

DEFENSA DE LA COMPETENCIA E INFORMES ECONÓMICOS

Competition law and economic reports

Joaquín ARTÉS

*Profesor Titular de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid*

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

Resumen

En este trabajo ponemos de manifiesto la utilidad de la teoría económica como instrumento de ayuda en la resolución de casos complejos en el ámbito de la defensa de la competencia. A su vez, revisamos las directrices de la CNMC sobre la presentación de informes económicos y las comparamos con las existentes en otros países de nuestro entorno. Llegamos a la conclusión de que el interés de la CNMC por la teoría económica, manifestado en la elaboración de las directrices de presentación de informes, es positivo. Sin embargo, consideramos que sería conveniente la existencia de mayor cooperación entre los economistas de la CNMC y las partes en el análisis de los modelos y datos aportados a cada caso.

Abstract

We argue that economic tools are a powerful instrument that should be used to solve complex antitrust cases. The Spanish Authorities have recently published guidelines describing the standards that should be met by economic experts' reports that are usually used by parties in support of their arguments. We compare the document with similar documents published by other Antitrust Authorities. We conclude that the renewed interest on economic analysis by the Spanish Authorities should be welcomed. We argue, however, that a more cooperative system in which economic experts from both sides have the opportunity to jointly discuss and analyze models and data would improve the quality of economic analysis in Antitrust cases.

Palabras clave: Efectos | Política de competencia | Eficiencia económica |

Keywords: Effects | Competition policy | Economic efficiency |

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis de las decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) pone de relieve que sus decisiones se han tomado, fundamentalmente, sobre la base del análisis jurídico. Solamente en casos excepcionales el análisis económico ha sido la referencia sobre la que se ha desarrollado la argumentación que ha conducido a la decisión, pues, en general, dicho análisis se ha aplicado de forma complementaria, no principal. La referencia a las conductas prohibidas *per se*, con frecuencia, ha sido el principio jurídico utilizado para evitar entrar en el fondo de los asuntos. El resultado, en muchos casos, ha sido un análisis apoyado en la consideración de las apariencias.

Sin embargo, la complejidad de muchos asuntos dilucidados en la sede de la Autoridad española de Defensa de la Competencia (AEDC) aconsejaba, y aconseja, la consideración simultánea del análisis económico y del análisis jurídico. En las proporciones debidas, según la naturaleza y complejidad de los casos sometidos a consideración¹.

La Dirección de regulación de la CNMC empezó a abordar algunos problemas con el uso sencillo, pero potente, de la teoría económica. Los resultados alcanzados han sido positivos, sin duda. Por su parte, los interesados también han comenzado a utilizar la teoría económica para contribuir a resolver cuestiones que el análisis jurídico, por sí mismo, no podía interpretar en su compleja globalidad. Esto ha dado lugar a una paradoja: los interesados no han podido reaccionar a los análisis económicos de la CNMC, dada la general ausencia de éstos. Pero en defensa de sus intereses han aportado los oportunos informes económicos para esclarecer cuestiones que, a su juicio, no estaban debida o completamente analizadas en los propios expedientes. Ante tales informes, ha sido la AEDC la que ha reaccionado. Y lo ha hecho de tal manera que, sólo en contadas ocasiones, ha aceptado las alegaciones de las partes. Esta ausencia de confrontación de ideas y de análisis no contribuye a fomentar el desarrollo del análisis económico en los procedimientos sustanciados ante la AEDC, limitando el rigor del debate.

Debe resaltarse que el análisis económico no debe conllevar, necesariamente, el uso de complejos modelos matemáticos o econométricos. En ocasiones, con las oportunas referencias a la teoría económica consolidada y la utilización rigurosa de modelos sencillos, generales, contrastados, y la utilización de datos elementales, es suficiente para confirmar o refutar cuestiones planteadas. Y, en caso de dudas o dificultades, se debería abrir la oportunidad a la cooperación entre la AEDC y los interesados (o sus asesores externos) en busca de la mejor interpretación posible de la evidencia aportada por los datos.

En este contexto, la CNMC ha hecho pública, de forma sorprendente y atípica, una *Guía para la presentación de Informes Económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC*², con fecha 30 de septiembre de 2018. La sorpresa procede del hecho de que la AEDC recomienda a terceros lo que la propia Comisión no hace y sugiere un procedimiento que puede introducir elementos de arbitrariedad pero que, de momento, incluye grandes dosis de inseguridad jurídica pues las partes, además de la incertidumbre que conlleva la actitud de la CNMC, no tendrán tiempo para cumplir todos los requisitos exigidos o, en su defecto, la CNMC siempre podrá alegar que los informes presentados o la información aportada son incompletos o no cumplen alguno de dichos

¹ Sobre la influencia del análisis económico en la política de defensa de la competencia, vid. p. e. NEVEN, D. J. (2006): "Competition Economics and antitrust in Europe", *Economic Policy*, 21 (48), pp. 1-36.

² Sin referencias jurídicas ni remisión al procedimiento seguido para su aprobación.

requisitos. Brevemente: se ha diseñado el escenario de un combate en el que falta el requisito fundamental: el principio de igualdad de armas. Este hecho dará lugar a un incremento de la litigiosidad.

El presente trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto que con sencillos esquemas apoyados en la teoría económica se pueden dilucidar problemas complejos y que el procedimiento elegido por la CNMC no es el mejor posible pues es inquisidor en lugar de cooperador.

II. LA NECESIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

La Autoridad europea de defensa de la competencia, desde hace años, concede una particular importancia al análisis económico³. En España, el debate sobre el análisis económico aplicado a la defensa de la competencia, pese a su relevancia, ha sido escaso. Este hecho contrasta con la presencia de economistas en las Autoridades de defensa de la competencia (ADC) españolas, las abundantes referencias que remiten a su pertinencia y los riesgos de no proceder a su consideración. El resultado es evidente: se ha avanzado poco pues los procedimientos se perfeccionan sobre la base del aprendizaje continuo y el contraste de opiniones. Si las ADC no aplican el análisis económico —o no le conceden el valor que merece— las partes interesadas pueden tender a prescindir del mismo perdiéndose, de esta forma, una fuente de información relevante. Igualmente, si la iniciativa es tomada por las partes interesadas y las ADC no toman suficientemente en consideración los análisis aportados y los datos correspondientes, la reacción de los interesados conducirá inexorablemente a prescindir de la reflexión económica. También, en este caso, se despilfarrará un caudal de información relevante.

El formalismo jurídico ha sido, y es, la referencia básica sobre la que se ha sustentado la aplicación del Derecho de la Competencia. Sin embargo, pese a las resistencias conservadoras de las ADC, el análisis económico y econométrico se va configurando como un complemento necesario del análisis jurídico con el objetivo de desentrañar la verdadera naturaleza de los casos analizados⁴. Aunque se pretenda que la referencia a las conductas prohibidas *per se* sea la opción elegida por las ADC, amparada en la comodidad —y fragilidad— que supone, el análisis de los efectos de las conductas se convierte, progresivamente, en un instrumento que contribuye a perfeccionar la aplicación del derecho de defensa de la competencia.

La vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007) acude al análisis económico para justificar la política de defensa de la competencia al incluirla en el conjunto de medidas de política económica eficientes. En cualquier caso, no debe olvidarse que la teoría económica impregna la vigente LDC2007 que, en su Exposición de Motivos, sigue las ideas recogidas desde hace décadas en los buenos manuales de introducción a la economía. En efecto, el texto legal sostiene, contundentemente, que “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas

³ Vid. p. e. DG COMPETITION. 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. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Previamente (previsiblemente, pues el documento carece de fecha aunque cita un documento de 2011 que desaparece en la versión analizada) se publicó un Staff working paper con el mismo título y sin fecha.

