada de los daños. Así, estos estudios podrían ser presentados como casos de estudio, con el objeto de ilustrar de forma didáctica el proceso seguido para la estimación de los daños y las principales dificultades prácticas. De forma similar, podría ser útil incluir una explicación detallada de los resultados de los análisis econométricos obtenidos por estos estudios que ayude a los jueces a familiarizarse con este tipo de evidencia. Este nuevo enfoque de la sección permitiría a la CNMC poder extraer de manera más eficaz conclusiones y orientaciones que puedan ser utilizadas por los jueces y tribunales para evaluar las estimaciones de daños aportadas por las partes. Este podría ser el caso, por ejemplo, del estudio realizado por Martínez-Granado y Siotis en 2010 sobre el caso *Conduit*. Al respecto, sería útil que el Borrador realizase un análisis más completo del estudio en lugar de la descripción general realizada en la pág. 41. Debe notarse además que dicha descripción no es correcta y lleva a la confusión al mencionar que los tribunales “basaron la cuantificación en un porcentaje de costes directos”⁶⁰.
- A la hora de presentar los resultados de los metaanálisis incluidos en el apartado *III.3 Metaanálisis*, el Borrador únicamente hace referencia a los sobreprecios medios y medianos encontrados por éstos. Ello pese a que los sobreprecios medios y medianos de estos estudios no son representativos de la distribución de sobreprecios encontrada por estos metaanálisis dada la elevada dispersión que presenta esta distribución. Por ello, una mejor aproximación a los resultados de estos estudios sería mencionar el rango de sobreprecios encontrado por cada uno de ellos.

⁵⁹ Véase el párr. 145 de la Guía Práctica de la Comisión Europea.

⁶⁰ Para una descripción más detallada del análisis véase, por ejemplo, Hitchings, P., ‘Private Enforcement in Spain’ (2010), GCLR 1, págs. 28-40.

- El Borrador afirma que “los tribunales recurren frecuentemente a los costes como base para el cálculo de los daños”⁶¹. Esta afirmación no se corresponde con la práctica judicial española, por lo que sería necesario que se especificase a qué tribunales y casos concretos se refiere.

4. COMENTARIOS SOBRE LA SECCIÓN IV - CONCLUSIONES

En el Borrador actual, las conclusiones están planteadas como un resumen del contenido del Borrador, cuando podría aprovecharse la sección para transmitir las ideas fundamentales en torno a la cuantificación de daños. Por tanto, se sugiere eliminar los párrafos 3 (sobre el valor de la Guía) y final (sobre la literatura económica) de las Conclusiones —el primero, por ser una reiteración de una cualificación ya descrita al inicio del documento, y, el segundo por el carácter limitado de la revisión que se hace en el mismo—.

Además, sugerimos reformular las conclusiones de manera que las mismas presenten una visión general sobre las aportaciones más importantes y los comentarios incluidos en el presente documento. A continuación, se proponen los puntos que la mayoría de los miembros del grupo de trabajo entienden que deberían incluirse en las conclusiones (no obstante, un miembro del grupo no comparte esta opinión):

- La identificación de los posibles daños derivados de una conducta contraria a la competencia y su cuantificación mediante la recreación de uno o varios escenarios contrafactuales debe realizarse mediante uno o varios métodos científicos fundados en disciplinas como las matemáticas, la estadística, la investigación social o la economía y teoría económica. La propia Guía Práctica de la Comisión Europea y la Directiva de daños alertan sobre los efectos perniciosos que tiene en el mercado una sobrecompensación.

No obstante, algunos miembros del grupo de trabajo han manifestado discrepar con el último inciso del párrafo anterior al entender que el objetivo de la Guía Práctica y de la Directiva es el pleno resarcimiento, y pretende evitar tanto la sobre, como la infra compensación.

- La recreación de un escenario contrafactual que considere “*datos contrastables y no erróneos*”, formulando una “*hipótesis razonable y técnicamente fundada*” (sentencia del Tribunal Supremo en el caso del cártel del azúcar) no es una tarea sencilla, pero es abarcable y posible si se emplean expertos y la técnica adecuada, como sucede en otras muchas disciplinas en las que deben aplicarse criterios científicos y elaborarse informes periciales que se presentan ante Juzgados y Tribunales (medicina, ingeniería, arquitectura, contabilidad y finanzas). Realizar estos análisis requiere que los peritos tengan conocimientos previos en las áreas científicas antes identificadas, un cierto grado de experiencia en su aplicación, y el cumplimiento de ciertos estándares científicos.
- La recreación de un escenario contrafactual ajustado a criterios técnicos y científicos no puede ser sustituida por la aplicación de porcentajes de promedios de daños recogidos en la literatura científica. Cada infracción de las normas de competencia deberá ser analizada en el contexto

⁶¹ Véase la pág. 42 del Borrador.

del mercado afectado, siendo posible un análisis de los efectos de la infracción en el mercado, sin perjuicio de la adaptación de dicho análisis al caso concreto del demandante.

En este sentido, algunos miembros del grupo de trabajo sugieren citar los párrs. 8 y 9 de la Guía Práctica de la Comisión Europea en lo que se refiere a los principios de efectividad y proporcionalidad.

- Todos los estudios sobre daños coinciden en señalar que existen conductas que son más proclives que otras a generar daños, pero en todo caso, se trata de probabilidad y posibilidades. Esta probabilidad no sustituye la realidad que sucede en cada caso, que es lo que está sometido a la pericia económica de las partes, y debe acreditarse. De este modo, el que una conducta tenga menos probabilidades de generar un daño no significa que no lo haya generado, si se acredita que existe una teoría del daño plausible y que se ha producido el daño. Del mismo modo, el que desde un plano teórico un tipo de conductas contrarias a las normas de competencia sean más proclives a generar daños, no impide, como confirma la teoría económica, la posibilidad de que esa conducta analizada en concreto no cause daños, o que casos concretos dentro de una misma conducta no hayan sufrido daño alguno. Desde un punto de vista de teoría económica, la posibilidad de que una conducta anticompetitiva no haya tenido efectos en los precios o en las ventas, no puede descartarse y la literatura científica, así como la Guía Práctica de la Comisión Europea y el Informe Oxera de 2009 destacan esa posibilidad y, hasta señalan la posibilidad de que esos casos no hayan sido adecuadamente recogidos en dichos estudios. Con o sin presunciones legales de daños, habrá que analizar en cada caso qué datos arrojan los informes económicos de las partes, si estos se basan en métodos adecuados o no y si rebaten las presunciones o no; pero *a priori* no debería negarse la posibilidad de que una conducta restrictiva pueda no generar daños.

No obstante, algunos miembros del grupo de trabajo han manifestado su discrepancia con el último inciso por entender que es una cuestión jurídica sobre la que la CNMC no debería pronunciarse, en particular, con relación a los cárteles.

- Existen distintos métodos para la cuantificación de los efectos de una infracción. La elección de una concreta metodología debe ser justificada en función de los hechos del caso y las circunstancias del mercado. En general, la selección de un método y su concreta aplicación deberá considerar:
 - el sector y el mercado afectado;
 - la selección, conforme a la Teoría Económica, de las variables más apropiadas y la definición del escenario contrafactual;
 - la calidad, presentación y tratamiento de los datos; y
 - la proposición y explicación de las concretas técnicas de contraste o análisis empleadas por el analista.

- El hecho de que unos determinados datos provengan del infractor no invalida *per se* la utilidad de esos datos para realizar un análisis de efectos de la conducta en el mercado. De hecho, es habitual que las autoridades de competencia consideren los datos económicos facilitados por los infractores en el marco de procedimientos administrativos.

Asimismo, algunos miembros del grupo de trabajo han destacado que es necesario tomar en cuenta todos los datos disponibles, así como su fiabilidad y cómo han sido recopilados, según las circunstancias de cada caso concreto.

