

Fiabilidad y control de los análisis econométricos en el Derecho de la competencia. Una aproximación desde el Derecho comunitario y norteamericano¹.

Comunicación presentada en el Primer congreso de la Asociación Española de Derecho y Economía a celebrarse en la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 1-2 de julio de 2010.

Juan C. Hernández H.
Universidad de Navarra.
Profesor de Derecho administrativo.
Investigador del Instituto Cultura y Sociedad.
jchernandez@unav.es

*(Versión preliminar. No citar sin consentimiento del autor.
Comentarios son bien recibidos)*

ABSTRACT

En el Derecho europeo de la competencia cada vez es más frecuente acudir a estudios econométricos para fundamentar las decisiones adoptadas por las autoridades comunitarias. Sin embargo, en este ámbito aun está por construir una doctrina sólida sobre los criterios para dotar de fiabilidad las conclusiones que se extraen de dichos análisis. Tampoco existe un criterio claro respecto al papel que deben jugar los tribunales comunitarios en la revisión de valoraciones económicas extraídas de estos análisis empíricos.

En este trabajo nos aproximamos a esta problemática y apuntamos algunos criterios partiendo de la jurisprudencia comunitaria y norteamericana, así como de los lineamientos publicados por la Comisión Europea. Para ello, en primer lugar nos centramos en la utilización y método de las técnicas econométricas así como en algunos de los problemas que plantean desde la perspectiva del Derecho. En segundo lugar, se hace una breve referencia a los lineamientos de mejores prácticas para la presentación de pruebas económicas, recientemente publicado por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea y su eficacia jurídica. Posteriormente, se aborda el margen de discrecionalidad con que cuentan las autoridades administrativas y el alcance del control judicial de las valoraciones económicas desarrolladas en dicho marco, prestando atención a algunos asuntos resueltos por los Tribunales comunitarios. Finalmente, tomando como referencia la experiencia norteamericana, presentamos algunas orientaciones para dotar de mayor fiabilidad los análisis econométricos.

Palabras clave: competencia, econometría, discrecionalidad, control judicial.

¹ Este trabajo forma parte de una investigación en curso sobre el control de las decisiones y pruebas técnicas en procedimientos administrativos de gestión de riesgos, que se desarrolla en el marco del proyecto DER2008-04154 “Gobernanza en procedimientos administrativos de gestión del riesgo”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

*SUMARIO: I. La utilización de las técnicas econométricas en el Derecho de la competencia. II. El método de aplicación de las técnicas econométricas. III. Algunos problemas que plantea la utilización de la econometría desde la perspectiva del Derecho. IV. Los lineamientos sobre mejores prácticas para la presentación de pruebas de naturaleza económica de la Dirección General de Competencia. V. El estado de la cuestión: la discrecionalidad de las autoridades administrativas y el alcance del control judicial de las valoraciones económicas. VI. El control de los estudios econométricos por los tribunales comunitarios: los asuntos *Airtours* y *Schneider*. VII. La necesidad de establecer algunos criterios. La experiencia norteamericana.*

I. La utilización de las técnicas econométricas en el Derecho de la competencia.

La determinación de los efectos que algunas conductas pueden tener en el correcto funcionamiento de los mercados es una preocupación central del Derecho de la competencia. Sin embargo, realizar esta tarea en el caso concreto resulta de una complejidad considerable. Esto es consecuencia, en parte, del elevado número de factores relevantes a considerar. Para tratar de abarcar esta complejidad las autoridades de competencia han acudido desde hace algún tiempo a las técnicas econométricas².

La econometría es una ciencia que ha encontrado buena acogida en la aplicación de normas con claro contenido económico³. Consiste en la aplicación de técnicas estadísticas y la obtención de inferencias a partir de los elementos observados, con la finalidad de evaluar las teorías económicas y sus predicciones⁴. Como se puede ver, la aplicación de técnicas econométricas resulta particularmente valiosa en el ámbito del Derecho de la competencia al permitir, mediante una aproximación empírica, probar o rechazar las asunciones sobre las que se han construido las teorías económicas que sustentan las decisiones.

Sin embargo, por la naturaleza misma de los análisis económicos, y más aún, las limitaciones propias de los estudios econométricos, su aplicación como criterio material de decisión puede plantear algunos problemas desde la perspectiva del Derecho y de su control judicial, como más adelante señalaremos. Ahora bien, para entender los problemas jurídicos que pueden plantear la utilización y posterior control de las técnicas econométricas conviene, en primer lugar, aproximarnos brevemente a la mecánica de su funcionamiento.

² En este sentido, BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2002: 319).

³ De allí que no resulte extraño que algunos autores hayan señalado que “la econometría esta relacionada con la determinación empírica de las leyes económicas”. En este sentido, THEIL, Henri (1971: 1).

⁴ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 1). Como señala GUJARATI, Damodar (2003: 1), si bien literalmente econometría significa medición económica, el alcance de la econometría es mucho mayor.