⁴ Sobre el análisis econométrico y la defensa de la competencia, vid., p. e., RUBINFELD, D. L. (2010): “Econometric Issues in Antitrust Analysis”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 166, pp. 62-77. Vid. asimismo, FEGATILLI, E., PETIT, N. (2008): *Économetrie du droit de la concurrence*, GCLC Working Paper 03/08, Global Competition Law Centre, College of Europe. Asimismo, sobre el análisis económico del Derecho de la competencia es imprescindible la consulta de MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge.

constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad". A lo que se añade: "Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía".

Es decir, reconociendo la existencia de conductas contrarias a la competencia, la LDC2007 acepta —y ésta es una cuestión relevante— que las conductas empresariales sometidas a escrutinio por las ADC tienen efectos sobre el bienestar. Como es sabido, la teoría microeconómica exhibe que las variaciones en el nivel de bienestar de la sociedad son, entre otras cuestiones, el resultado de la consideración conjunta de las restricciones a la competencia de determinadas conductas y de las mejoras en la eficiencia resultado de las mismas. Es decir, para enjuiciar con rigor una determinada conducta desde la perspectiva del Derecho de la competencia y del bienestar general es necesario proceder a su análisis con el objeto de determinar con rigor su impacto real y evitar el riesgo de condenar conductas con un impacto positivo sobre la eficacia y el bienestar general, con fuerza suficiente para contrarrestar su impacto sobre el poder de mercado.

Apoyan esta idea multitud de autores. Whish y Bailey⁵, por ejemplo, sostienen que no hay asuntos relacionados con el derecho de la competencia que puedan ser analizados exclusivamente desde una perspectiva jurídica. En consecuencia, los juristas deben tener conocimientos de economía y los economistas deben entender los procedimientos jurídicos. Tal necesidad de conocimientos se justifica porque las normas de defensa de la competencia se refieren al análisis económico de los mercados y a su regulación. Y, con particular intención, Whish y Bailey subrayan que cada caso dependerá de sus circunstancias particulares. Otros autores han defendido el papel de la teoría económica en los análisis de defensa de la competencia. R. A. Posner⁶ afirmó que "la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tienen dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos".

La aplicación del análisis económico se justifica, en esencia, porque permite poner de manifiesto cómo el sistema de precios en un sistema competitivo da visibilidad a la mano invisible de Adam Smith de manera que, cuando el mercado funciona eficientemente sin distorsiones significativas a la competencia durante períodos de tiempo suficientemente largos, la oferta de bienes y servicios tiende a coincidir con su demanda de forma que los ciudadanos maximizan su utilidad y las empresas sus beneficios, vaciándose los mercados y alcanzándose el máximo nivel posible de bienestar para el conjunto de la sociedad⁷. El juez Brandeis fue particularmente contundente: citando palabras del profesor Henderson escribió que "Difícilmente puede

⁵ WISH, R., BAILEY, D. (2018), *Competition Law*, Oxford U. P., 9ª ed., p. 2.

⁶ POSNER, R. A. ([1972]1998): *El análisis económico del derecho*, fce, p. 11.

⁷ Adam Smith, en los albores de la industrialización, observó que "El interés de los empresarios siempre es ensanchar el mercado pero estrechar la competencia". Vid. SMITH, A. ([1776]1999): *La riqueza de las naciones*, Alianza editorial, p. 343.

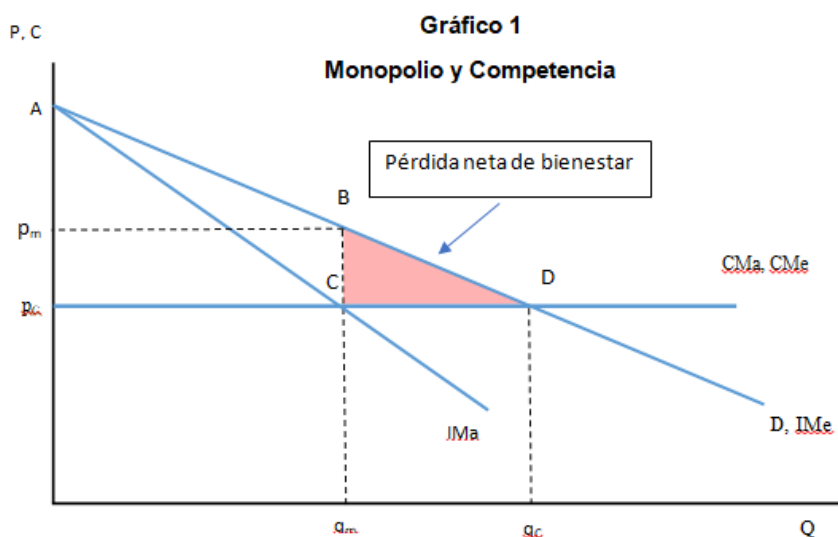
evitarse llegar a la conclusión de que un jurista que no haya estudiado economía y sociología es muy probable que se convierta en un enemigo público”⁸.

Rey et alii⁹ defendieron el principio de que el trabajo de las ADC siempre debería tomar en consideración los efectos de las conductas examinadas en los correspondientes expedientes¹⁰. La lógica de la argumentación es sencilla: dos conductas empresariales distintas pueden tener los mismos efectos; en este caso deben tener un trato equivalente. Pero dos conductas empresariales idénticas con efectos distintos deben tener, lógicamente, un trato distinto. Por su parte, el profesor Jenny (2007)¹¹ se manifestó contundentemente al respecto: “el análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial”.

Es decir, el análisis económico es un instrumento necesario para que las ADC apliquen el Derecho de la competencia con el rigor exigido en una sociedad moderna que respeta la seguridad jurídica.

III. LA TEORÍA MICROECONÓMICA: UNA PLATAFORMA SÓLIDA¹²

Por regla general, el análisis económico requerido para analizar muchos casos sometidos a análisis por las ADC no es particularmente complejo¹³. Se basa en la plataforma teórica del análisis microeconómico cuya expresión simplificada toma la forma del gráfico 1.



⁸ Vid. MASON, A. T. (1931): “Mr. Justice Brandeis: a Student of Social and Economic Science”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 79, n. 6, April, p. 693.

⁹ REY, P. et alii (2006): “Un enfoque económico del artículo 82”, en MARTÍNEZ-LAGE, S., PETITBÒ, A. (2006): El abuso de posición de dominio, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

¹⁰ Neven y de Coninck sostienen que, en los últimos años, la política europea de defensa de la competencia se ha caracterizado por la mayor importancia concedida al análisis de los efectos. Vid. NEVEN, D., de CONINCK, R. (s. f.): Best Practices on the Submission of Economic Evidence and Data Collection, D. G. Competition, European Commission, Office of the Chief Economist.

¹¹ JENNY, F. (2007): “Le rôle de l’analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence”, Concurrences, 4.

¹² Parte de este apartado tiene elementos en común con PETITBÒ, A. (2017): “Las multas ¿son realmente disuasorias?”, en CASES LI. (Dr.) (2017): Anuario de la Competencia 2016, Fundación ICO, UAB, Marcial Pons.

¹³ Ciertamente, hay casos de particular complejidad.