- Dentro de los métodos comparativos, la principal ventaja de las comparaciones diacrónicas, que son las que más se emplean, es que las mismas se realizan con el mismo producto a lo largo del tiempo. La Guía Práctica de la Comisión Europea ha reconocido la utilidad de este método con independencia de la duración de la infracción o las posibles cuestiones que puedan plantearse respecto al comienzo o terminación de la infracción.

A este respecto, algunos miembros del grupo de trabajo han puesto de manifiesto que la Guía Práctica reconoce la utilidad, condiciones, y posibles problemas, de varios métodos y no sólo del diacrónico.

- En cualquier caso, la elección de uno u otro método de cuantificación dependerá de los datos disponibles, el mercado afectado, la comparabilidad existente entre el escenario real y el contrafactual y la teoría del daño que, desde un punto de vista económico, haya sido formulada por el analista.
- La valoración de un método de cuantificación de daños deberá hacerse en función de la calidad de los datos, su tratamiento por el perito y la técnica empleada en el tratamiento de los datos y en la aplicación de las técnicas estadísticas, a la vista de las siguientes consideraciones:
 - La representatividad y aleatoriedad de los datos obtenidos y empleados y un tratamiento conforme a las características del mercado y de los productos y servicios.
 - Un buen entendimiento del mercado y una correcta formulación de una teoría del daño desde un punto de vista económico.
 - La transparencia en el tratamiento de la información base y en las técnicas empleadas.
 - Los modelos sobre los que se asiente la estimación deberán ofrecer unos resultados estadísticamente satisfactorios y, además, estar correctamente planteados desde el punto de vista de la Teoría Económica (esto es, las relaciones entre variables económicas que sustenten dichos modelos deben tener fundamento en la Teoría Económica). La robustez de los resultados se mide mediante la técnica de mostrar cómo cambios menores en los supuestos del modelo empleado no dan lugar a cambios muy significativos en los resultados.

5. COMENTARIOS SOBRE EL ANEXO 1 - CONTEXTO JURÍDICO SOBRE REPARACIÓN DEL DAÑO Y SU CUANTIFICACIÓN

5.0 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANEXO 1

Como punto de partida, y sin desmerecer por ello los comentarios que sobre esta sección realizan otros miembros de la asociación, **la mayoría de los miembros del grupo de trabajo plantean la posibilidad de que se suprima el Anexo 1 del Borrador, toda vez que su contenido es fundamentalmente jurídico.** Así, quienes están a favor de su supresión consideran que, si bien es muy loable la intención de la CNMC de dotar de cierto contexto jurídico a las explicaciones y valoraciones económicas que contiene la Guía, en la medida en que ésta se dirige precisamente a nuestros jueces y tribunales, no es preciso ilustrarles en el contenido jurídico de las nuevas disposiciones de la LDC. En este punto, el Anexo 1 contendría en varios aspectos valoraciones jurídicas sobre la aplicación e interpretación de la LDC, que además de estar algunas de ellas sometidas a debate jurídico ante los propios tribunales nacionales y el TJUE (por ejemplo, sobre la interpretación de la aplicación retroactiva de varias disposiciones de la Directiva o del ámbito de la estimación judicial de los daños), posiblemente alejan a la CNMC del objetivo principal de la Guía. Este objetivo, según se apunta en la pág. 5 del Borrador, consiste en: *“informar sobre los criterios para la cuantificación de indemnizaciones en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia”*. Muy probablemente, para poder informar sobre estos criterios no es preciso entrar en aspectos jurídicos de cómo se interpreta o puede interpretarse la LDC o aspectos jurídicos de otra índole que no inciden en la evaluación de qué métodos y criterios de cuantificación de indemnizaciones son los más adecuados en cada caso. En un documento de esta naturaleza, este Anexo se debería limitar, en todo caso, a transcribir las disposiciones normativas. Sin perjuicio de lo indicado, se incluyen a continuación comentarios específicos a esta sección.

5.1 CAMBIOS EN LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS ENMARCADOS EN LA LDC

Con respecto a este apartado, tal y como se apuntó en los comentarios sobre la Introducción del Borrador de Guía, el sentir general es que no se considera adecuado que la CNMC realice valoraciones sobre el impacto de la Directiva de daños en el régimen civil español, incluida la cuestión sobre el nexos causal entre la infracción y el daño que se alega, que se menciona más adelante en la pág. 54 del Borrador.

Más específicamente, creemos importante recalcar que la normativa que transpuso la Directiva de daños⁶² no ha creado un nuevo “procedimiento”. Esta afirmación no es correcta ya que, antes de la transposición de la Directiva, ya existía (y existe) la posibilidad de reclamar daños en esta materia con base en el artículo 1.902 del CC. Así, el Real Decreto 9/2017 simplemente estableció ciertas características o modificó algunos aspectos de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del CC cuando se basa en una infracción de Derecho de la competencia (como, por ejemplo, la prescripción, el *dies a quo*, etc.).

⁶² Véase el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (“Real Decreto 9/2017”).

Asimismo, se propone la eliminación de la expresión “*lo que no siempre suponía una solución satisfactoria para los afectados*”, pues se trata de una apreciación subjetiva que no necesariamente está fundada en datos objetivos. En este sentido, la satisfacción de las partes no depende del tipo de acción que se ejercite sino de las herramientas o mecanismos jurídicos disponibles para que el derecho a la tutela judicial efectiva de ambas partes en su doble vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho, se garantice. Sin perjuicio de lo anterior, algunos miembros de la asociación coinciden en que antes de la transposición de la Directiva, las herramientas jurídicas disponibles para garantizar la plenitud y efectividad de la tutela judicial efectiva en supuestos de daños sufridos por infracciones de Derecho de la competencia eran más limitadas.

5.2 LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS

En cuanto al primer párrafo de este apartado, varios miembros de la asociación sugieren que se refuerce la idea de que si se resarce al afectado por un sobre coste que éste ha repercutido a un tercero (artículo 78 de la LDC), se estaría produciendo un enriquecimiento injusto del demandante. En este sentido, se considera apropiado incluir alguna referencia a la jurisprudencia del TJUE que permite a los ordenamientos nacionales y a los jueces adoptar medidas para evitar este tipo de situaciones. Según esta jurisprudencia, el Derecho de la UE “*no impide que los tribunales nacionales adopten medidas para garantizar que la protección de los derechos garantizados por el Derecho [de la UE] no suponga un enriquecimiento injusto de quienes los disfrutan*”⁶³. Adicionalmente, el TJUE también se ha pronunciado sobre los criterios para la realización de este tipo de análisis de repercusión del daño en otros ámbitos⁶⁴. Por otra parte, al margen de la escueta referencia que se hace en el anexo a este párrafo del artículo 78 de la LDC, el Anexo 1 no examina cómo se ha regulado en la LDC la repercusión del daño por lo que sugieren que, de mantenerse el Anexo, se analice la cuestión con más detalle y su interacción con los artículos 78 y 79 de la LDC.

Seguidamente, en el segundo párrafo de este apartado se establece que “*las reclamaciones de daños de este tipo pasan a regirse enteramente por la LDC, quedando la legislación civil en un segundo plano*”. Con respecto a esta frase, los miembros de la asociación proponen reconsiderar su redacción, pues no es del todo precisa. Así, lo correcto sería señalar que, tras la trasposición de la Directiva, las cuestiones sustantivas de las reclamaciones pasan a estar reguladas por la LDC, si bien las cuestiones procesales siguen estando reguladas por la LEC. Por tanto, la LEC no pasa a un segundo plano. Es más, en cualquier caso, se debería tener en cuenta que la propia LDC es legislación civil en lo que respecta al Título VI. Un miembro de la asociación también apunta que en todo caso está pendiente que el TJUE se pronuncie sobre el carácter procesal o sustantivo de alguna disposición de la Directiva y,

⁶³ Véanse, en particular, el asunto C-238/78 *Ireks-Arkady contra Consejo y Comisión* [1979], apartado 14; asunto C-68/79 *Just* [1980], apartado 26; asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98 *Michailidis* [2000], apartado 31; asunto C-453/99 *Courage* [2001], apartado 30; y asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 *Manfredi* [2006], apartados 94 y 99.