II. El método de aplicación de las técnicas econométricas.

El proceso de aplicación de las técnicas econométricas se asemeja al utilizado en la investigación de la ciencia económica⁵. Siguiendo a Mittelhammer (et. al), este proceso envuelve varios pasos que se inician con la determinación del proceso económico. Este constituye el objeto que el analista intenta comprender, y respecto al que sólo existe información parcial y un cierto grado de incertidumbre. Posteriormente se pasaría al proceso de abstracción, en el que teorías, hechos, asunciones y métodos de evaluación relacionados con variables aleatorias se resumen en un modelo que explique el proceso económico⁶. El modelo econométrico, es entonces un modelo económico que incluye las especificaciones necesarias para su aplicación empírica. En su construcción se pueden distinguir varias etapas, aunque su elaboración no constituye un proceso lineal que siga un orden preestablecido⁷.

En primer lugar, se especifica el modelo que constituye una representación simplificada de la realidad. Para que sea plausible y manejable debe incorporar en su estructura los elementos fundamentales de la situación que trata de modelizar, de forma tal que las simplificaciones introducidas en su construcción permitan analizar y obtener sin dificultad conclusiones acerca de aquélla⁸. En éste deben incluirse las variables a analizar, las expectativas teóricas acerca del signo y tamaño de los parámetros de la función y la elección de la forma matemática de la relación económica. Esta fase de especificación, estará guiada por la teoría económica, en la que se encontrarán las variables que pueden explicar un determinado fenómeno⁹.

Una vez especificado el modelo debe proceder a estimarse. La estimación constituye la etapa estrictamente técnica, que exige el conocimiento de las distintas técnicas econométricas, sus hipótesis de funcionamiento y sus implicaciones económicas. En ella se recolectan las observaciones estadísticas de las variables incluidas en el modelo, se examinan las condiciones de identificabilidad de la función objetiva de análisis, los problemas de agregación entre variables y el grado de correlación entre las variables explicativas, además de elegir la técnica econométrica más apropiada para la estimación de la función, junto con un examen crítico de sus hipótesis e implicaciones económicas¹⁰.

Posteriormente, se procederá a la evaluación de las estimaciones. Se determina la fiabilidad de los resultados obtenidos, utilizando criterios de diverso tipo: los criterios

⁵ Así, MITTELHAMMER, Ron, et al (2000: 6).

⁶ Ídem.

⁷ DIAZ FERNANDEZ, Monserrat y LLORENTE MARRÓN, María del Mar (1998: 23-24).

⁸ Ídem, p. 23.

⁹ Ídem, p. 25.

¹⁰ Ídem, p. 29-30.

económicos, vendrán determinados por los principios de la teoría económica y se referirán al signo y magnitud de los parámetros de las relaciones económicas; los criterios estadísticos, que tendrán por fin evaluar la fiabilidad estadística de la estimación de los parámetros del modelo; y, los criterios econométricos, cuyo objetivo será la contrastación del cumplimiento de los supuestos en que se apoyan las técnicas econométricas empleadas¹¹.

Finalmente debe evaluarse el poder predictivo del modelo estimado. Esto dependerá de las denominadas propiedades deseables, es decir, de su plausibilidad teórica, capacidad predictiva, y fiabilidad de las estimaciones de los parámetros poblacionales y de simplicidad. En este sentido, el modelo debe ser compatible con los postulados establecidos por la teoría económica y describir de manera adecuada los fenómenos económicos con que se relaciona. Además debe ser consistente con el comportamiento observado de las variables económicas cuya relación determina y representar las relaciones económicas de la forma más sencilla posible¹².

Ahora bien, pese al complejo proceso técnico que envuelve el desarrollo de las técnicas econométricas, no debemos olvidar que nos movemos en el espectro de una ciencia empírico-social donde el azar juega un papel relevante. De ahí que la utilización de estas técnicas, al menos desde la perspectiva del Derecho, pueda ser objeto de objeciones considerables.

III. Algunos problemas que plantea la utilización de la econometría desde la perspectiva del Derecho.

La primera crítica que puede hacerse a este tipo de análisis tiene que ver con la disponibilidad de los datos, lo que puede generar cierta preocupación respecto a la aplicabilidad práctica de los test necesarios¹³. Es comúnmente aceptado que la cantidad y el tipo de información ideal para conducir correctamente los análisis econométricos raramente están disponibles¹⁴.

Esto forzosamente no constituye un impedimento para el desarrollo de los análisis, pues en la mayoría de los casos éstos se desarrollan con base en la información disponible, no con la información completa¹⁵. Sin embargo, esto nos conduce directamente al segundo problema. Incluso cuando los análisis han sido correctamente desarrollados, es posible que se fundamenten en información incompleta¹⁶. En este caso

¹¹ Ídem, p. 30-31.

¹² Ídem, p. 31.

¹³ En este sentido, AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 7).

¹⁴ BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2002: 322).

¹⁵ Ídem

¹⁶ Así, AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 7).

las posibles deficiencias pueden referirse bien a las variables que se quieren analizar o bien al horizonte temporal necesario. Tratándose de análisis estadísticos también puede objetarse cuán representativa es la información disponible respecto a la totalidad del proceso competitivo¹⁷.