La curva de demanda (D) puede interpretarse como una relación entre cantidades (q) y precios (p)¹⁴ de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo. Asimismo, mide el valor que tiene una unidad adicional (marginal) de q en cada nivel de consumo para el consumidor. En el Gráfico 1 se representa por la línea AE que refleja el ingreso medio (IME). En el caso de bienes y servicios normales, bajo determinadas condiciones, la función de demanda es decreciente, reflejando el hecho de que el precio que está dispuesto a pagar el comprador por cada unidad de q (su valoración marginal) decrece a medida que aumenta la cantidad que posee de cada bien o servicio. El área delimitada por los precios y cantidades que queda por debajo de la curva de demanda refleja el precio total (p.q) que los consumidores están dispuestos a pagar por una cantidad determinada del bien o servicio que pretenden adquirir. Para simplificar el análisis se supone que los costes medios (CMe) son constantes y, en consecuencia, coinciden con los costes marginales (CMa).

El Gráfico 1 permite comparar dos casos extremos: monopolio y competencia perfecta. Al mismo tiempo, permite poner de manifiesto las virtudes de la competencia desde la perspectiva del bienestar. Para ello se parte del supuesto de un mercado en el que compiten un número elevado de empresas y se compara con otro mercado dominado por una empresa monopolista (o por un grupo de empresas que han coordinado totalmente sus conductas). En ambos casos, el objetivo de las empresas es la maximización de sus beneficios.

De acuerdo con la teoría económica, cuando las empresas maximizadoras de beneficios compiten, $p = CMa$ y los precios y cantidades de equilibrio son p_c y q_c , respectivamente. En el supuesto del mercado monopolizado (individual o conjuntamente), la empresa (o grupo de empresas) tiene capacidad para elegir¹⁵ aquella combinación de p, q que maximiza los beneficios (individuales o conjuntos). Para ello fija q en el punto (C) en que el CMa se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en q_m , el precio de monopolio será p_m . En este punto el $CMa < p_m$ y $CMe < IMe$. El Gráfico pone de relieve que p_m incluye beneficios extraordinarios (porque $p_m > CMa$ cuando se produce q_m), por encima de los beneficios ordinarios correspondientes a las empresas que operan en mercados perfectamente competitivos.

Obsérvese que $p_m > p_c$ y $q_m < q_c$. En un mercado monopolizado se produce una cantidad de bienes o servicios inferior a la que correspondería a un mercado perfectamente competitivo y, además, los precios son superiores. En estas circunstancias, el demandante tiene dos opciones: no adquirir el bien o servicio, o pagar un precio superior al correspondiente a un mercado competitivo. En este último caso tiene lugar una transferencia de renta de los demandantes al monopolista (individual o colectivo) y una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar para el conjunto de la sociedad, representada por el triángulo BCD.

Este esquema es sencillo y es portador de una alta capacidad explicativa. Pese a ello no es utilizado por la AEDC española, salvo en contadas ocasiones por parte de la Subdirección de Análisis económico de la CNMC. El olvido de la teoría económica impide, en muchos casos¹⁶, conocer con precisión la forma de las conductas y sus efectos.

¹⁴ En los mercados perfectamente competitivos los precios incluyen los beneficios normales. Las violaciones de las normas de defensa de la competencia acostumbra a estar asociadas a la generación de beneficios extraordinarios (por encima de los beneficios competitivos) durante períodos de tiempo suficientemente extensos.

¹⁵ Dada la ausencia de competidores.

¹⁶ Excepto cuando el análisis es proporcionado por las partes.

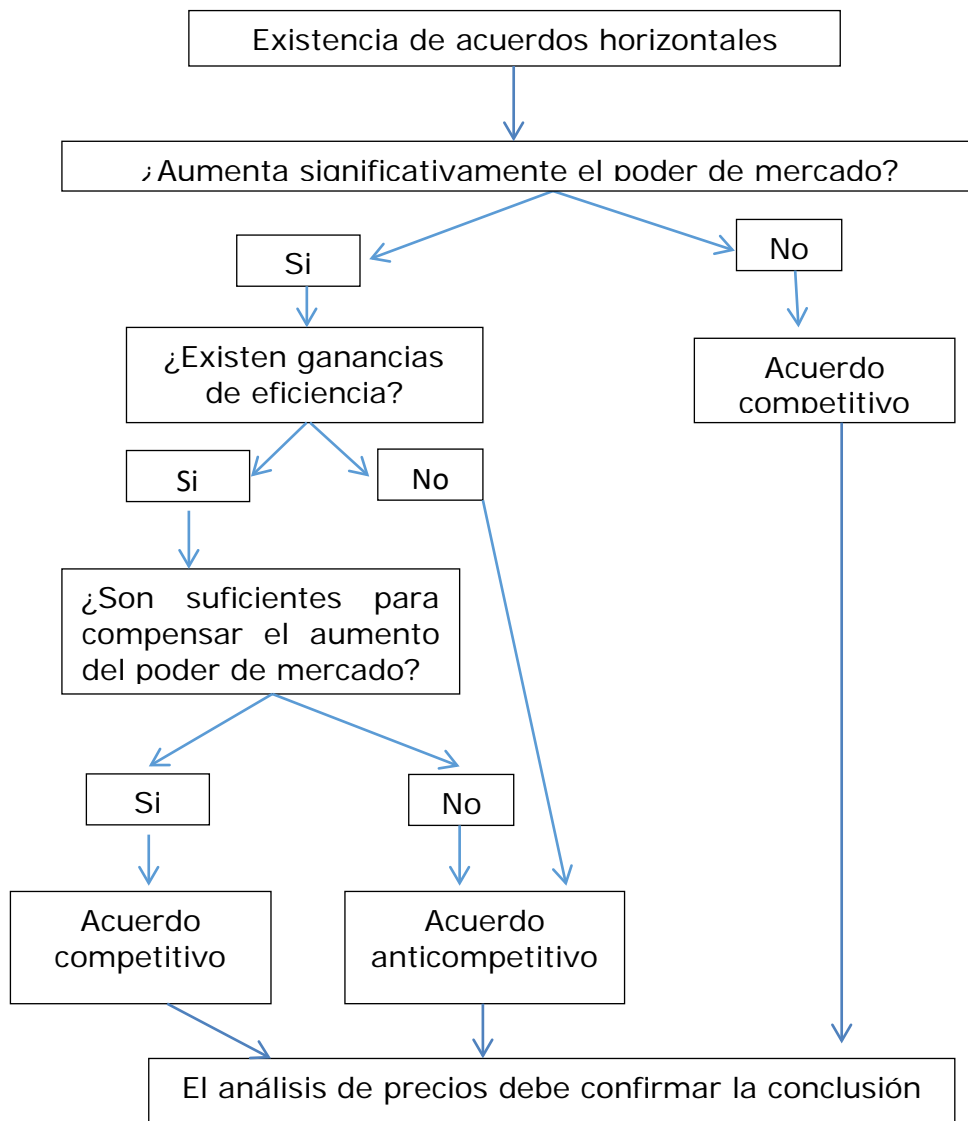
Además, el empleo sistemático de esquemas de este tipo¹⁷ permitiría perfeccionar las técnicas utilizadas y el análisis empírico correspondiente.

IV. ¿CONDUCTA ANTICOMPETITIVA O PROCOMPETITIVA?

Las ADC tienden a calificar muchos acuerdos como anticompetitivos *per se* sobre la base de las apariencias sin proceder, previamente, al análisis de los mismos y, en particular, de sus efectos. Un análisis de la realidad muestra que los acuerdos entre operadores económicos pueden ser, en determinados casos, perfectamente competitivos y contribuir a mejorar el bienestar general.