⁶⁴ Véase el resumen de las opiniones de abogados generales y de las sentencias del TJUE incluido en el Estudio de *Passon*, párrs. 52 - 62.

consecuentemente, de si la clasificación que ha realizado el legislador español de las normas sustantivas y de las procesales es conforme a Derecho de la Unión (asunto C-267/20).

Por otro lado, con respecto a lo expresado por la CNMC en relación con el plazo de prescripción de la acción, algunos miembros apuntan que sería conveniente establecer que, en función de cuándo hayan ocurrido los hechos de los que trae causa la infracción, hay reclamaciones a las que aplica lo previsto en el CC, mientras que en otras resulta aplicable la LDC en la redacción dada por el Real Decreto 9/2017. No obstante, habría que aclarar que el *dies a quo* en ambos casos se fija en la fecha en la que el agraviado tuvo conocimiento de la infracción, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵; si bien es cierto que el artículo 74.2 de la LDC detalla además qué circunstancias debe conocer el afectado para considerar que el *dies a quo* ha empezado a correr, y que también resultan de esa jurisprudencia. En todo caso, cómo se interpreta el cómputo del *dies a quo* y la aplicación retroactiva de los plazos de prescripción son cuestiones que están actualmente abiertas a debate ante nuestros tribunales y los de la UE; de manera que la opción más aséptica sería indicar de forma muy escueta que la LDC, cuando resulte de aplicación en este punto, amplía el plazo de prescripción que existía anteriormente a un plazo de cinco años desde que se tuvo conocimiento de la infracción.

Por otra parte, un miembro del grupo de trabajo de la asociación sugiere eliminar la expresión que a continuación se subraya: “*el plazo de prescripción de la acción ha aumentado considerablemente, ya que el art. 1968 CC concedía un año al agraviado para el ejercicio de la acción de reclamación desde el conocimiento de la infracción, lo que en ocasiones resultaba difícil*”. Concretamente, señala que esta expresión es subjetiva y no debería quedar recogida en la Guía. En la misma línea, otro miembro apunta que dicha expresión podría no ser completamente correcta considerando la facilidad para interrumpir el plazo de prescripción en el sistema jurídico español.

5.3 DECISIONES FIRMES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

Sobre este apartado, cabría realizar una serie de precisiones sobre algunas de las afirmaciones que se recogen en el mismo.

En primer lugar, algunas referencias a la sentencia núm. 651/2013 del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013, dictada en el caso del cártel del azúcar deberían ser corregidas o matizadas (siempre y cuando se mantengan tales referencias en la Guía definitiva. Así, el Borrador afirma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo “*ya reconoció que la infracción del Derecho de la competencia, interpuesta por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y confirmada posteriormente por la Audiencia Nacional, era vinculante para el juez civil*”⁶⁶. En realidad, el Tribunal Supremo se refiere al efecto de cosa juzgada y a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este extremo, según la cual “*esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser*

⁶⁵ Véase, por todas, la sentencia núm. 528/2013 del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 2013.

⁶⁶ Véase la pág. 53 del Borrador.

*motivada*⁶⁷.

Por otro lado, se propone eliminar la expresión “actualmente” que aparece en el segundo párrafo del apartado (“actualmente ya no sería necesaria la firmeza de la resolución de la autoridad de la competencia en la vía judicial, sino que sería suficiente la firmeza en la vía administrativa para acreditar la existencia de la conducta prohibida en el marco del procedimiento civil”). En este sentido, antes de la trasposición de la Directiva, si una resolución era firme en vía administrativa, ya desplegaba plenitud de efectos y tenía ejecutoriedad (*vid.* artículo 98.1.a) de la Ley 39/2015⁶⁸). Por tanto, resulta impreciso advertir de una novedad que no sería tal.

Asimismo, en lo que respecta al fragmento transcrito en el párrafo anterior, aclararíamos en el cuerpo de la Guía que la firmeza administrativa se refiere a aquellas resoluciones administrativas no recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (tal y como se explica en la nota al pie 49). No obstante, conviene señalar que algunas consideraciones recogidas en la nota al pie 49 no se ajustan a la jurisprudencia europea establecida en el asunto *Masterfoods* (sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2000). Así, en el último párrafo de la nota al pie 49 se establece que:

“Además, ni este artículo, ni la propia Directiva regulan el efecto que tendrían las resoluciones no firmes para los jueces civiles. En tal caso, parece razonable considerar que, mientras estas resoluciones no pueden constituir una prueba irrefutable sobre la existencia de la infracción del Derecho de la competencia, sí pueden constituir una prueba cualificada frente a la que cabría, no obstante, prueba en contrario”.

Sin embargo, conforme a la sentencia del TJUE en el asunto *Masterfoods*, si la decisión ha sido impugnada o recurrida ante los tribunales de la Unión Europea, el procedimiento debe suspenderse hasta que se dicte una resolución definitiva en el recurso, tal y como se explica en el apartado 57 de la sentencia:

“Cuando la solución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la Decisión de la Comisión, de la obligación de cooperación leal se desprende que, para evitar dictar una resolución incompatible con dicha Decisión, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la Decisión de la Comisión”.

Además, sugerimos insistir, en línea con el segundo párrafo de la nota al pie 49, que únicamente existe efecto vinculante de una decisión firme en lo que se refiere a la existencia de infracción, pero no sobre el resto de aspectos, como la causalidad, el daño y su cuantificación. En consonancia con lo anterior, también convendría aclarar que cuando una decisión de la Comisión Europea o de la CNMC analiza los efectos potenciales o reales sobre el comercio entre los Estados miembros, lo hace con el único fin de

⁶⁷ Véase, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2003, de 25 de febrero.

⁶⁸ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“**Ley 39/2015**”).

verificar que el artículo 101 del TFUE resulta de aplicación y no implica la declaración de ningún daño real o de efectos negativos sobre la competencia⁶⁹. Ello es importante, porque la confusión de ambos conceptos puede poner en peligro la correcta aplicación de la política de clemencia y los incentivos de colaboración de las empresas si los jueces interpretan erróneamente que la admisión de la participación en una conducta que puede afectar al comercio intracomunitario necesariamente entraña admitir que la conducta ha tenido efectos en los precios y causado daños indemnizables a terceros.

Por último, algún miembro del grupo también considera que, de mantenerse en la Guía consideraciones sobre el alcance de la firmeza de las decisiones, es relevante apuntar que el carácter vinculante de una decisión, lo sería solo respecto de la constatación de la infracción y no de los pronunciamientos de archivo o sobreseimiento sobre otras conductas, que hubieran sido también objeto del expediente⁷⁰. Entiende este miembro que dicho apunte es relevante en la medida en que las otras infracciones podrían acreditarse en la vía civil. Sin embargo, otro miembro no está de acuerdo con este comentario⁷¹.

5.4 LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA

Como comentario general, los miembros del grupo de trabajo de la asociación consideran que en este apartado se podría hacer referencia a que con la responsabilidad solidaria propia, las actuaciones de interrupción de la prescripción beneficiarán al demandante respecto de todos los obligados solidarios y no sólo respecto de los que hubieran realizado la actuación de interrupción (artículo 1.974 del CC).

Por otro lado, como comentarios específicos, se señala en primer lugar que la referencia a “Brokkeman, 2020” incluida en la nota al pie 51 no está incluida en la bibliografía, de manera que tendría que añadirse en la Guía definitiva.