Por otra parte, y partiendo de la corrección en la aplicación de los análisis, es posible que el poder predictivo del modelo estimado no sea fiable. En este sentido, es posible que el modelo sea significativo económica, estadística y económicamente respecto al período muestral para el que ha sido estimado, pero sea poco fiable para la predicción debido a un comportamiento estructural inestable¹⁸.

Además, siempre es posible que los análisis hayan sido incorrectamente desarrollados. Piénsese por ejemplo en la especificación del modelo. Esta constituye la parte más importante y difícil de cualquier investigación econométrica, por lo que no resulta extraño que constituya el punto más débil de la mayor parte de las aplicaciones¹⁹. El error más frecuente es la omisión de variables o ecuaciones, así como la elección incorrecta de la relación funcional. No obstante, también es posible encontrar imperfecciones o inconsistencias en cuanto a la teoría establecida, e incluso limitaciones en cuanto al conocimiento de los factores operativos en cada caso particular²⁰.

Finalmente, en algunos supuestos las objeciones pueden ser mayores, como ocurre en las concentraciones de empresas, en las que los análisis empíricos descansan en el uso de información histórica. Esto plantea dudas respecto a si dicha información puede considerarse un indicador apropiado respecto al futuro comportamiento de las empresas afectadas. En este caso, al valorar los efectos competitivos de la concentración, debe tenerse en consideración que como resultado de la operación posiblemente se generarían cambios respecto al comportamiento de los suministradores y de los consumidores, que los análisis empíricos no estarían en condiciones de responder²¹.

IV. Los lineamientos sobre mejores prácticas para la presentación de pruebas de naturaleza económica de la Dirección General de Competencia.

Ante esta problemática, y con la intención incrementar la transparencia del procedimiento, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea ha

¹⁷ BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2002: 322).

¹⁸ DIAZ FERNANDEZ, Monserrat y LLORENTE MARRÓN, María del Mar (1998: 31).

¹⁹ DIAZ FERNANDEZ, Monserrat y LLORENTE MARRÓN, María del Mar (1998: 29).

²⁰ *Ibidem*. En estos casos, como señalan DIAMOND, Peter y HAUSMAN Jerry (1994: 45), ninguna inferencia es mejor que una inferencia equivocada.

²¹ BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2002: 323).

publicado recientemente los lineamientos sobre mejores prácticas para la presentación de pruebas económicas²².

Como señalan los mismos lineamientos, su objetivo es que la información, estudios o análisis económicos cumplan con un marco preestablecido que, entre otros, garantice el cumplimiento de un estándar mínimo que permita evaluar su relevancia e importancia²³. Para ello, establecen ciertas recomendaciones acerca del contenido y presentación de análisis económicos y econométricos²⁴. De esta forma se pretende que tanto la Comisión como las partes, puedan evaluar la calidad y relevancia de las pruebas presentadas, valorando su cualidad intrínseca desde una perspectiva técnica²⁵.

En cuanto a los criterios, las «mejores prácticas» distinguen dos dimensiones: por una parte, encontramos aquellos que se dirigen a determinar la calidad intrínseca de las pruebas o estudios económicos y econométricos, y por otra, las recomendaciones relacionadas con el peso específico que puede darse a dichas pruebas para demostrar los hechos y teorías que soportarán la decisión administrativa²⁶. Los lineamientos se encargan de desarrollar de manera general un marco de análisis que envuelve varios pasos, incluyendo la determinación de la cuestión relevante, la recolección y fiabilidad de los datos, la elección del método empírico y la interpretación de los resultados.

El primer paso, por tanto, consiste en la determinación de la cuestión o pregunta a la que el estudio busca dar respuesta. La cuestión, como establecen los lineamientos debe ser relevante en atención al caso analizado²⁷. A tales efectos, la pregunta debe motivarse y formularse de manera tal que no de lugar a ambigüedades interpretativas, teniendo en cuenta la naturaleza del caso (vgr. concentración, práctica anticompetitiva, etc.), del sector analizado (vgr., energía, telecomunicaciones, etc.) y la teoría económica propuesta (vgr., teorías del daño competitivo).

La hipótesis que quiera probarse, debe señalarse de manera explícita, así como aquellas que puedan considerarse alternativas posibles. Además, deben señalarse las razones por las cuales otras son descartadas. Igualmente, debe analizarse la relación entre la hipótesis que se pretenda probar y la teoría del daño competitivo que soporte el análisis económico²⁸.

²² “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”. Traducción propia. En adelante, lineamientos de la DG Competencia.

²³ Lineamientos de la DG Competencia, par. 2.

²⁴ NEVEN, Damien y DE CONINCK, Raphaël (2010; 1).

²⁵ Lineamientos de la DG Competencia, par. 2 y 3.

²⁶ En este sentido, NEVEN, Damien y DE CONINCK, Raphaël (2010; 2).

²⁷ Lineamientos de la DG Competencia, par. 16.

²⁸ Lineamientos de la DG Competencia, par. 16-19 y anexo I.