El Cuadro 1 ofrece una versión simplificada del procedimiento adecuado para proceder al análisis de un acuerdo entre empresas sobre la competencia.

Cuadro 1. Procedimiento de Análisis



¹⁷ Y la correspondiente discusión con las partes interesadas en el procedimiento.

El primer paso debe ser la definición del mercado relevante y el análisis sobre la eventual existencia de un incremento del poder de mercado tras un eventual acuerdo que pudiera dar lugar a incrementos de precios no competitivos. Lógicamente, debe tomarse en consideración la competencia potencial del resto de empresas que no toman parte en el acuerdo y la posible entrada de nuevos competidores en ausencia de barreras de entrada.

El segundo paso debe referirse al análisis de la justificación económica del acuerdo y a las eventuales ganancias de eficiencia¹⁸ y de bienestar que pudieran compensar los efectos derivados del posible aumento de poder de mercado resultado del acuerdo. Lógicamente, la ausencia de ganancias de eficiencia y el incremento de poder de mercado podrían ocasionar daños a la competencia. En consecuencia, podría sostenerse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos. Por el contrario, la demostración de una mejora en la eficiencia y el bienestar (incremento de la superficie del rectángulo E del gráfico 2) debería contrastarse con los eventuales daños a la competencia derivados del acuerdo (superficie del triángulo C del gráfico 2).

El tercer paso se refiere al análisis de los precios fijados por las empresas titulares del acuerdo. Si el acuerdo es pro-competitivo los precios ofertados deberían coincidir con los precios competitivos. Este hecho reflejaría la inexistencia de poder de mercado o la compensación de dicho poder por las ganancias de eficiencia. De acuerdo con el gráfico 2, en los acuerdos competitivos los precios deberían acercarse al nivel competitivo —alejándose, por tanto, de los precios de monopolio— y deberían estar por debajo de los precios ofrecidos por las empresas participantes en el acuerdo antes del mismo, dada la presencia de economías de escala y la presión de los competidores reales y potenciales.

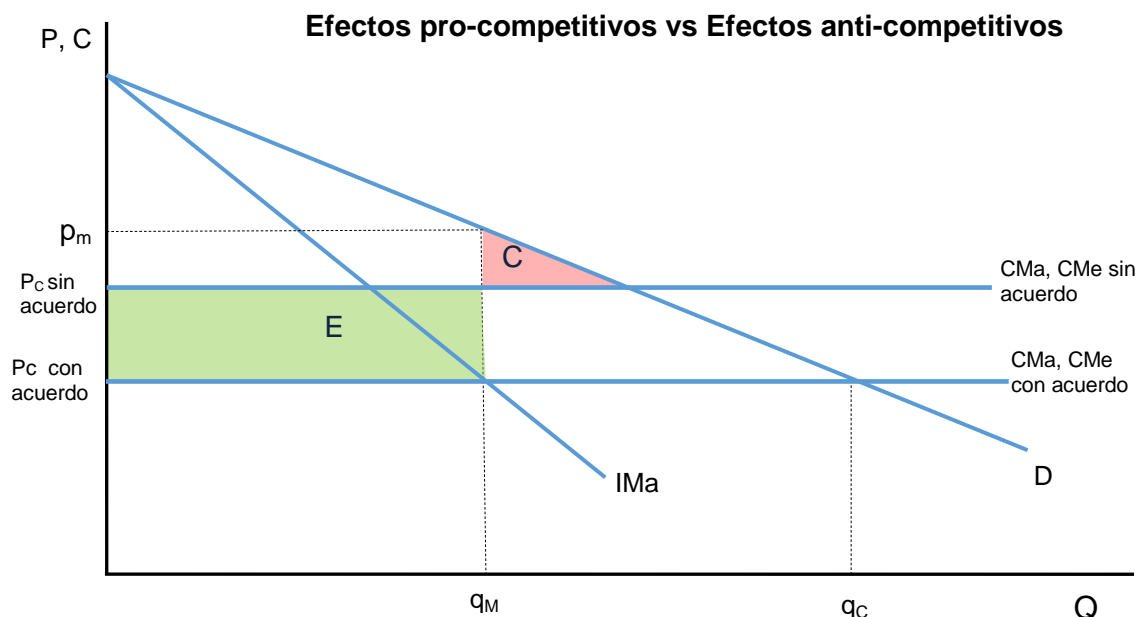
Lógicamente, todas estas cuestiones deben ir acompañadas del correspondiente análisis empírico.

En resumen: la experiencia revela que los acuerdos pueden tener efectos negativos o positivos sobre la competencia. En consecuencia, un análisis riguroso exige, en cada caso, la correspondiente consideración de ambos efectos para evitar la condena de determinadas conductas cuyo impacto sobre el bienestar general sea positivo.

El procedimiento de análisis se apoya en el soporte teórico proporcionado por el gráfico 2, que muestra que un acuerdo puede tener un impacto positivo sobre los costes medios —y, en consecuencia, sobre los precios— reduciéndolos (si, por ejemplo, se generan eficiencias, reflejadas en el área E), pero también cabe la posibilidad de que, tras el acuerdo, los precios aumenten como consecuencia del posible impacto del mismo sobre el poder de mercado conjunto (que da lugar a los costes de bienestar reflejados en el área C). Resulta claro, pues, que un acuerdo debe analizarse desde la perspectiva de los costes —la eficiencia— y desde la perspectiva de su impacto sobre el poder de mercado y la competencia. Esta aproximación es coherente con la pretensión incluida en la Exposición de motivos de la LDC2007. Es decir, el problema debe ser analizado con objetividad utilizando los instrumentos de la teoría económica y, en su caso, de la econometría.

¹⁸ Reducciones de costes, por ejemplo.

Gráfico 2



De lo anterior se deduce que un acuerdo puede ser competitivo si las ganancias de eficiencia derivadas del mismo son mayores que el daño ocasionado por el eventual poder de mercado alcanzado tras el acuerdo y su reflejo sobre los precios. Esto equivalente a decir, de acuerdo con el gráfico 2, que las ADC deberían determinar si los acuerdos positivos derivados de los acuerdos (rectángulo E) son mayores o menores que los efectos negativos ocasionados por el impacto sobre los precios del aumento del poder de mercado derivado del acuerdo (triángulo C).

Se trata de un análisis que está al alcance de cualquier buen economista y la propia CNMC ha podido comprobar la fuerte capacidad explicativa de este tipo de análisis que no siempre incluye dificultades insalvables para su realización, especialmente por parte de la AEDC, dado su poder para solicitar la información que considere más oportuna.

Mateo Silos¹⁹ aplicó este mismo esquema general al estudio del mercado de los taxis. Concretamente, en su análisis sobre la pérdida de bienestar ocasionada por los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el mercado del taxi en la ciudad de Málaga²⁰, concluyó, sobre la base de una estimación conservadora, que la pérdida de bienestar anual era equivalente a 4,4 millones de euros.

El ensayo de Silos refleja que el análisis basado en el Gráfico 1 puede aplicarse sin excesivas dificultades a los procedimientos seguidos por las ADC con el fin de estimar los daños causados por las infracciones del derecho de la competencia o, por el contrario, poner de relieve las ganancias de eficiencia de determinadas conductas²¹.

¹⁹ Mateo Silos fue Subdirector de Análisis Económico del Departamento de Análisis económico de la CNMC. SILOS, M. (2016): El análisis económico: pieza esencial de la política de competencia. IX Jornadas de la Competencia, Bilbao, 21 de octubre.