Asimismo, se propone reconsiderar la redacción del segundo párrafo de este apartado, que se reproduce a continuación, por existencia de imprecisiones técnicas:

“Por tanto, como consecuencia de la transposición de la Directiva de daños se establece por ley una responsabilidad solidaria y conjunta de todos los responsables de una infracción de Derecho de la competencia, mientras que previamente, la solidaridad (impropia) se establecía en virtud de la sentencia y únicamente respecto a aquellos demandados contra los que el demandante”

⁶⁹ En este sentido, véase la respuesta de la Comisión Europea a la pregunta parlamentaria E-001926/2021 y la conveniencia de evitar que los jueces confundan como sucede bastantes veces el requisito de “afectación” al comercio intracomunitario, que es exigible para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, y que la conducta haya tenido realmente efectos en el mercado o que estos efectos se hayan traducido en daños para la competencia.

⁷⁰ Véase, sobre “declaraciones negativas”, la Sentencia de 25 de noviembre de 2014, asunto T-402/13, *Orange/Comisión Europea*, párr. 30.

⁷¹ Nótese a este respecto que la sentencia citada en la nota anterior solo se refiere a la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE por las autoridades nacionales de competencia, entendiéndose el Tribunal General que las declaraciones de inexistencia de vulneración de los referidos artículos están reservadas a la Comisión. Por tanto, puede cuestionarse que el mismo razonamiento pueda extenderse a las decisiones de la Comisión. Asimismo, en lo que se refiere a las decisiones de archivo de la CNMC de infracciones de, exclusivamente, los artículos 1, 2 y 3 LDC, puede además ser relevante considerar los motivos que han llevado a la CNMC a archivar una conducta. No obstante, el alcance vinculante de estos motivos y del archivo o sobreseimiento no es una cuestión pacífica.

hubiera dirigido la acción por la vía judicial".

Así, antes de la transposición de la Directiva de daños, la responsabilidad era solidaria, si bien en sentido impropio. Es decir, dicha solidaridad se desprendía del contexto de la obligación, de la naturaleza del acuerdo, de la relación entre las partes o del conjunto de antecedentes o circunstancias que determinaban que los sujetos hubieran querido que la obligación fuera solidaria. La solidaridad además la determinaba el juez en su sentencia, no se establece *ex-lege*.

Por otro lado, el Borrador incluye en su nota al pie 52 los criterios que a juicio de la CNMC deberían tomarse en cuenta a la hora de valorar la responsabilidad relativa de los infractores por el perjuicio causado, en un escenario de acción de repetición. Sin embargo, el establecimiento de los criterios no le corresponde a la CNMC, sino a la legislación nacional, como recuerda el considerando 37 de la Directiva de daños. Por dicho motivo se propone su eliminación o, en su caso, al menos que se aclare que los criterios mencionados no son más que ejemplos de aspectos a tener en cuenta a la hora de analizar la responsabilidad individual (relativa) de un infractor. En cualquier caso, varios miembros de la asociación apuntan que la CNMC no debería tampoco dar ejemplos, siendo preferible su eliminación.

Por último, con respecto a lo que se recoge en la nota al pie 53 sobre los privilegios para los beneficiarios del programa de clemencia, conviene aclarar que, según el artículo 73.4 de la LDC, el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la responsabilidad solidaria sólo comprende al beneficiario de la exención del pago de la multa en el marco del artículo 65 de la LDC ("*Exención del pago de la multa*") y no a otros beneficiarios del programa de clemencia, como los que se benefician de una reducción del importe de la multa en el marco del artículo 66 de la LDC ("*Reducción del importe de la multa*"). En efecto, el citado artículo 73.4 de la LDC sólo prevé esta excepción en relación con los "*sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia*" y no cubre, por tanto, la situación en la que sólo se ha concedido una reducción del importe de la multa en virtud del artículo 66 de la LDC.

Además, también debería explicarse que el beneficiario, en principio, sólo es responsable frente a sus compradores y proveedores directos e indirectos. Sin embargo, será responsable solidario frente a otros perjudicados en el caso de que no se pueda obtener la indemnización completa de los otros infractores.

5.5 LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

En primer lugar, como comentario general sobre este apartado, un miembro del grupo de trabajo señala que es importante poner de manifiesto que la LEC carece de un mecanismo específico de nombramiento de experto independiente con *expertise* suficiente para analizar asuntos complejos del que pudieran valerse el juez y las partes para la cuantificación del daño. En este sentido, apunta que se trata de una figura muy presente en otras jurisdicciones (por ejemplo, en los Países Bajos, Alemania y Reino Unido), que la LEC, a día de hoy, no contempla.

Asimismo, varios miembros del grupo apuntan que sería conveniente que la explicación del régimen jurídico relativo a la carga de la prueba y a la cuantificación de los daños estuviera en un párrafo

independiente y, por tanto, separado de aquel en el que se explique la presunción de daños en los casos de cártel. Concretamente, propone la siguiente redacción:

“El artículo 76 de la LDC establece que la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia corresponde al demandante. El demandante deberá probar la existencia del daño, la cuantía del mismo y la relación de causalidad entre la infracción y el daño alegado.

No obstante, se presume, salvo prueba en contrario, que los casos de cártel provocan daños (artículo 76.3 de la LDC). Ello no significa, sin embargo, que el demandante no tenga que probar la cuantía del daño alegado y la relación de causalidad entre la infracción y el daño alegado”.

Además, señalan que también sería adecuado incluir que, bajo el régimen tradicional del artículo 1.902 del CC, y conforme a la jurisprudencia previa a la adopción del Real Decreto 9/2017, no existe una presunción de daño que se derive automáticamente de los casos de cártel, ni siquiera como consecuencia de la jurisprudencia de los tribunales de la UE, si bien esta es una cuestión que está siendo actualmente debatida ante nuestros tribunales para casos de cárteles que tuvieron lugar antes de la adopción de la Directiva pero sancionados tras su adopción y antes de su transposición a derecho nacional.

Por otro lado, en cuanto a la estimación judicial, la nota al pie 54 del Borrador apunta que:

“Se dispensa así al demandante de la obligación recogida en el art. 219 LEC de, en la demanda, cuantificar exactamente el importe reclamado o, al menos, fijar claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética cuando se reclame judicialmente una cierta cuantía.

[...]”.

No obstante, algunos miembros del grupo de trabajo de la asociación consideran que, conforme al artículo 76.2 de la LDC (cuando este sea de aplicación *ratione temporis*), el juez puede estimar la cuantía de la reclamación de daños y perjuicios si se acredita que, (i) el demandante sufrió daños y perjuicios (es decir, al menos, debe acreditarse que la teoría del daño es plausible), pero (ii) es prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión a partir de las pruebas disponibles. Por tanto, el Real Decreto 9/2017 no ha modificado el artículo 219 LEC, de manera que los demandantes siguen estando obligados a cuantificar la cuantía de la reclamación o a establecer las bases sobre las que debe realizarse la liquidación. En este sentido, consideran que la función del juez no es la de suplir la falta de esfuerzo probatorio del demandante ni tampoco sustituir por su propia estimación la realizada por las partes si éstas han podido cuantificar el daño con pruebas disponibles. Si la cuantificación con las pruebas disponibles le parece errónea, debería desestimar la reclamación o ajustarla conforme a la sana crítica, como han hecho tradicionalmente los tribunales, pero no sustituir plenamente la estimación realizada por las partes con datos que objetivamente permiten realizar una estimación (aunque ésta sea difícil) por la suya propia, totalmente desapegada de los datos y pruebas disponibles.

