

De un Vistazo

Cuantificación de Daños en la Unión Europea

Las infracciones al derecho de competencia perjudican económicamente a los consumidores y a las empresas. Por ejemplo, los cárteles y los abusos de posición de dominio son capaces de distorsionar los precios en los mercados, afectando de forma negativa al bienestar social. Sin embargo, la legislación europea permite que las víctimas de estas infracciones puedan reclamar indemnizaciones por los daños sufridos. De hecho, es frecuente que los infractores no solo enfrenten las multas impuestas por las autoridades de competencia sino también importantes reclamaciones de daños.

La Comisión Europea se ha esforzado por fortalecer la aplicación del derecho de la competencia en el ámbito privado mediante el fomento de las demandas de indemnización, y prueba de ello es la publicación de la directiva de daños. Gracias a ello, estas acciones son cada vez más comunes ante los tribunales europeos, especialmente en Alemania, el Reino Unido y los Países Bajos. Además, hay un número aún no determinado de disputas acordadas extrajudicialmente que involucra importes sustanciales.

Experiencia de NERA

NERA ha estado involucrada desde hace muchos años en la cuantificación de daños, brindando asesoría tanto a demandados como a demandantes en los Estados Unidos y en la Unión Europea. Esto incluye un extenso portafolio de trabajo en casos nacionales e internacionales de cárteles de diverso tipo. En particular, la experiencia de NERA en reclamaciones de daños en Europa abarca sectores tan diversos como: camiones pesados, servicios aéreos de carga, transporte de carga, cemento, conmutadores con aislamiento de gas, tuberías de gas, gas licuado de petróleo, vías de ferrocarril, tejas, azúcar, café, piezas de automóviles, productos químicos, ascensores y escaleras mecánicas, productos de ingeniería de madera, e inclusive los tipos de interés de referencia como el LIBOR, entre otros.

En el caso particular de España, por ejemplo, NERA estimó los daños para la primera reclamación exitosa en un caso de colusión: el cártel del azúcar. Además, recientemente ha estimado los daños para decenas de miles de camiones en el caso del cártel europeo de camiones.

Con el patrocinio de la Comisión Europea, los expertos de NERA han impartido seminarios sobre estimación de daños a jueces en distintas jurisdicciones y han publicado artículos sobre las herramientas empíricas de cuantificación en el contexto de las legislaciones americana, europea y española. Sin embargo, la experiencia de NERA en la cuantificación de daños es amplia y no se limita a lo estrictamente relacionado con el derecho de la competencia. Hemos estado también activos en muchos procedimientos de arbitraje nacional e internacional, en donde se han zanjado disputas comerciales muy significativas.

La cuantificación de daños es una rama muy extensa; pero la experiencia de NERA en este campo es amplia y profunda. El trabajo de NERA se ve fortalecido gracias al apoyo mutuo entre sus distintas prácticas y a su red mundial de afiliados académicos de reconocido prestigio. De esta forma, somos capaces de brindar asesoría sin igual, con el más alto nivel de calidad y logrando los mejores resultados para nuestros clientes.

Introducción a los daños

Los daños sufridos y la compensación que puede reclamarse en una acción legal siempre tienen como base la comparación de la situación real en la que se encuentra la víctima con la situación en que habría estado de no haberse cometido la infracción. Esto requiere de la construcción de un escenario hipotético -también denominado contrafactual- el cual representa la situación que más probablemente hubiese surgido en ausencia de la infracción. Sin embargo, la construcción de este escenario de contraste presenta importantes retos conceptuales y empíricos, lo que impone una carga de exigencia importante sobre los distintos enfoques metodológicos.