²⁰ El año de referencia era 2012.

²¹ Los poderes concedidos a las ADC les permite recabar la información necesaria para llevar a cabo este tipo de análisis, aumentando la seguridad jurídica y reduciendo el riesgo de condenar determinadas conductas cuyos efectos sobre el bienestar son positivos.

Con la misma metodología, Silos estimó los valores del triángulo BCD del gráfico 1 para los años 2013 y 2014 y extendió su análisis a otros mercados geográficos. El debate acerca de la mejora de los análisis de la AEDC ya estaba iniciado.

La aplicación de este método —suficiente en muchos casos— permitiría dar cumplimiento a la estimación de los efectos de las conductas previsto en la LDC2007 y abandonar la tradición de la AEDC —y de otras ADC— de calificar determinadas conductas como contrarias *per se* a las normas de defensa de la competencia. De esta forma, el procedimiento sería menos inquisitivo y más racional, ofreciendo mayor seguridad jurídica a las partes interesadas. Lógicamente, si el análisis de los efectos fuera la norma, el procedimiento se iría perfeccionando y, con ello, aumentando la seguridad jurídica.

V. LA REGULACIÓN DE LOS INFORMES ECONÓMICOS POR PARTE DE LAS ADC

De lo dicho se deduce que las ADC deberían completar su interpretación jurídica de los hechos mediante la utilización pertinente de la teoría económica. Es cierto que el análisis económico no siempre es necesario. Sin embargo, cuando, como ocurre con frecuencia, se combinan cuestiones relacionadas con el incremento del poder de mercado y la eficiencia, el análisis económico permite delimitar perfiles difusos o arrojar luz sobre zonas oscuras. Conviene subrayar que, en casos sencillos, la plataforma de la teoría económica ofrece una gran capacidad explicativa y revela que su uso por las ADC y los interesados en defensa de sus pretensiones permitiría incrementar el peso de las decisiones.

Sin embargo, la experiencia pone de relieve que el procedimiento sugerido se ha invertido: las ADC llevan a cabo dichos análisis económicos²², sólo excepcionalmente. Si los análisis son aportados por las partes corren el riesgo de que no sean tomados debidamente en consideración. Justo lo contrario de lo que debe suceder en un procedimiento sancionador. Este hecho responde a una conducta que puede ser calificada como inquisitiva.

Lo dicho hasta ahora no supone una complejidad especial. Es un análisis que puede encontrarse en cualquier manual de microeconomía o de introducción a la economía. Sin embargo, en ocasiones, las empresas incluidas en los procedimientos de las ADC llevan a cabo análisis econométricos, más o menos complejos, con el fin de defender razonadamente sus intereses²³. Dichos análisis exigen tiempo. También lo exige su revisión por parte de las ADC. Y la brevedad del tiempo disponible y la necesidad de disponer de evidencia empírica suficiente ha llevado a las ADC a regular la presentación de los estudios económicos. En ocasiones, dicha regulación es tan exhaustiva que es asintótica con la inseguridad jurídica.

La regulación de los Informes económicos cuenta con una larga historia. En este apartado se examinarán algunos ejemplos como paso previo al análisis de la propuesta de la CNMC. Las *Guidelines* se dividen en tres grandes grupos: las basadas en la cooperación, las basadas en la autoridad y las basadas en una combinación de cooperación y autoridad.

²² Amparándose en el principio de las conductas prohibidas *per se*.

²³ Sobre los requisitos necesarios de los análisis econométricos y su complejidad, así como su capacidad explicativa, vid. p. e. GREENE, W. H. (2012), *Econometric Analysis*, Pearson, séptima edición.

V.1. *Guidelines* basadas en la cooperación: The Federal Trade Commission

La Federal Trade Commission (FTC) publicó un documento²⁴, breve, conciso y sin fecha. No hace falta más cuando la referencia es la cooperación entre las partes y la autoridad. Su objetivo principal era llevar a cabo una investigación rigurosa y científicamente robusta en los expedientes relacionados con la competencia. Se trataba de alcanzar las mejores conclusiones de forma eficiente.

El tono del documento es plenamente cooperativo, alejado de tintes inquisitoriales característicos de otras regulaciones relacionadas con la presentación de información y su tratamiento econométrico. Para la FTC se trata de llegar al fondo de las cuestiones objeto de análisis mediante un procedimiento de intercambio regular de pareceres entre las partes y la propia FTC. Las partes deben ofrecer la información cuantitativa en bruto de forma que pueda ser utilizada por la FTC. La metodología de referencia remite a los criterios empleados en las revistas científicas. Lógicamente, el análisis empírico debe ir dirigido a verificar las teorías basadas en los efectos anticompetitivos o en las ganancias de eficiencia derivadas de las conductas.

Se parte de la constatación de que el tratamiento de la información es costoso y exige tiempo. Por esta razón, resulta adecuado presentar la información con tiempo suficiente y de forma adecuada. Con el fin de mejorar la eficacia del procedimiento, los contactos entre las partes (y sus consultores) y la FTC (y sus economistas) empiezan tan pronto como es posible²⁵ y siguen durante el procedimiento. El objetivo es iniciar las discusiones acerca de los datos y las teorías económicas relevantes para el caso sometido a análisis.

Se admite que las teorías de referencia pueden variar durante la investigación y las partes son informadas de las nuevas teorías aplicadas al caso examinado. El personal de la FTC revisa los análisis empíricos suministrados por las partes (datos, programas utilizados y resultados alcanzados) e informa a las partes sobre su valoración y resultados obtenidos, incluidos aquéllos relacionados con la eficiencia.

En definitiva, el objetivo del procedimiento diseñado por la FTC es llegar a conclusiones sólidas sobre el caso examinado mediante la debida articulación de los principios de la teoría económica, la econometría y los datos disponibles mediante un procedimiento abierto, dinámico y dialéctico.

V.2. *Guidelines* basadas en la autoridad: Francia

En Europa la cooperación entre las partes en los procedimientos relacionados con la defensa de la competencia todavía no ha enraizado tan profundamente como en Estados Unidos.

La Autorité de la Concurrence (AC) publicó sus *Guidelines*²⁶ en un documento breve, sin fecha y, a diferencia de la FTC, sin mención alguna a la eficiencia. Dice el documento que su objetivo es "ayudar" a las partes y a sus asesores cuando, en realidad, lo que pretende es imponer las condiciones en la realización de los estudios

²⁴ Federal Trade Commission (s. f.): Economic Best Practices. Best Practices for Data, and Economics and Financial Analyses in Antitrust Investigations. <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/best-practices>.

²⁵ Todo el procedimiento está sometido al principio de confidencialidad.

²⁶ Autorité de la concurrence (s. f., pero, probablemente, noviembre de 2013): Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence.

económicos a presentar ante la AC de manera que facilite la labor de los instructores y del órgano de decisión²⁷.

La AC constata la importancia creciente de los informes y estudios basados en la aplicación del análisis económico en los procedimientos sometidos a su consideración. En relación con el contenido de los informes, la AC hace referencia a: a) los estudios econométricos o empíricos, b) las encuestas, c) la literatura y d) la modelización económica. Sostiene la AC que dichos estudios sólo son útiles²⁸ si se presentan de forma que los conceptos, métodos, datos utilizados y resultados obtenidos son presentados de forma transparente con el objeto de que los órganos de instrucción y decisión puedan verificar la validez y robustez de sus conclusiones²⁹. Para mejorar el análisis de los estudios económicos se considera que la premura en su envío es fundamental con el fin de disponer de tiempo suficiente para su análisis.