En cuanto al segundo paso, debe tenerse presente que la calidad de los análisis empíricos dependerán de la relevancia y fiabilidad de los datos subyacentes. Esto supone el cumplimiento de determinados parámetros: no sólo deben proveerse todos los datos, además debe señalarse su método de recolección, selección y valoración de las variables. Además, deben explicitarse las posibles anomalías y los esfuerzos realizados para corregirlos, teniendo presente que la carencia o imperfección de los datos no supone, de suyo, la invalidez de los análisis obtenidos²⁹.

La determinación de la metodología a utilizar constituye un elemento clave de los análisis econométricos. Como señalan Neven y De Coninck, tanto economistas, como expertos estadísticos o económetras han desarrollado diversas metodologías y todas ellas presentan fortalezas y debilidades³⁰. El elemento clave consiste, por tanto, en motivar la elección del método elegido. Para ello, debe tenerse en consideración las limitaciones respecto a la información disponible, las características del mercado analizado, la cuestión relevante³¹ y las razones por las cuales la metodología encaja con las hipótesis que deben probarse. Además, para garantizar la robustez de las conclusiones, debe discutirse acerca de los resultados que se obtendrían en caso de acudir a metodologías alternativas³².

Finalmente, en cuanto a los resultados, la Comisión exige que sean presentados de forma clara e inteligible, acompañando la serie de datos que soporta las conclusiones, de manera que puedan replicarse. A tales efectos, la Comisión recomienda que los datos sean presentados siguiendo los estándares y formatos utilizados en las revistas académicas. Además, exige que en la presentación de los resultados, no sólo se discuta la significancia estadística de éstos, sino su relevancia práctica teniendo en consideración la teoría económica relevante³³.

Ahora bien, pese al avance que supone la publicación de estos lineamientos para incrementar la transparencia, y en consecuencia el deber de diligencia y la buena administración³⁴, queda por determinar el alcance y la autovinculación que los lineamientos conllevan para la propia Comisión. En este sentido, no debe perderse de vista que nos encontramos ante un instrumento atípico del Derecho comunitario, que en principio carece de efecto vinculante, tal como se desprende del art. 288 TFUE (antiguo art. 249 TCE).

²⁹ Lineamientos de la DG Competencia, par. 20-23 y anexo I.

³⁰ NEVEN, Damien y DE CONINCK, Raphaël (2010; 2).

³¹ *Ibidem*.

³² Lineamientos de la DG Competencia, par. 24-30 y anexo I.

³³ Lineamientos de la DG Competencia, par. 32-36 y anexo I.

³⁴ Respecto a la conexión entre transparencia, deber de diligencia y buena administración, véase NEHL, Hanns Peter (1999). En el ámbito español, entre otros, TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2004).

Concretamente, nos encontramos ante un acto de *Soft Law* de naturaleza interpretativa o decisoria³⁵. Estos instrumentos, como ha sentado la jurisprudencia, si bien en sentido estricto carecen de efectos *ad extra*, resultan vinculantes para la Comisión en la medida en que lo exigen los principios de igualdad de trato, confianza legítima y seguridad jurídica³⁶. Sin embargo, el alcance de dicha autovinculación dependerá de las fórmulas utilizadas. Es decir, la posibilidad de exigir a la Comisión que respete los criterios autoimpuestos dependerá de si utilizó términos imperativos que no le permitieran reservarse margen alguno de apreciación o le imposibilitaran elegir entre distintas alternativas posibles³⁷. Este no parece ser el caso.

Los lineamientos, no sólo dejan claro que no modifican la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, las comunicaciones de la Comisión ni su misma práctica decisional, sino que contienen una reserva expresa de modificación y adaptación de los criterios establecidos atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto³⁸. Por tanto, debe concluirse que si bien se ha avanzado unos cuantos enteros, la decisión final sobre la fiabilidad de los estudios econométricos recaerá en los tribunales comunitarios.

V. El estado de la cuestión: la discrecionalidad de las autoridades administrativas y el alcance del control judicial de las valoraciones económicas.

Como se ha comentado, no están del todo claros los efectos vinculantes de los lineamientos de la DG Competencia. Tampoco lo está el alcance del control que puedan desarrollar los tribunales comunitarios tanto de dichos lineamientos, como de los criterios que deben utilizarse para determinar si los análisis econométricos se han construido de manera tal que las conclusiones que sustenten resulten fiables. También queda por determinar, si su control debe ir más allá de la doctrina que han sentado los tribunales a partir de las sentencias *Airtours*, *Schneider* y *Treta Laval*. De ahí que sea necesario pasar a analizar estos aspectos.

Tradicionalmente los tribunales comunitarios han desarrollado una labor de autocontención cuando se encuentran ante valoraciones económicas de carácter complejo. En principio, los tribunales han venido repitiendo la doctrina que desde 1966

³⁵ Al respecto véase SENDEN, Linda (2004: 138 y ss). También ALONSO GARCÍA, Ricardo (2001: 63 y ss) y SARMIENTO, Daniel (2008).