Composición del daño

Según la legislación comunitaria, en general se exige que la indemnización por daños sufridos debe colocar a la parte dañada en la situación en la que habría estado si la infracción de competencia no hubiera ocurrido. En consecuencia, el daño ocasionado por una infracción comprende, a grandes rasgos, tres elementos -todos reconocidos por los tribunales europeos-: el efecto precio ("daño emergente"), el efecto cantidad ("lucro cesante") y los intereses. Por ejemplo, en el contexto de un cártel que afecta el precio de un insumo, el efecto precio es la pérdida directamente atribuible a la conducta contraria a la libre competencia y se define como la reducción de los márgenes de los fabricantes del producto debido a sus mayores costes. Es decir, se trata de cuantificar la parte del incremento de los precios de los inputs que fue inducida por el cártel y que el afectado no pudo repercutir a sus propios clientes.

Por otro lado, el efecto cantidad es el impacto indirecto sobre el comprador del insumo que surge por la pérdida de beneficios asociada a una reducción de las ventas. Esta reducción es ocasionada por el aumento de sus precios en respuesta a unos mayores costes de producción. Así, el efecto cantidad es el producto del margen que el afectado habría obtenido por sus productos sobre las unidades adicionales que habrían sido vendidas en ausencia del cártel. El tercer elemento es el pago de intereses desde el momento del daño hasta que se produce la compensación. Conceptualmente los tres elementos juegan un papel importante en el cálculo del

daño. Sin embargo, el efecto sobre los precios -a menudo expresado en términos de sobrecostes y sujeto a una posible repercusión hacia los consumidores- suele ser el más prominente.

Métodos de cálculo

Todos los anteriores componentes del daño parten de la comparación con el escenario contrafactual. Para establecer los precios y/o cantidades en este escenario, los métodos más comúnmente utilizados emplean "mercados de comparación", o sea mercados que no han sido afectados por la conducta anticompetitiva. Un mercado de comparación puede ser el mismo mercado del producto afectado, pero en un periodo anterior o posterior a la conducta anticompetitiva. En este caso el enfoque se denomina mercado de comparación temporal. Otras alternativas pueden ser el mismo producto en una región geográfica diferente (mercado de comparación geográfico) o un mercado distinto, pero estructuralmente similar (mercado de comparación de producto). Haciendo uso de la técnica analítica de diferencias sobre las diferencias, estos enfoques pueden combinarse.

Cada uno de estos enfoques requiere normalmente del uso de métodos econométricos tales como el análisis de regresión múltiple para tener en cuenta las diferencias relevantes entre el mercado afectado por la conducta anticompetitiva y el mercado de comparación escogido. Por ejemplo, los costes de los insumos relevantes o las condiciones de demanda para el producto en cuestión probablemente varían en el tiempo, así como entre mercados geográficos, y ciertamente también varían entre diferentes productos. Esas diferencias en los costes de los insumos o en la demanda deben tenerse en cuenta al momento de estimar los precios en el escenario contrafactual. Por lo tanto, una cuantificación válida y robusta de daños requiere no solo de un profundo conocimiento de la industria en cuestión sino también de experiencia en la aplicación de métodos estadísticos a cuestiones económicas.

Además de la comparación con otros mercados, se han propuesto otros métodos para la cuantificación de daños. Una aproximación alternativa implica la estimación del precio en el escenario contrafactual mediante una construcción "*bottom up*"; es decir, valiéndose de información sobre los distintos costes de producción, incluido el coste de capital. Otra ruta un tanto similar

es la comparación de los retornos de una empresa directamente con su coste de capital; este enfoque simplemente supone que, en ausencia de la infracción a la ley de competencia, las partes habrían obtenido como beneficios su coste de capital. Este concepto refleja los retornos requeridos por los inversionistas para aportar y mantener su capital en la empresa.

Ambos métodos requieren, entre otras cosas, conocimientos especializados para calcular el coste del capital de una empresa, que puede obtenerse, por ejemplo, valiéndose del concepto de “coste promedio ponderado del capital” (WACC, por sus siglas en inglés) -una medida estándar de los rendimientos en industrias reguladas- o el “modelo de valoración de activos financieros” (CAPM) -que estima la rentabilidad requerida de cierto activo agregando al rendimiento libre de riesgo la prima de riesgo propia del activo-.