Asimismo, el texto de los informes, sus anexos, los ficheros de datos (datos brutos) y los programas³⁰ deben suministrarse en formato electrónico y, particularmente, en formato pdf.

En relación con los estudios econométricos o empíricos y la modelización económica, la AC exige que los datos contribuyan a comprender el caso analizado, se expliquen las hipótesis y se adjunten los programas. Además, la presentación de los resultados debe acompañarse de los *test* estándar y, adicionalmente, debe argumentarse la robustez de los resultados. Todo ello de forma que los servicios de la AC puedan replicar los resultados de los estudios econométricos. Dada la complejidad de todo ello, consideran oportuno incluir un "modo de empleo".

En relación con las encuestas, debe incluirse el cuestionario, el método empleado, la descripción de la muestra y de las respuestas obtenidas, así como su representatividad. Además, deben adjuntarse los ficheros correspondientes.

Respecto de la modelización económica, la AC exige la presentación y justificación de las hipótesis, la discusión acerca de los resultados alcanzados y la jerarquización de los efectos de las conductas examinadas.

Por último, sobre la literatura empleada, dice la AC que debe reflejar el "estado del arte", discutir las hipótesis más frecuentes y poner de relieve su pertinencia, jerarquizando los efectos mencionados por la literatura en relación con su verosimilitud y probabilidad.

V.3. *Guidelines* basadas en una combinación de cooperación y autoridad

V.3.1 La Comisión Europea

El día 6 de enero de 2010³¹, la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DGCCE) publicó unas *Guidelines*³² cuyo objeto era la regulación de la

²⁷ El carácter inquisitorial de la AC se pone de manifiesto cuando afirma que los estudios económicos que se alejen de las recomendaciones publicadas corren el riesgo de no ser tomados en consideración.

²⁸ Afirmación discutible.

²⁹ La AC sienta un principio contundente: "Los estudios económicos remitidos a la Autoridad de la competencia deben redactarse de forma clara y transparente, así como deben explicitar y justificar el conjunto de hipótesis adoptadas". La información que solicita la AC y se solicita la correspondiente bibliografía así como un "resumen escrito en lenguaje no técnico comprensible por lectores no economistas".

³⁰ Sorprende que se soliciten los programas, sin matizar. Se supone que disponen de los programas frecuentemente utilizados, como el Stata.

³¹ Ver, p. e., LECG European Competition Policy Team (2010): "Best Practices for the submission of economic evidence and data collection: Some comments", 3 de marzo, p. 1.

³² DG COMPETITION, citado.

información suministrada por las partes o sus expertos en los expedientes relacionados con la defensa de la competencia. Su lectura pone de manifiesto la asimetría entre los análisis llevados a cabo por las Autoridades Europeas de defensa de la competencia y los exigidos a las partes. Desde la perspectiva de las partes, la inseguridad jurídica, pese a lo que se manifiesta en el documento, es considerable. Como sucede en la mayoría de los análisis empíricos apoyados en la teoría económica convencional siempre es posible encontrar fallos —acaso no relevantes— o problemas —quizá insignificantes— en los análisis llevados a cabo por las partes en defensa de sus pretensiones. En estos casos, los problemas se desplazarán a las autoridades revisoras, no siempre expertas en las complejidades inherentes al análisis econométrico moderno y al correspondiente tratamiento informático o al manejo de programas estadísticos complejos.

El documento debe ser bienvenido pues supone una referencia, aunque ésta sea mejorable. Se inicia el texto con una afirmación contundente que siempre debería ser tomada en consideración por las ADC: “El análisis económico juega un papel central en la aplicación del derecho de la competencia”. “Un” papel no es “el” papel, pero en todo caso la categoría de “central” ha quedado afirmada. De hecho, entiende la DGC que la economía es el marco que permite interpretar el funcionamiento de los mercados y las intervenciones competitivas correspondientes. Y, no menos importante, permite determinar los efectos de las conductas sometidas a análisis por parte de las ADC. Esta cuestión no es trivial pues en aquellas situaciones en las que los perfiles del análisis llevado a cabo son difusos y admiten varias interpretaciones, la adecuada combinación del análisis teórico con el correspondiente análisis empírico permite arrojar luz sobre la verdadera naturaleza de las conductas y sus correspondientes efectos, limitando la pretendida veracidad de la abstracta afirmación de que determinadas conductas están prohibidas “por objeto”.

Y, no menos importante, la DGCCE se refiere a la posibilidad de que las conductas presumiblemente contrarias a la competencia sean fuente de eficiencia que, como predice la teoría económica, den como resultado mejoras en los niveles de bienestar. En este caso se hace necesario examinar el correspondiente balance entre la posible afectación a la competencia —real o potencial— y los efectos beneficiosos sobre la eficiencia y el bienestar.

El objetivo perseguido por el documento es el establecimiento del marco en el que, a juicio de la DGCCE, debe desarrollarse el análisis económico desarrollado por los expertos, en defensa de sus pretensiones, en los análisis que aportan a los expedientes sometidos a enjuiciamiento por la DGCCE. Todo ello, con la limitación de los plazos como elemento condicionante.

En cuanto al procedimiento, cabe decir que, en términos generales, la DGCCE se apoya en los criterios generales característicos de las publicaciones científicas, con mayores exigencias en cuanto a la aportación de información en relación con el acceso a las fuentes, sin la libertad temporal que gozan los investigadores dados los plazos impuestos por la regulación de los procedimientos. La DGCCE resume el procedimiento en cinco etapas: a) planteamiento de la cuestión relevante con las hipótesis correspondientes; b) relevancia y fiabilidad de los datos y correspondiente tratamiento econométrico; c) metodología utilizada en el análisis empírico; d) explicación de los modelos y resultados obtenidos y, por último, e) test de robustez de los resultados alcanzados. Con estas referencias, las respuestas aportadas deben ser completas, correctas y puntuales y el análisis económico debe ser consistente y congruente con la evidencia cualitativa y cuantitativa.

El documento pretende ser una guía cuya aplicación exhibe claros elementos cooperativos, a pesar de que incluye obligaciones taxativas, un alto margen de

discrecionalidad en manos de la DGCCE y el derecho a pedir la información que considere pertinente³³. De hecho, la DGCCE enfatiza la pertinencia de la cooperación de buena fe y considera que el diálogo ayuda a todas las partes y la cooperación desde el principio³⁴ se traduce en ahorro de costes, de tiempo y en mejora en la gestión de los procedimientos y en la eficacia del proceso³⁵. Todo ello, en particular, en relación con la información y a su tratamiento.

El documento recomienda a las partes que consulten a la DGCCE en relación con el tipo de análisis empírico que pretenden llevar a cabo para discutir acerca del análisis empírico relacionado con las conductas consideradas anticompetitivas, con los efectos de dichas conductas sobre la eficiencia y sobre la robustez de los resultados. Incluso, la DGC puede proporcionar una plantilla para facilitar la gestión de la información por los interesados, hacer sugerencias sobre el desarrollo de determinados análisis que considere de utilidad para las partes y, a petición de las partes, puede suministrar determinada información sobre datos o códigos relacionados con sus análisis, bajo un estricto control de confidencialidad³⁶.

V.3.2 Alemania

Dado el creciente número de informes económicos sometidos por las partes a la consideración del Bundeskartellamt (BK)³⁷, este organismo hizo público un documento con fecha 20 de octubre de 2010 en relación con la forma y el fondo de los informes realizados por expertos económicos³⁸. El documento, bien estructurado, es un reflejo de las características exigidas en las publicaciones científicas.