³⁶ Así, entre otros, STPI de 26 de septiembre de 2006, T-329/041, *Archer Daniels Midland Co* contra Comisión de las Comunidades Europeas, par. 40.

³⁷ Así, STJCE de 8 de julio de 1999, C-51/92 P, *Hercules Chemicals NV* contra Comisión de las Comunidades Europeas. También, STPI de 17 de diciembre de 1991, T-7/89, *Hercules NV* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

³⁸ Lineamientos de la DG Competencia, par. 7 y 8.

sentó en asuntos como *Consten Grundig* o *Roquette* respecto a la revisión de las valoraciones complejas³⁹.

Así, por ejemplo en materia de control de concentraciones de empresas, en el asunto *Kali und Salz*⁴⁰, el Tribunal de Justicia sostuvo que los análisis que debe realizar la Comisión deben atender a las circunstancias pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre la competencia en el mercado de referencia, lo que supone conferir a la Comisión “cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico”⁴¹. Por tanto, el control que realice el Juez comunitario debe tener en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de concentraciones. Con posterioridad a *Kali und Salz*, el TPI reafirmaría esta doctrina en algunas sentencias⁴².

Sin embargo, a partir de la jurisprudencia sentada en los asuntos *Airtours*⁴³, *Schneider*⁴⁴ y *Tetra Laval*⁴⁵, los Tribunales comunitarios dejaron claro que están dispuestos a dar un paso adelante en el control de los análisis económicos, dejando atrás la renuncia irrestricta que venían manteniendo respecto a las decisiones en las que se encontraban con elementos complejos de naturaleza económica⁴⁶.

Los Tribunales comunitarios parecen dispuestos a analizar las valoraciones y teorías económicas de la Comisión siempre que así lo exija el control judicial. Conforme con esto, el Tribunal de Primera Instancia realizará un análisis más profundo de los elementos fácticos que sustentan las valoraciones económicas si existe, por ejemplo, una elevada interrelación entre la teoría económica y el concepto legal analizado (vgr. posición de dominio, mercado relevante, etc.), o lo que es lo mismo, que no pueda tratar los conceptos legales sin referirse al análisis económico⁴⁷. También es probable que lo haga si resulta necesario articular y establecer la proposición económica

³⁹ NICHOLSON, Malcolm, CARDELL, Sarah y MCKENNA, Bronagh (2005: 123).

⁴⁰ STJCE de 31 de marzo de 1998, as. ac. C-68/94 y C-30/95, *Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA)* y *Entreprise Minière et Chimique (EMC)* contra Comisión de las Comunidades Europeas, par. 143.

⁴¹ *Stcia. Kali und Salz*, par. 223.

⁴² Así, por ejemplo, en los asuntos *Gencor*, STPI de 25 de marzo de 1999, T-102/96, *Gencor Ltd.* contra Comisión de las Comunidades Europeas; *Endemol*, STPI de 28 de abril de 1999, T- 221/95, *Endemol Entertainment Holding BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas; y *Kesko Oy*, STPI de 15 de noviembre de 1999, T-22/97, *Kesko Oy* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴³ STPI de 6 de junio de 2002, T-343/99, *Airtours plc* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴⁴ STPI de 22 de octubre de 2002, T-310/01, *Schneider Electric SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴⁵ STPI de 25 de octubre de 2002, T-05/02, *Tetra Laval B.V.* contra Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴⁶ Al respecto véase, entre otros, *VESTERDORF*, Bo (2005A) y (2005B).

⁴⁷ En este sentido, NICHOLSON, Malcolm (2005: 94).

sostenida, antes de pasar a analizar si los elementos de hecho y la evidencia recogida soportan la proposición económica que se intenta sostener⁴⁸.

El problema de este proceder jurisdiccional radica en deslindar el fino límite que separa el control judicial de los elementos fácticos, de la sustitución de la valoración económica que realicen las autoridades administrativas comunitarias. Toda la dificultad de esta operación queda al descubierto si consideramos que este control puede suponer en muchos casos que el Tribunal, previo a su análisis de los elementos de hecho, tenga que pronunciarse sobre la validez de la teoría económica asumida en el marco de la decisión.

Un caso claro se plantea en la articulación de las teorías del daño competitivo en materia de control de concentraciones de empresas. El control de los elementos fácticos puede suponer que previamente el Tribunal tenga que expresar su opinión acerca de la teoría adoptada por la Comisión para controlar la concentración. Aquí no nos encontramos ante un mero supuesto de aplicación de la norma a los hechos, sino una delicada labor de engranaje final de normas de estructura finalista que los Tribunales comunitarios deben desarrollar con sumo cuidado, para no rebasar sus atribuciones y sustituir la valoración global de la decisión.

Ahora, en el marco de esta nueva doctrina no queda claro hasta donde llegarán los Tribunales Comunitarios en el control de los elementos fácticos que descansan en estudios empíricos de naturaleza econométrica. Más aún, en caso de valorar estos análisis, asalta la interrogante respecto a la idoneidad de su control. Es cierto que el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en algunos asuntos, pero la posibilidad de que puedan extraerse conclusiones contradictorias, o incluso presentarse informes plausibles pero no coincidentes entre si, deja la puerta abierta respecto a algunos interrogantes en materia de control judicial.