En consecuencia, varios miembros del grupo entienden que la concesión de esta facultad específica a los tribunales para la estimación de la indemnización no exime al demandante del cumplimiento de los requisitos legales del escrito de demanda contenidos en la LEC (entre los que se encuentra la necesidad de cuantificar con exactitud la indemnización solicitada), ni puede tener tal efecto, dado que la imposibilidad o la extrema dificultad de cuantificar los daños o la indemnización surge o sólo puede ser valorada al final del proceso, una vez practicados todos los medios de prueba. De hecho, existen en este sentido resoluciones judiciales dictadas en el caso de los camiones en las que el órgano judicial rechaza acudir a la estimación judicial del daño, a causa de la ausencia de actividad probatoria de la parte actora⁷².

Por otro lado, algunos miembros de la asociación han apuntado que esta cuestión está siendo actualmente debatida ante los tribunales y no le compete a la CNMC pronunciarse sobre la misma.

Por tanto, también podría hacerse referencia en la Guía a que esta cuestión no está exenta de debate jurídico y que tanto nuestro Tribunal Supremo como el TJUE están analizando aspectos relevantes sobre el ámbito y límites de la facultad de estimación judicial sobre los que la CNMC no puede aventurarse a adelantar el resultado.

Para terminar con los comentarios sobre este apartado, en el último párrafo se establece que, en la sentencia del cártel del azúcar, el Tribunal Supremo “*sentó las bases para permitir a jueces y tribunales cuantificar el daño cuando no considerara lo suficientemente fundamentado la estimación de la cuantía de los daños por ninguna de las partes*”. Los miembros del grupo de trabajo de la asociación consideran que esta afirmación, tal y como está redactada, no es del todo correcta y puede llevar a confusión. Así, se da a entender que el Tribunal Supremo realizó *de facto* su propia estimación judicial del daño, de forma totalmente desapegada de las pruebas del expediente. Sin embargo, lo que hizo en realidad es acoger el informe pericial presentado por las demandantes al entender que contenía “*una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*” que, “*a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada*”⁷³. No se entiende, por tanto, que el Tribunal Supremo instaurara en la sentencia del cártel del azúcar una facultad para que el juez sustituya íntegramente la cuantificación del demandante o del demandado por la suya propia.

⁷² Véanse las sentencias núm. 324/2019, de 10 de diciembre y núm. 162/2020, de 15 de junio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia, las sentencias de 30 de junio de 2020, 7 y 14 de julio del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona, la sentencia núm. 129/21 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla de 1 de junio; la sentencia núm. 466/21 del Juzgado de lo Mercantil de Toledo, de 21 de junio; la sentencia núm. 151/21 del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 23 de junio; la sentencia núm. 130/21 del Juzgado de lo Mercantil 14 de Madrid, de 30 de junio; la sentencia núm. 95/21 del Juzgado de lo Mercantil de Teruel, de 5 de julio y la sentencia la sentencia núm. 96/21 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos, de 27 de julio. No obstante, los miembros del grupo de trabajo entienden que muchas de estas sentencias han sido apeladas.

⁷³ Véase el FJ 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013.

5.6 NOVEDADES PROCESALES DE ESPECIAL RELEVANCIA: REGULACIÓN DEL ACCESO A FUENTES DE PRUEBA

Sobre este apartado, los miembros del grupo de trabajo de la asociación realizan una serie de comentarios específicos. Así, en primer lugar, con respecto a lo establecido en el tercer párrafo⁷⁴, se apunta que es necesario incluir una referencia al artículo 283 bis a) 2 de la LEC, según el cual el tribunal puede ordenar la práctica de pruebas concretas o de categorías relevantes de pruebas, tan limitadas y restringidas como sea posible a la luz de los hechos razonablemente disponibles en la motivación.

Asimismo, se considera que debe hacerse referencia a los criterios que el tribunal debe tener en cuenta para establecer la proporcionalidad de la petición de acceso a la prueba, siguiendo el artículo 283 bis a) 3 de la LEC⁷⁵.

También habría que añadir que, en la medida en que la solicitud de acceso a fuentes de prueba incluya la divulgación de pruebas que obren en el expediente de la CNMC, las normas que regulan dicho acceso no deberían menoscabar la eficacia en la aplicación del Derecho de la competencia (por ejemplo, interfiriendo en investigaciones en curso, o cuando esté pendiente un recurso contra una resolución de infracción, socavando los incentivos para cooperar con la investigación o afectando al proceso interno de toma de decisiones de un organismo).

Además, un miembro de la asociación, reiterando lo que ya se apuntó en los comentarios sobre la Introducción del Borrador⁷⁶, indica que en la pág. 56 del Borrador la CNMC confunde el acceso a fuentes de prueba en manos de terceros con el acceso a documentos obrantes en el expediente administrativo cuando establece lo siguiente:

“En cuanto al acceso a pruebas en poder de un tercero, parece claro que el tercero más relevante podría ser la autoridad de competencia, ya que cuenta con datos, en el marco de un expediente, que podrían tener gran importancia para el demandante en una acción de daños.

⁷⁴ Véase el tercer párrafo del apartado “Novedades procesales de especial relevancia: regulación del acceso a fuentes de prueba”, en la pág. 55 del Borrador: “El procedimiento se rige por el principio de proporcionalidad y confidencialidad, exigiéndose, además, motivación suficiente con respaldo de hechos y pruebas que justifiquen la necesidad de acceso a aquella información que se solicita y que evite así, la búsqueda de información indiscriminada o fishing expeditions [...]”.

⁷⁵ Artículo 283 bis a) 3 de la LEC:

“El tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, el tribunal tomará en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. En particular, tendrá en cuenta:

- a) *la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;*
- b) *el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;*
- c) *el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial”.*

⁷⁶ Véase el segundo párrafo de la pág. 7 del Borrador: “También cabe destacar la habilitación para las partes de acceso a fuentes de prueba, que pudieran ser elementos en posesión tanto de la parte contraria como de la propia autoridad de competencia, para hacer una defensa más sólida de sus intereses e intentar así solventar el problema de la asimetría de información”.

[...].

Por tanto, esta cuestión debe corregirse en la Guía definitiva. Asimismo, señala este miembro del grupo de trabajo que sería oportuno desarrollar los criterios y mecanismos que puede ofrecer la CNMC para orientar mejor a los jueces sobre el acceso a fuentes de prueba que obren en manos de la CNMC (*i.e.*, el expediente), pues es un procedimiento que, en general, desconocen; especificando por ejemplo cómo la CNMC tramitará dichas peticiones, cómo abordará el tema de confidencialidad, etc. Otros miembros del grupo de trabajo, por el contrario, consideran que estos aspectos son eminentemente jurídicos, no económicos y ajenos al objetivo de la Guía, de modo que no deberían tratarse en ella.

Finalmente, los miembros del grupo de trabajo de la asociación entienden que la CNMC se refiere a la litigación en el caso de los camiones cuando declara que *“parece ser una práctica habitual en los procesos de reclamación de daños que el demandado dé acceso de forma voluntaria a cierta información (generalmente en fase de audiencia previa), esto sin previsiones legales “de control” ni reguladas específicamente, ya que en tales procedimientos aun no estarían operativo este nuevo mecanismo por ser de aplicación la anterior versión de la LEC”*. Pues bien, si este es el caso, la afirmación debe corregirse, ya que el artículo 283 bis de la LEC sí resulta de aplicación en los casos de los camiones.

6. COMENTARIOS SOBRE EL ANEXO 2 - RECOPIACIÓN DE LAS SENTENCIAS NACIONALES SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El grupo de trabajo reconoce la dificultad de conseguir todas las sentencias civiles en materia de Derecho de la competencia en España, así como información más precisa sobre la prueba pericial del daño y su práctica en el procedimiento. Por ello, se aplaude el intento por parte de la CNMC de realizar un resumen útil de las sentencias emitidas en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los miembros del grupo de trabajo han cuestionado la utilidad de este Anexo 2 al considerarlo incompleto y entender que pronto va a quedar desactualizado proponiendo, por tanto, su eliminación. En su lugar, algunos miembros han propuesto que la CNMC cree una base de datos en su página web, donde puedan consultarse las sentencias dictadas en esta materia, lo que permitiría acceder fácilmente a todas las sentencias (incluyendo aquellas de primera instancia que no siempre están disponibles en otros buscadores). Para ello, sería recomendable que la CNMC recuerde a los jueces y tribunales la obligación que tienen de comunicar las sentencias a la CNMC, en aplicación del artículo 212.3 de la LEC.