El caso del BK es un ejemplo de cooperación —no excesivamente intensa— y de autoridad. En efecto, la División de Decisión (DD)³⁹ del BK decide en cada caso, incluso acerca de cuestiones de segundo orden.

En relación con el procedimiento y las opiniones de los expertos, el BK considera que el análisis de sus opiniones exige esfuerzo y tiempo suficiente. Por esta razón se considera oportuno que durante la fase previa a la entrega de los informes tenga lugar un proceso de intercambio de opiniones entre los expertos y el BK, con tiempo suficiente, sin que ello suponga ningún compromiso por parte de la autoridad.

Dado que la comprensión y la evaluación de las opiniones de los expertos exige tiempo en el contexto de procedimientos con plazos tasados, el BK considera imprescindible que los documentos se presenten con la suficiente antelación⁴⁰ y que

³³ Tomando en consideración el coste de oportunidad del tiempo exigido para el desarrollo de los expedientes sometidos a su consideración.

³⁴ Mediante conversaciones o contactos telefónicos, por ejemplo. En particular sobre el procedimiento elegido para el tratamiento de la información. La DGCCE da importancia a los datos referidos a: costes, bien o servicio producido y características, cifras de ventas, precios, rentabilidad, I+D, capacidad, estrategias empresariales, coeficientes de concentración...

³⁵ La DGCCE, si lo considera oportuno, incluso puede enviar un documento a las partes aclarando la información requerida. Las partes pueden sugerir modificaciones.

³⁶ *Data room procedure*.

³⁷ Bundeskartellamt (2010): Best practices for expert economic opinions. https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-662-43975-3_9

³⁸ Considera el BK que los informes de los expertos no están escritos ni por las empresas ni por los gabinetes jurídicos, sino por empresas de consultoría económica. En todo caso, debe mencionarse que los académicos también intervienen como expertos en los procedimientos ante las ADC.

³⁹ Formada por economistas y no economistas.

⁴⁰ Especialmente cuando incluyan complejos análisis econométricos.

cumplan unos requisitos mínimos⁴¹ que suponen la inclusión de los datos, los programas y las explicaciones necesarias⁴².

El BK justifica la imposición de condiciones desde la perspectiva de la mejora de la transparencia y la eficacia. Y deja claro que los informes de los expertos, pese a su relevancia, son una pieza más del procedimiento, no necesariamente decisiva.

El documento del BK se refiere, en primer lugar, a los principios que deben cumplir las opiniones de los expertos y, en segundo lugar, a los procedimientos. Tales principios incluyen cuestiones generales, las referencias a los análisis teóricos/conceptuales y a los análisis empíricos. Las recomendaciones del BK se extienden a la literatura utilizada y a los modelos elegidos. El BK da más valor a la literatura aceptada como referencia, particularmente si ha contado con la valoración de evaluadores⁴³. En relación con los modelos, susceptibles de ser explicados mediante palabras, gráficamente o matemáticamente, se solicita que su redacción no sea compleja. Además, los supuestos y los modelos deben ser explicados y justificados cuidadosa y detalladamente. Por su parte, la solidez de los modelos debe ser discutida desde la perspectiva de su robustez y de los resultados alcanzados de forma que cuanto mayores sean éstos, mayor es la probabilidad de que su influencia en la decisión sea tomada en consideración.

En relación con los principios generales, las respuestas básicas se refieren a la relevancia, la exhaustividad, la transparencia y la consistencia. Los informes de los expertos, en consecuencia, deben referirse a los métodos empleados, las conclusiones y las implicaciones relevantes en relación con el caso estudiado. Para el BK, los informes incompletos o de difícil comprensión pierden relevancia. Por ello, los supuestos deben ser fáciles de interpretar y estos y las conclusiones deben estar exentos de contradicciones⁴⁴.

Para el BK la resolución final depende del análisis de las opiniones de los expertos y de los resultados del propio análisis de la DD. Por esta razón el BK solicita un resumen no técnico que incluya los siguientes apartados: objeto, metodología, especificación del modelo, resultados y robustez de los mismos.

Dado que en los informes sometidos al escrutinio del BK pueden surgir problemas de confidencialidad, se considera oportuna la presentación de dos versiones: una versión completa y otra versión que excluya los elementos considerados confidenciales.

V.4. El caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La CNMC ha publicado un documento, sin fecha y sin referencias jurídicas ni documentales⁴⁵, cuyo objetivo es regular la presentación de informes económicos ante la Dirección de Competencia de la CNMC (DCCNMC). Aceptada la pretendida enjundia del documento, como se ha hecho en otras ocasiones, hubiera resultado pertinente someterlo a un debate previo con el objetivo de mejorarlo y hacerlo más operativo.

Pese a sus imperfecciones, la publicación debe ser bienvenida pues refleja un intento de ordenar los informes económicos aportados por las partes y asegurar una calidad mínima de los mismos. Si bien el documento presenta similitudes con otros

⁴¹ La experiencia del BK revela que estos requisitos, en el pasado, no siempre se han cumplido.

⁴² En papel y en formato electrónico.

⁴³ Deben incluirse los trabajos no publicados.

⁴⁴ En algunos aspectos la discrecionalidad es evidente.

⁴⁵ Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC, 30 de septiembre de 2018. No figura la fecha de aprobación por el Pleno de la CNMC. Lo dicho no es nuevo y tiene precedentes en documentos similares, no siempre citados y, en ocasiones, reproducidos con fatal similitud.

<https://www.cnmec.es/...guias/Guia%20presentación%20informes%20economicos%20e..>

documentos discutidos anteriormente, se percibe una preferencia por un procedimiento de tratamiento de los informes económicos en el que no exista cooperación entre los economistas de la CNMC y aquéllos de las partes. De esta forma se limita la posibilidad de desarrollar un proceso científico técnico dirigido a aclarar el fondo de los asuntos sometidos a debate; algo posible dadas las mejoras en las técnicas de análisis y en las disponibilidades de datos.

Se trata de un documento novedoso en el ámbito español ya que la propia DCCNMC no ha aportado nunca en el pasado análisis econométricos propios en los expedientes y apenas se han tenido en cuenta los mismos en las decisiones de la CNMC. Es bienvenido este nuevo interés por los informes económicos en general, pero debe hacerse notar que el estándar de prueba que propone la DCCNMC, no sólo para los informes con contenido econométrico sino para todos los informes en general, debe ser de aplicación a sus propios análisis. Esto es importante destacarlo, puesto que hasta la fecha el análisis económico realizado por la AEDC, contenido en los distintos expedientes, dista mucho de cumplir los estándares que propone. En la medida en que las partes y la propia CNMC adopten este nuevo estándar, la calidad del debate teórico contenido en los expedientes es susceptible de mejorar notablemente a partir de ahora.

Sin embargo, debe destacarse el peligro que supone que la CNMC no aplique el estándar propuesto en la realización de sus propios análisis ya que, en ese caso, las nuevas directrices pueden suponer una inversión de la carga de la prueba que puede dañar la capacidad de las partes de ejercer su legítimo derecho de defensa⁴⁶.