VI. El control de los estudios econométricos por los tribunales comunitarios: los asuntos Airtours y Schneider.

Los Tribunales Comunitarios se han enfrentado en contadas ocasiones con la revisión de datos de naturaleza econométrica, una de ellas en el asunto Airtours.

En el asunto Airtours, la Comisión analizaba si los nuevos canales de distribución desarrollados en el sector de los operadores turísticos formaban parte del mismo

⁴⁸ Esclarecedor en este sentido resultan los asuntos Airtours o Tetra Laval, ya citados. En ambos, el análisis que la Comisión realizó partió en primer lugar de la construcción económica y posteriormente confrontó si los elementos fácticos y la evidencia encajaban con dicha construcción. En estos casos, el Tribunal primero analiza la teoría económica y posteriormente determina si los hechos del caso encajan con la teoría.

mercado que las agencias de viaje tradicionales. Su análisis se fundamentaba en la existencia de una posible posición de dominio colectiva basada en un supuesto de coordinación tácita o de efectos coordinados.

En este caso, la Comisión argumentaba que la coordinación tácita no se relacionaba con los precios sino con las capacidades ofertadas en el mercado. Para la Comisión las decisiones cruciales respecto a la capacidad para la temporada siguiente se tomaban durante el período de planificación⁴⁹. Para esto, era necesario determinar si cada uno de los grandes operadores podía conocer con suficiente certidumbre las decisiones de sus principales competidores. En caso de existir suficiente transparencia cada operador podría estimar la capacidad total decidida por los demás miembros del supuesto oligopolio y planificar así de una manera determinada su capacidad, viéndose incitado o adoptando la misma línea de acción que sus competidores⁵⁰.

El Tribunal criticó la metodología utilizada por la Comisión que se basaba en una estimación global de la capacidad, pues para ésta lo importante era el número total de viajes combinados que ofertaba cada operador⁵¹. Para el Tribunal esta metodología se enfrentaba a graves dificultades en la práctica, ya que, para conocer la capacidad total, que representaba un conjunto heterogéneo de decisiones específicas, hacía falta poder identificar estas decisiones⁵². Por tanto, las decisiones relativas a la capacidad debían tomarse necesariamente en un nivel muy detallado, atendiendo a un conjunto de variables que van desde la disponibilidad del alojamiento en los diversos destinos hasta las plazas de avión en distintas fechas y temporadas del año⁵³.

No obstante, en esta sentencia, el Tribunal de Primera Instancia más que criticar el hipotético cálculo que la Comisión realizó para determinar el alcance de la transparencia del mercado, se centró en la metodología utilizada. De ahí que este supuesto deba categorizarse en algún lugar entre la articulación de los elementos constitutivos de la teoría económica y la traducción de dicha teoría económica en modelos econométricos concretos⁵⁴.

Otro ejemplo lo encontramos en el asunto Schneider, en el que la Comisión argumentaba que la concentración de empresas reforzaba la posición dominante en algunos mercados. En este caso, uno de los puntos de discrepancia es el grado de fidelidad de los consumidores. La Comisión consideraba que la demanda global de algunos mercados era un factor que permitiría a las empresas afectadas actuar con

⁴⁹ Sentencia Airtours, par. 157.

⁵⁰ Ídem, par. 158.

⁵¹ Ídem, par. 168.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Ídem, par. 167.

⁵⁴ Así, BOTTEMAN, Yves (2006: 85).

independencia de sus competidores. La recurrente por su parte, no cuestionaba el hecho de que la demanda era relativamente inelástica sino que la Comisión debía tomar en consideración la elasticidad cruzada de la demanda para valorar el grado de fidelidad de los consumidores. A tales efectos acompañó dos estudios preparados por la consultora Nera Economic Consulting, con la finalidad de demostrar que las ventas promocionales permitirían a sus competidores obtener mayores cuotas de mercado en detrimento de Schneider.

El Tribunal centró su análisis en la relación entre fidelidad de los consumidores y las herramientas econométricas capaces de medirla. En este sentido, partió refutando que el aumento de las ventas de artículos en promoción permitiera cuestionar la fidelidad significativa de los consumidores, tal como había concluido la Comisión⁵⁵. Más aún, consideró que no podía deducirse necesariamente del aumento de las ventas de artículos en promoción una propensión de los consumidores a un cambio rápido de marcas, y por consiguiente, una fuerte elasticidad cruzada de la demanda⁵⁶.

Para el Tribunal Schneider no demostró que la Comisión valoró erróneamente el criterio de la sensibilidad a los precios de la demanda general, en lugar de basarse en la elasticidad cruzada⁵⁷, rechazando de esta manera el argumento de la recurrente y el estudio realizado por Nera.

Si bien en estos dos casos, el Tribunal de Primera Instancia se enfrenta a estudios econométricos, lo cierto es que no hace más que revisar la interpretación que la Comisión hace de información de naturaleza económica⁵⁸. No estamos ante un control que ahonde en los aspectos que podrían ser objeto de mayor controversia, como sería la misma construcción del modelo econométrico o los parámetros y variables que han sido incluidos en él.