Adicionalmente, se plantean diferentes comentarios a este Anexo:

- Al igual que sucede con el apartado III.3 del Borrador, las horquillas de sobrepuestos medios que se incluyen en este anexo podrían erróneamente llevar a los jueces y tribunales a estimar el daño con base en las mismas o a rechazar cuantificaciones alternativas que se alejen de dichas horquillas.
- Para incluir un análisis completo, la tabla 1 de la pág. 65 del Borrador debería incluir los niveles mínimos de sobrepuesto que han considerado los tribunales, en lugar de limitarse solo a incluir los máximos.

- Se incluye un gran número de sentencias de primera instancia, la gran mayoría de las cuales han sido recurridas y podrían ser eventualmente anuladas en apelación. La inclusión de estas sentencias que no son firmes puede llevar a que los jueces y tribunales las tomen erróneamente como referencia perpetuando prácticas o interpretaciones que han sido posteriormente rechazadas.

7. COMENTARIOS SOBRE EL ANEXO 3 - MODELOS ECONOMETRÍCOS

El Borrador de la Guía incluye un anexo de carácter técnico que resume conceptos econométricos y estadísticos.

Con carácter general, el grupo de trabajo coincide en que se trata de un capítulo ambicioso, que plasma muchos conceptos complejos, y que puede ser útil porque se repasan algunas nociones relevantes en el análisis empírico aplicado a la estimación de daños.

Sin embargo, en el contexto de una Guía cuyo objetivo declarado es “*ofrecer un marco de análisis a los jueces y tribunales*”⁷⁷, se observa que es un anexo muy técnico que puede resultar difícil de entender para sus destinatarios. Condensa mucha información, con un lenguaje muy técnico, a veces con explicaciones que, por limitaciones de espacio, son quizá en algunos casos algo escuetas o no del todo precisas, y no siempre se les dedica a los asuntos un espacio proporcional a su relevancia o a lo problemáticos que resultan en la práctica. Ello podría limitar su utilidad desde la perspectiva de los jueces.

Preocupa además que, por las limitaciones de espacio inherentes en un documento de este tipo, la Guía obvie metodologías establecidas y que ello impida aplicarlas si jueces y tribunales consideran que solo son válidos los métodos descritos en ella.

Quizá sería útil que (i) el anexo se centrara en los temas de más relevancia práctica, (ii) se incluyera uno o varios ejemplos prácticos con los que guiar al lector sobre las cuestiones a examinar y (iii) tratar de explicar los conceptos en un lenguaje algo más intuitivo. Por ejemplo, la definición de lo que es un modelo de regresión simple y múltiple del anexo se podría acompañar de una explicación de en qué consiste “estimar” el modelo, incluso con un análisis gráfico, antes de introducir conceptos más complejos.

A continuación se realizan observaciones en cada uno de los epígrafes del Anexo 3.

7.1 ASPECTOS GENERALES

En este apartado del Anexo se describe en qué consiste el método de regresión y se hacen algunas consideraciones generales al respecto, sobre las que el grupo de trabajo tiene las siguientes sugerencias.

- El Borrador afirma que “*en términos generales*” los resultados serán más robustos “*cuanto mayor sea el número de facetas de la realidad que capture la ecuación (mediante la inclusión de variables explicativas relevantes)* y *cuanto mayor sea el número de observaciones*”⁷⁸. Sin embargo, convendría matizar esta afirmación, porque (i) el problema de omisión de variables

⁷⁷ Véase la pág. 4 del Borrador.

⁷⁸ Véase la pág. 69 del Borrador.

relevantes se suele vincular con los sesgos de las estimaciones, en lugar de con la robustez del modelo, y (ii) no se puede que afirmar con carácter general que por contar con más observaciones un análisis sea más robusto que otro, sino que depende de la variabilidad en los datos y de otros aspectos del análisis que hay que analizar caso a caso.

- La nota al pie 71 indica: *“es importante subrayar la inclusión de variables relevantes, especialmente en el caso de los informes periciales, que pueden tener interés en incorporar variables explicativas que en realidad no explican los cambios en la variable dependiente, pero sirven para reducir los efectos detectados por la variables explicativas verdaderas”*. Entendemos que se hace referencia a un problema de sobre-especificación del modelo. De ser así, se sugiere explicar en qué consiste este problema y cómo detectarlo.
- El Borrador incluye una nota a pie en la que explica la interpretación de los coeficientes en función de si las variables se encuentran en niveles o en logaritmos⁷⁹. Al respecto, sería útil que el documento describiese las implicaciones que tiene que las variables incluidas en el modelo se encuentren en logaritmos o en niveles (los modelos en los que tanto la variable explicada como las explicativas se expresan en niveles asumen que la relación entre la variable dependiente y las variables explicativas es lineal), así como unas recomendaciones generales que tengan como objeto aclarar cuando es más adecuado un modelo en niveles y cuando un modelo en logaritmos.

Así, por ejemplo, en el contexto de la estimación del sobrecoste si la variable explicada se expresa en niveles se asume que como consecuencia de la infracción los precios de todos los productos afectados han aumentado en la misma cuantía en términos absolutos (en euros). Por su parte, los modelos en logaritmos asumen que los precios de los productos afectados han aumentado en el mismo porcentaje, pero no necesariamente en la misma cuantía monetaria. Esto sugiere que una especificación del modelo en niveles puede ser más adecuada en mercados de productos homogéneos y con precios similares, mientras que los modelos en logaritmos son más apropiados para analizar los efectos de una infracción en mercados con productos heterogéneos y precios diferenciados.

7.2 SIGNIFICATIVIDAD ESTADÍSTICA

El Borrador de la Guía explica el concepto de significatividad estadística de los coeficientes y comenta la relevancia de la misma en el ámbito de la litigación, cuestiones que efectivamente merecen atención.

No obstante, se aprecian algunas imprecisiones que a juicio del grupo de trabajo convendría matizar:

- Se afirma que la significatividad estadística del 5% corresponde a una situación en la que *“hay una probabilidad igual o superior al 95% de que la relación entre las variables no sea causada por el azar o la coincidencia sino que exista un vínculo causal entre la variable independiente y la variable dependiente”*⁸⁰. Esta afirmación parece indicar que la significatividad estadística de

⁷⁹ Véanse las págs. 69 y 70 del Borrador.

⁸⁰ Véase la pág. 71 del Borrador.

un coeficiente demuestra que existe una relación causal entre la variable explicada y la variable explicativa de la que se trate. Sin embargo, esto no es así: un coeficiente puede ser estadísticamente significativo como consecuencia de la existencia de correlación entre dos variables, sin que la relación sea causal, sino, por ejemplo, derivada de otro factor no presente en el modelo. Por tanto, para evaluar si existe una relación causal entre ambas variables es necesario evaluar otros aspectos del modelo.