Otros métodos alternativos para la construcción del contrafactual se basan en simulaciones de mercado utilizando modelos matemáticos calibrados con datos del sector para simular lo que debería haber sido el precio en competencia.

Cada uno de estos métodos implica diferentes niveles de complejidad y se apoya en diferentes supuestos subyacentes y en la disponibilidad de datos. Como la elección del método para estimar el escenario contrafactual tiene el potencial de afectar la magnitud del daño estimado y, en última instancia, la credibilidad misma de la reclamación de daños, resulta de una importancia fundamental la comprensión de las implicaciones y la robustez de los diferentes métodos y supuestos.

El *Passing-on*

La repercusión denota la parte del sobrecoste que el afectado traslada aguas abajo en la cadena de valor a través de precios más altos de sus productos. NERA tiene amplia experiencia en la valoración teórica y empírica del *passing-on* que define el daño a compradores indirectos. Esto involucra, por ejemplo, un análisis detallado del tipo de coste que representa el insumo afectado (coste variable versus coste fijo) y de las condiciones de demanda del mercado aguas abajo (particularmente, la elasticidad), así como una valoración respecto de si la infracción habría afectado o no a todos los competidores. Para ello, hacemos uso de diversas metodologías cuantitativas de vanguardia para determinar el grado de repercusión.

Sinergias entre Prácticas

Asesorar a los acusados y a los demandantes en materia de reclamaciones de daños requiere de un conocimiento conceptual detallado de economía, finanzas, estadísticas y econometría. También requiere de un conocimiento profundo del mercado que se examina y del mercado de comparación utilizado. En este sentido, una ventaja específica con la que contamos en NERA es que nos apoyamos sistemáticamente no sólo en nuestra amplia y profunda experiencia en la estimación de daños como tal, sino también en la especialización sectorial derivada de nuestro trabajo en el campo de la regulación (por ejemplo, en el sector de la energía o de las telecomunicaciones) y en la experiencia metodológica más amplia de otras áreas de la empresa, tales como la Práctica de Valores y Finanzas.

Sobre NERA

NERA Economic Consulting (www.nera.com) es una firma global de expertos dedicados a la aplicación de la economía, las finanzas, y los principios cuantitativos a asuntos legales y empresariales complejos. Durante más de medio siglo, los economistas de NERA han desarrollado estrategias, estudios e informes y, en su calidad de expertos, han brindado testimonio y recomendaciones de política para autoridades gubernamentales, para los bufetes de abogados más prestigiosos del mundo y para diversas corporaciones. Aportamos rigor académico, objetividad y verdadera experiencia industrial para analizar cuestiones relacionadas con la competencia, la regulación, las políticas públicas, la estrategia empresarial, las finanzas y los litigios, etc.

Los clientes de NERA valoran nuestra capacidad para aplicar y comunicar enfoques vanguardistas de manera clara y convincente, nuestro compromiso de ofrecer resultados imparciales y nuestra reputación de calidad e independencia. Confían en la integridad y las habilidades de nuestro equipo de economistas y otros expertos respaldados por los recursos y la fiabilidad de una de las empresas de consultoría económica más grandes del mundo. Con su oficina principal en la ciudad de Nueva York, NERA atiende a clientes globales desde más de 25 oficinas en Norteamérica, Europa y Asia Pacífico.

Contacto

Dr. Pedro Posada

Associate Director
pedro.posada@nera.com

España

Goya 24, 6a Planta
28001 Madrid
España
Tel: +34 91 212 64 00

Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud

Managing Director
Director de la Práctica Europea de Economía de la
Competencia
frank.maier-rigaud@nera.com

Alemania

Unter den Linden 14
10117 Berlín
Alemania
Tel: +49 30 700 150 680

Bélgica

Square de Meeûs 37
4ª Planta
1000 Bruselas
Bélgica
Tel: +32 2 674 88 18