Podríamos concluir que el Tribunal de Primera Instancia no está dispuesto a ir más allá del límite que se ha impuesto, lo que ciertamente resulta consecuente con la doctrina que sentó el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia Tetra Laval. Sin embargo, es de rigor decir que los casos que hemos señalado no constituyen ni mucho menos la prueba del nueve. A efectos meramente especulativos, podría plantearse un supuesto que fuese más allá de interpretaciones de datos econométricos. Este sería el caso, como señala Botteman, de una concentración de empresas en la que tanto la Comisión como las partes hayan construido modelos econométricos cuyos resultados predictivos fuesen fiables pero resultaren contradictorios entre sí⁵⁹.

⁵⁵ Sentencia Schneider, par. 138.

⁵⁶ Ídem, par. 140.

⁵⁷ Ídem, par. 142.

⁵⁸ En este sentido, BOTTEMAN, Yves (2006: 86).

⁵⁹ Ibídem.

Esto plantea dudas respecto a los criterios que debe utilizar el Tribunal de Primera Instancia para valorar este tipo de análisis. Se trata además de un aspecto que adquirirá mayor importancia en la medida en que el recurso a estos estudios sea mayor. Inevitablemente en la medida en que las decisiones de la Comisión encuentren fundamento en estos estudios, el Tribunal se verá obligado a afrontar este reto.

Sin embargo, en este momento no es posible extraer de la jurisprudencia comunitaria un cuerpo coherente y sistemático de orientaciones respecto a los criterios que deben utilizarse para comprobar la fiabilidad de este tipo de análisis. En este caso, la experiencia norteamericana, con las distancias debidas, pueden brindarnos algunos parámetros generales para su valoración.

VII. La experiencia judicial norteamericana.

En el caso norteamericano la regla general de admisibilidad se encuentra establecida en el asunto *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical, Inc*⁶⁰. Conforme a *Daubert* la validez científica del análisis experto debe enfocarse únicamente en los principios y la metodología, pero no en las conclusiones alcanzadas⁶¹.

Por tanto para que los análisis econométricos sean admisibles deben cumplirse tres condiciones: que el experto posea la cualificación adecuada acerca del campo en el que va a brindar su opinión o experiencia⁶²; que la opinión experta sea relevante para el caso⁶³; y, que la metodología utilizada sea sólida⁶⁴.

En nuestro caso nos centraremos en este último requisito, esto es, en la fiabilidad de la metodología utilizada en los análisis econométricos. En este sentido, damos por correcto el principio establecido en la jurisprudencia norteamericana, conforme al cual la metodología utilizada es fiable si ha sido aplicada de manera apropiada⁶⁵.

Para determinar la fiabilidad de un análisis experto, *Daubert* establece algunos criterios que son completados por otros tantos aportados por la doctrina. Todos estos

⁶⁰ 509 U.S. 579 (1993). Debe tenerse presente que en el Derecho norteamericano la aprobación o prohibición de una concentración se decide en sede judicial (cfr. HOVENKAMP, Herbert, 2005: 598 ss.), siendo aplicable la *Federal Rule Evidence*, y la opinión de los expertos puede admitirse (regla 702). No obstante, su fiabilidad debe cumplir con los parámetros establecidos en *Daubert*. Véase AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 29-30).

⁶¹ *Daubert*, 509 U.S. en 594.

⁶² Federal Rules Evidence, 702.

⁶³ Federal Rules Evidence, 702. *Daubert*, 509 U.S. en 591-592.

⁶⁴ Federal Rules Evidence, 702. *Daubert*, 509 U.S. en 589-590.

⁶⁵ Así, en *Petruzzis IGA Supermarkets v. Darling-Delaware Co.*, 928 F.2d 1224, 1238 (3d Cir. 1993), el Tribunal estableció que el método científico utilizado por los economistas es fiable. Por tanto, los resultados de estos estudios deben ser aceptados asumiendo que han sido correctamente desarrollados. De manera similar, *Conwood Co. v. Unites States Tobacco Co.*, 290 F3d 768, 793 (6th Cir. 2002); *Allapattah Servs. V. Exxon Corp.*, 61 F. Supp. 2d 1335, 1347 (S.D. Fla 1999).

criterios resultan coherentemente aplicables en el ámbito europeo, por lo que vamos a pasar a comentarlos.