- El Borrador define el valor-p de la siguiente manera: *“Asumiendo que la hipótesis nula es verdadera, el valor-p indica la probabilidad de que la estimación sea igual o mayor que este mismo valor en concreto, actuando como punto de referencia”*⁸¹. Esta definición del valor-p es confusa y se debería aclarar. Quizá una forma menos técnica y más entendible para el juez sería indicar que, de forma simplificada, un p-valor de 0,10 implica que el coeficiente es significativo con una probabilidad del 90% (1-0,10).
- El Borrador sugiere que en ciertos casos puede ser adecuado flexibilizar el nivel de significatividad considerado⁸².
 - o Algunos miembros del grupo de trabajo consideran que esta explicación sobre el valor probatorio es algo escueta y echan en falta un posicionamiento por parte del Borrador al respecto de los casos en que esta cuestión puede ser más relevante. Por ejemplo, en aquellos casos en los que es plausible que la infracción no haya tenido efectos y los datos disponibles sean lo suficientemente ricos, la (ausencia de) significatividad estadística puede ser interpretada de forma muy distinta que en otros en los que la existencia de daño sea clara y la muestra de datos disponibles para el análisis, más limitada.
 - o Otros asociados expresan su preocupación por esta cuestión, y proponen que se matice, o en su defecto, se elimine este punto, puesto que consideran que podría generarse cierta arbitrariedad en el uso de los niveles de significatividad en los distintos casos. Sugieren que se indique hasta qué límite se debe flexibilizar el nivel de significatividad, y aprecian que no parece razonable que el nivel de significatividad se relaje más allá del 10%.

7.3 CUIDADOS METODOLÓGICOS

Este apartado del Anexo incluye una breve descripción de algunos de los aspectos de la modelización que pueden requerir atención para evaluar la fiabilidad de un modelo econométrico.

El grupo de trabajo considera que este apartado puede dar lugar a una cierta confusión, porque se les presta la misma atención a aspectos fácilmente solucionables y que en la práctica no merecen especial cuidado que a otros mucho más relevantes. Además, en algunos casos, las soluciones propuestas obvian

⁸¹ Véase la pág. 71 del Borrador.

⁸² Véanse las págs. 71 y 72 del Borrador.

desarrollos metodológicos y existe un cierto riesgo de que los tribunales consideren que métodos válidos y estándar no sean admitidos como válidos por no aparecer mencionados en la Guía.

En cuanto a los aspectos concretos que se mencionan:

- **Importancia de la homocedasticidad y la heterocedasticidad:** Se observa que no aparece mencionada la solución que suele ser más habitual, que es el uso de errores estándar Huber-White, robustos a este problema.
- **Autocorrelación:** En la práctica, este problema es particularmente relevante en el contexto de la cuantificación dentro de los métodos comparativos, por ejemplo, en la comparación temporal, como consecuencia de que la variable “infracción” está muy correlacionada a lo largo del tiempo. Se considera que sería más intuitivo, desde la perspectiva de los jueces, explicar este concepto mediante ejemplos y aplicaciones prácticas de estos conceptos y hacer referencia a la solución habitual, que es el *clustering* de los errores estándar.
- **Endogeneidad:** Como con otras cuestiones, puede ser útil incluir ejemplos y aterrizar los conceptos a su aplicación práctica, para hacerlos algo más intuitivos y cercanos a las situaciones en las que el juez va a tener que evaluarlas, en lugar de hacerlo de una forma abstracta. En efecto, en el contexto de la estimación de daños, preocupa fundamentalmente si la variable de interés (la existencia de infracción) es endógena (por ejemplo, si en una comparación temporal el cártel se forma como consecuencia de una caída en los precios, o si en una comparación geográfica el cártel afecta precisamente a mercados en los que los precios son más bajos o más altos que los usados como término de comparación, por factores distintos de la infracción y que no se pueden observar o medir). Explicarlo en este contexto puede facilitar su comprensión.
- **“Multicolinealidad”:** Se omiten de la discusión herramientas habituales, como el estadístico *Variance Inflation Factor*, o la inspección de la matriz de correlaciones entre los coeficientes. También un indicador de problemas de multicolinealidad es que los coeficientes sean muy sensibles a cambios menores en la especificación.
- El Borrador de la Guía propone la **exclusión de variables como solución a distintos problemas** (por ejemplo, del problema de **multicolinealidad** o **heterocedasticidad**). En concreto:
 - o Se menciona la posibilidad de excluir aquellas variables que se encuentren correlacionadas con el objeto de eliminar la **multicolinealidad** del modelo⁸³. A este respecto, cabría matizar que no siempre es deseable la exclusión de variables correlacionadas, cuya exclusión puede generar sesgos en los resultados.
 - o Se menciona la eliminación de las variables que causan **heterocedasticidad** como una posible solución a este problema⁸⁴. Al igual que en el punto anterior, sería necesario

⁸³ Véase la pág. 76 del Borrador.

⁸⁴ Véase la pág. 74 del Borrador.

matizar esto. Así, la exclusión de variables relevantes puede generar sesgos en los resultados del modelo.

- Adicionalmente, el documento de la CNMC también menciona la inclusión de variables ficticias como una solución al problema de la heterocedasticidad⁸⁵. Al respecto, sería conveniente especificar el tipo de variables ficticias que se deberían incluir en la regresión para solucionar este problema. Lo mismo ocurre en el caso de la autocorrelación⁸⁶.
- **“Bondad del ajuste”**: Se afirma que *“el modelo será tanto mejor, cuanto más cerca esté [el R²] de uno”*⁸⁷. El Borrador menciona, además, el *“estadístico, F o test de significatividad (Prob > F), basado en el análisis de varianza que permite contrastar si los coeficientes son significativamente diferentes de cero y si explican en su conjunto las variaciones de la variable dependiente”* y parece sugerir que cuanto mayor sea este, mejor el modelo, dado que *“a un valor alto de **R²** le corresponderá un valor alto de F, que significará que, en su conjunto, las variables independientes explican las variaciones de la variable dependiente.”*

Esta afirmación, hecha de forma tan general, no es correcta.

- No es cierto que los resultados de un modelo con un R² (o una F) superior sean más fiables o robustos que los de un modelo con un R² inferior. El R² depende de factores como el nivel de agregación de los datos, la forma de representar las variables (en términos absolutos o en tasas de crecimiento), el número de variables incluidas en el modelo y las interacciones entre ellas. Así, por ejemplo, el R² de una regresión puede ser menor cuando se utilizan datos altamente desagregados o la variable dependiente se encuentra definida en tasa de crecimiento y, por el contrario, es posible elevarlo incluyendo interacciones, sean o no éstas necesarias para la cuantificación.
- El R² mide la proporción de la variabilidad de la variable de interés que queda recogida por las variables incluidas en el modelo. Al respecto, es posible que dos variables presenten un alto nivel de correlación, pero que sin embargo no se encuentren relacionadas entre sí (este tipo de correlación es denominado correlación espuria). Por tanto, es posible que un modelo presente un elevado R² a pesar de que no incluya las variables relevantes.
- De hecho, el objetivo de maximizar el R² o la F puede conducir al problema de sobre-especificación que se critica en la nota al pie 71 del Borrador de la Guía.
- El objeto de los modelos econométricos empleados en la cuantificación, al menos los basados en el enfoque de “variables dummy” no es lograr explicar por completo la varianza en los precios, sino aislar el efecto de la infracción de otros factores que se

⁸⁵ Véase la pág. 74 del Borrador.

⁸⁶ Véase la pág. 75 del Borrador.

⁸⁷ Véase la pág. 77 del Borrador.

pueden confundir con ella. Este objetivo no tiene por qué coincidir con el de la maximización del R^2 o de la F.

- **Tamaño de la muestra:** El borrador aclara (correctamente) que (i) el número de observaciones debería reflejar la heterogeneidad de los individuos de la muestra, y (ii) que “*no existe una respuesta categórica con respecto al número de observaciones necesarias ya que ello principalmente depende de la dispersión (varianza) de las variables dependientes*”⁸⁸. A pesar de ello, el Borrador muestra un ejemplo de cómo estimar el tamaño de la muestra para un determinado conjunto de datos utilizando únicamente: (i) probabilidad de error tipo I, (ii) probabilidad de error tipo II, (iii) varianza de la variable dependiente, (iv) valor medio de la variable en el grupo de tratamiento, y (v) valor medio de la variable en el grupo de control⁸⁹. Como el apartado termina con este ejemplo, y como el Borrador no es concluyente ni claro a la hora de reflejar los puntos (i) y (ii) al comienzo del apartado, da la impresión de que el efectivamente recomienda este método para valorar el tamaño de la muestra. Sugerimos su eliminación para evitar malentendidos.