Asimismo, la elección de un sistema menos cooperativo que el existente en otros sistemas del entorno comparado, supone olvidar que el contraste de opiniones entre expertos de las partes y de la CNMC es necesario para llegar a la determinación de qué información aportan realmente los datos y los modelos aplicables al caso. El recelo que desprende el documento a entablar un verdadero debate científico entre economistas se percibe también en la consideración que hace la CNMC respecto a la importancia de los informes económicos. Si bien sostiene, en línea con lo afirmado por la DGCCE, que "El análisis económico es fundamental en el área de la competencia"⁴⁷, también afirma que es "un elemento más". Añadiendo mayor cautela todavía en partes sucesivas en las que se reitera que "Hay que destacar que estos informes no son el único factor que influye en las decisiones, sino un elemento más que la Dirección de Competencia debe valorar dentro del conjunto de los argumentos y pruebas recogidos en el expediente".

En línea con informes previos, la CNMC entiende que la publicación de las directrices es necesaria para "Establecer unos estándares de referencia" con unos objetivos en el horizonte, a saber: a) aumentar la previsibilidad del procedimiento para las partes interesadas; b) facilitar la valoración de los informes y comprobar la solidez de los resultados; y c) explicitar la metodología empleada con el fin de que la CNMC pueda reproducir el análisis. Lógicamente, cabe pensar que, como sucede en otro tipo de Guías, presentadas previamente, los principios del análisis científico y las exigencias de las publicaciones científicas están en el horizonte.

⁴⁶ La CNMC dice en la propia Guía que "el contenido de esta guía no es exhaustivo, por lo que puede ser desarrollado o adaptado cuando el caso lo requiera". No dice la CNMC la forma y el procedimiento del desarrollo y la adaptación de dicho contenido, acentuando la inseguridad jurídica de las partes. Y añade: "la CNMC no podrá dar el mismo valor a aquellos informes económicos que no cumplan con los requisitos mínimos contenidos aquí, y especialmente a aquellos que no incluyan el código y los datos en forma electrónica de manera que se pueda reproducir y comprobar la solidez de los resultados". En este punto conviene recordar que, como norma, la DCCNMC no acepta las alegaciones de las partes.

⁴⁷ Dice el documento: "En muchos casos los análisis económicos incluyen análisis cuantitativos y modelos econométricos" y "Los informes económicos pueden ser teóricos/conceptuales o llevar a cabo análisis empíricos".

La DCCNMC exige que el análisis económico se fundamente en “una pregunta que se quiere resolver, ya sea de manera teórica o empírica”. De acuerdo con dicha exigencia establece que los requisitos mínimos que, a su juicio —en línea con lo sostenido por la DGCE— deben cumplir los informes son:

- a) Relevancia: la cuestión relevante, los métodos utilizados y las conclusiones alcanzadas deben quedar claros
- b) Información completa: los informes deben incluir “todo lo necesario” para su evaluación y reproducción
- c) Transparencia: los supuestos deben explicarse y justificarse⁴⁸
- d) Consistencia: los supuestos y los resultados no deben ser contradictorios⁴⁹

Adicionalmente, se recomienda que los informes incluyan, “siempre”, los siguientes apartados: a) resumen ejecutivo; b) versión no confidencial; y c) referencias utilizadas⁵⁰.

En cuanto a la metodología, en el caso de utilización de modelos econométricos se recomienda que se expliquen detalladamente los siguientes pasos: a) especificación; b) estimación; y c) contraste o validación. Etapas de obligado cumplimiento en los análisis académicos, de aplicación general por los expertos.

También se hace referencia a los datos que, se reconoce, no siempre son de fácil acceso ni ser observados con la precisión deseada. En este punto, la CNMC exige:

- a) Descripción del proceso de recogida de datos
- b) Presentación de la base de datos inicial
- c) Descripción de las variables y problemas encontrados
- d) Explicación del tratamiento realizado en la base de datos
- e) Descripción de las variables de la base de datos definitiva y su tratamiento

Por fin, cuando se refiere a los resultados, la Guía también exige que todos los pasos “deben quedar explicados”, de acuerdo con la tradición de los artículos académicos. Se habla de los resultados estadísticamente significativos (al 1%, 5% ó 10%), de los *test* de diagnóstico habituales y de la robustez de los resultados

Estos estándares son similares a los exigidos por revistas científicas en el área de Economía. Nos parece adecuado tener en el horizonte los estándares habitualmente utilizados en la literatura científica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las limitaciones temporales con las que se realizan los informes económicos dados los plazos procesales de obligado cumplimiento hacen que los autores tengan un plazo de realización muy inferior al que habitualmente se utiliza para realizar una investigación publicable en las revistas punteras en Economía. Por este motivo, imponer estándares similares puede suponer una merma de la capacidad de defensa de las partes, que pueden aportar evidencia económica enormemente relevante, aunque no se cumplan alguno de los estándares científicos que marca la nueva guía. Estas limitaciones podrían salvarse a través de un proceso cooperativo en el que los economistas de las defensas y los de la CNMC tuvieran ocasión de determinar conjuntamente los modelos adecuados y la razonabilidad de los supuestos necesarios para la modelización. De otra manera, el

⁴⁸ Se añade, sorprendentemente, que “la sensibilidad de los resultados a un cambio en los supuestos debe estar reflejada explícitamente”.

⁴⁹ También sorprende que el documento añada: “y en el caso de que lo fueran debería explicitarse cuál es el preponderante”. Y añade la CNMC: “Los resultados más robustos tendrán más peso a la hora de valorar los casos”, sin explicitar los criterios utilizados para calibrar la “robustez” de los resultados.

⁵⁰ En el caso de que las referencias no hayan sido publicadas, éstas deben remitirse a la CNMC.

documento de la CNMC no hace sino crear barreras a las posibilidades de defensa de las partes que las sitúan en una posición de inferioridad respecto a la DCCNMC.

Por este motivo, la lectura del documento de la CNMC puede dar la impresión de que se ha priorizado la posibilidad de fijar obstáculos a los análisis económicos presentados que faciliten la no aceptación de los mismos frente a la búsqueda de la mejor evidencia científica posible mediante un procedimiento de intercambio de información entre las partes y la CNMC. Es decir, en ocasiones parece que se ha preferido el principio de autoridad al análisis científico de los casos.

VI. CONCLUSIÓN

En los últimos años las ADC han ido reconociendo la relevancia del análisis económico en el proceso de argumentación de sus decisiones. Esto supone que, en muchos casos, deben tomarse en consideración los efectos de las conductas y llevar a cabo el correspondiente análisis de restricciones a la competencia y efectos positivos sobre la eficiencia de las conductas examinadas.

Recientemente, la CNMC, en línea con lo hecho previamente por algunas ADC ha publicado un documento dirigido a regular la presentación de los Informes económicos que acompañan a los documentos jurídicos en los expedientes sometidos a su consideración. En el presente trabajo se han analizado las ventajas del análisis económico y una muestra de documentos que han precedido al desarrollado por la CNMC.

El documento de la CNMC representa un avance enorme respecto al tratamiento de los informes económicos respecto a épocas anteriores, que pone de manifiesto la importancia que los informes económicos están llamados a tener en el futuro próximo de los casos sustanciados ante la CNMC. Sin embargo, la CNMC se ha alejado de los modelos de cooperación y se ha refugiado en un conjunto de estándares que conllevan el riesgo de crear cierta indefensión a las partes ya que la propia DCCNMC no ha cumplido en el pasado los requisitos que plantea. Y no menos relevante: en una cuestión que conlleva dificultades y riesgos en la elaboración de los datos y en la interpretación de los resultados, tiene la capacidad de interpretar hasta qué punto se cumplen en los informes de las defensas los nuevos requisitos exigidos.

Esperemos que el uso de las directrices se vaya acercando a los modelos cooperativos y redunde en una mejora del uso de la ciencia económica en la resolución de los casos y no en un aumento de la indefensión.