7.4 MÉTODOS DE ESTIMACIÓN

En este apartado se describen algunos de los métodos de estimación disponibles para “afrontar los potenciales problemas” y asegurarse de producir estimadores “eficientes y consistentes”.

El grupo de trabajo observa que este apartado es muy teórico y algo desconectado de la práctica, y que se obvian metodologías de interés. A modo de ejemplo, como menciona el Borrador, el método de MCG se emplea pocas veces, dada la posibilidad de calcular errores estándar robustos a los problemas de autocorrelación o heteroscedasticidad. En ese sentido, quizá no es necesario dedicarle tanto espacio.

Del mismo modo, los problemas de endogeneidad que se mencionan en relación a la aplicación del método de variables instrumentales y la estimación por MC2E no siempre se pueden detectar con test estadísticos, como parece sugerir el borrador, sino que se requiere una evaluación también basarse en el análisis económico y el conocimiento del sector del que se trate. Algo parecido ocurre respecto a la decisión de los métodos a emplear en un contexto de disponibilidad de datos de panel.

7.5 COMPARACIÓN DE LAS OBSERVACIONES EN EL ESCENARIO FACTUAL Y EN EL CONTRAFACTUAL

El Borrador de la Guía argumenta que en la aplicación de los métodos comparativos es necesario validar que el escenario contrafactual es comparable con el escenario factual, y considera “*fundamental*” hacer una “*descripción estadística de las variables de una forma separada para las observaciones del escenario factual y contrafactual*”⁹⁰.

Los miembros del grupo de trabajo consideran que la presentación es excesivamente abstracta. Se echa en falta una explicación respecto a en qué dimensiones hay que comparar las muestras y en cuáles cabe

⁸⁸ Véase la pág. 77 del Borrador.

⁸⁹ Véase la pág. 77 del Borrador.

⁹⁰ Véase la pág. 82 del Borrador.

esperar que haya diferencias, sin que esto implique que el enfoque adoptado no es correcto. Por ejemplo, por definición, si la infracción ha sido efectiva y ha incrementado los precios, los precios diferirán en las muestras de datos afectadas por la infracción y las no afectadas.

Además, la discusión parece centrarse exclusivamente en el método comparativo temporal (*“Para esta demostración es fundamental realizar una descripción estadística de las variables de una forma separada para las observaciones del escenario factual y del contrafactual, y utilizar un número suficiente de observaciones para ambos escenarios antes, durante y después de la infracción”⁹¹*). Esto podría inducir a error, porque en principio algunas de las cuestiones que se comentan deberían ser también relevantes para comparaciones entre mercados y productos.

Para determinar si las muestras recogidas tanto para el mercado afectado como para el no afectado son comparables, el Borrador recomienda tres métodos:

- **Pruebas de hipótesis paramétricas y no paramétricas:** Estas pruebas se usan normalmente para comparar las medias de las variables entre muestras y establecer si la media de la muestra 1 es estadísticamente diferente a la media de la muestra 2.

Se echa en falta en el Borrador una explicación respecto a las condiciones en las que estas pruebas resultan útiles para determinar la comparabilidad entre mercados a efectos de la cuantificación del daño. Lo cierto es que en los modelos de regresión habituales en este contexto, que comparan precios en el tiempo (o entre mercados de producto o geográficos), no es necesario que la composición de la muestra durante la infracción y la de la muestra anterior o posterior a la infracción sean idénticas. Precisamente, las diferencias en las características del producto o en los clientes pueden reflejarse en los modelos de regresión múltiple. Igualmente, en las comparaciones de mercados de producto, la muestra debe estar necesariamente compuesta de diferentes observaciones, pero no queda claro en qué medida las pruebas sobre hipótesis resultan aquí útiles.

Una posible excepción es que la muestra de una de las variables explicativas sea totalmente diferente en el periodo afectado y en el no afectado. En estos casos, esta variable explicativa sería multicolineal con la variable de la infracción (véase la pág. 76 del Borrador, que incluye una referencia general a la multicolinealidad), y la diferencia en la composición de la muestra conllevaría problemas a la hora de aplicar un modelo de comparación temporal de forma reducida.

De hecho, desde un punto de vista conceptual, es precisamente el hecho de que haya diferencias observables entre los mercados afectados y el empleado como método de comparación lo que motiva emplear el análisis de regresión, para controlar por los aspectos en los que ambos mercados difieren, más allá de la existencia de la infracción. De no existir tales diferencias, una comparación de precios medios sería más que suficiente.

⁹¹ Véase la pág. 82 del Borrador.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sugiere que el Borrador incluya una explicación más detallada sobre la idea que subyace en las pruebas de hipótesis que propone.

- **Comparación de tendencias de la variable dependiente** (principalmente el precio) en el mercado afectado y el no afectado: El Borrador señala que este método sería aplicable en una comparación entre mercados (no así temporal): “*Generalmente se estudia la evolución de la variable dependiente (explicada) en el período inmediatamente anterior a la conducta anticompetitivo...*” (pág. 83).

Efectivamente, este análisis es útil y relevante en la comparación entre mercados geográficos o de producto, y especialmente en el contexto del análisis de diferencias en diferencias (dentro de cuyo ámbito existen formas de paliar este problema, soluciones que quizá merecerían una breve explicación). Sería conveniente que se precisara de forma más clara que este análisis no es relevante ni necesario en el contexto del método de comparación temporal.

- **“Propensity Score Matching” (PSM)**: Esta técnica se usa para homogeneizar el grupo de tratamiento y el grupo de control en estudios orientados a comprender el impacto de, por ejemplo, una intervención normativa concreta. Se trata de un método (no paramétrico) de estimación de los efectos de una intervención concreta (por ejemplo, el efecto de la infracción sobre precios). Es una alternativa a los métodos de regresión (paramétricos) habituales, y no un paso intermedio en el análisis de la comparabilidad de los mercados, como parece sugerir el Borrador de la Guía.

El objetivo del método PSM es reducir el sesgo potencial resultante de la introducción de variables inadecuadas que pueden darse al comparar resultados de unidades que estuvieron sujetas a intervención con resultados de otras unidades que no lo estuvieron. La posibilidad de que exista sesgo surge porque una diferencia en el resultado del tratamiento entre los grupos tratados y los no tratados puede ser causada por un factor que predice el tratamiento, en vez de por del tratamiento en sí. Por ejemplo, al estudiar el impacto de las políticas de I+D en el comportamiento de innovación de las empresas, es posible que se haya elegido a beneficiarios de subvenciones porque son los candidatos que más posibilidades tienen de tener éxito en sus proyectos de investigación. El emparejamiento (“*matching*”) persigue reducir el sesgo en la asignación del tratamiento e “imitar” a una asignación aleatoria mediante la creación de una muestra de unidades que recibieron el tratamiento, y que es comparable a una muestra de unidades que no recibieron el tratamiento. Para la aplicación del método PSM se necesitan muestras muy extensas de unidades tanto tratadas como no tratadas, que no suelen darse en casos de estimación de sobreprecios.

Sería conveniente que el Borrador aportara una explicación más detallada de la idea que subyace a su propuesta de la aplicación del uso de las técnicas PSM, dado que no parece que se trate de un método adecuado para evaluar la comparabilidad de las muestras de datos afectados y no afectados, sino de un método de cuantificación del daño alternativo a los modelos de regresión.