Conforme a esto para que la metodología utilizada, y por ende sus resultados, puedan considerarse fiables, los análisis:

- (i) Deben ser empíricamente testados⁶⁶. La metodología utilizada puede considerarse fiable si las conclusiones alcanzadas pueden ser testadas. Así, por ejemplo, la jurisprudencia americana en algunos asuntos ha considerado fiables las conclusiones de un análisis respecto a la artificialidad de los precios en un mercado, porque utilizó diferente análisis de regresión con variables diferentes. Para el Tribunal, el uso de modelos econométricos diferentes permitió demostrar que los modelos de regresión podían ser testados⁶⁷. Sin embargo, aunque esto parezca deseable, el hecho de que no sean desarrollados diferentes tests no conduce necesariamente a descartar la fiabilidad de los análisis⁶⁸.
- (ii) Deben haberse publicado o estar sujetos a revisión por pares (*peer review*). La revisión por otros economistas suma fiabilidad a los análisis econométricos⁶⁹, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia norteamericana⁷⁰. No obstante, debido a que el *peer review* no puede acreditarse en todos los casos, un estándar similar puede acreditarse con base en otros indicios. Así, en el asunto Allapattah un tribunal consideró que los análisis marginales, si bien no habían sido sometidos a *peer review* podrían considerarse fiables debido a que se asimilaba al que la contraparte utilizaba internamente⁷¹.
- (iii) Deben presentar un margen de error conocido, o al menos aceptable. Tratándose de análisis prospectivos mediante técnicas estadísticas, resulta evidente que un cierto margen de error resulta inherente. Sin embargo, como se estableció en el asunto Sanner, la fiabilidad de los análisis está vinculada al conocimiento respecto al margen de error, e incluso puede incrementarse, si se cuantifica y acredita la presencia de un margen bajo⁷².

⁶⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 33).

⁶⁷ Así, Sanner v. Board of Trade, No. 89 C 8467, 2001 U.S. Dist. LEXIS, en 11-12.

⁶⁸ Al respecto, en la jurisprudencia norteamericana véase Estate of Bud Hill, 1997 U.S. Dist. LEXIS, en 14-16.

⁶⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 34).

⁷⁰ Así por ejemplo en Sanner v. Board of Trade, No. 89 C 8467, 2001 U.S. Dist. LEXIS, en 5, el tribunal consideró que la metodología y teorías utilizadas en estudios econométricos eran fiables porque habían sido objeto de estudio en al menos tres libros que habían sido sometidos extensamente a *peer review*.

⁷¹ Allapattah Servs. V. Exxon Corp., 61 F. Supp. 2d 1335, 1346 (S.D. Fla 1999)

⁷² Sanner v. Board of Trade, No. 89 C 8467, 2001 U.S. Dist. LEXIS, en 16-17.

(iv) Deben ser comúnmente aceptados por la comunidad científica. En la misma medida en que los métodos y estudios particulares son comúnmente aceptados por la comunidad científica, en esa misma medida puede considerarse acreditada la fiabilidad⁷³. En la jurisprudencia norteamericana pueden encontrarse decisiones respecto a métodos que han sido cuestionados pero cuya fiabilidad finalmente ha sido admitida debido a su aceptación general⁷⁴. Más aún, en algunos asuntos los tribunales han rechazado análisis en los que no se ha recurrido a este tipo de metodología sin acompañar justificación alguna⁷⁵.

Además de los criterios señalados, la doctrina ha señalado algunos principios que resultan de aplicación exclusiva para confrontar la fiabilidad de los análisis econométricos⁷⁶. Así, por regla general, resultan mucho más fiables los análisis desarrollados con independencia del proceso antitrust⁷⁷, hecho que por otra parte es un principio que puede extraerse de la práctica de la Comisión.

Por otra parte, la fiabilidad de los análisis puede verse comprometida por falencias en la construcción del modelo econométrico, que ya hemos señalado. Tal sería el caso en que se omitieran variables o se incluyeran otras que no resultaban necesarias para explicar el modelo, o que existan fallos respecto a la información fundamental para realizar los estudios.

La fiabilidad de los análisis econométricos, con probable certeza -usando términos propios del área que estudiamos- centrará el debate futuro respecto al estándar de prueba aplicable a este tipo de análisis. Las pautas identificadas, si bien provienen de la experiencia norteamericana, resultan aplicables al ámbito europeo.

⁷³ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 35).

⁷⁴ En este sentido, encontramos jurisprudencia relativa a los logaritmos utilizados en análisis de regresión, asunto *In re Polypropylene Carpet Antitrust Litigation*, 93 F. Supp. 2d 1348, en 1364; al uso de índices de precios de producción, *Sanner v. Board of Trade*, No. 89 C 8467, 2001 U.S. Dist. LEXIS, en 18; o, ratios promedio para calcular daños, *Law v. NCAA*, No. 94-2053, 1998 U.S. Dist. LEXIS 6640, en 24.

⁷⁵ Así, en el asunto *In re Aluminium Phosphide Antitrust Litigation*, 893 F. Supp. 1497, 1503.

⁷⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 39-50).

⁷⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005: 39).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo (2001), “El Soft Law comunitario” en *RAP*, Núm. 154.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (2005), *Econometrics. Legal, Practical and Technical Issues*, ABA, Chicago.
- BISHOP, Simon y WALKER, Mike (2002), *The economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres.
- BOTTEMAN, Yves (2006), “Mergers, Standard of proof and expert economic evidence”, en *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Vol. 2, Núm. 1.
- DIAMOND, Peter y HAUSMAN Jerry (1994), “Contingent Valuation: Is Some Number Better than No Number?”, en *Journal of Economic Perspective*, Vol. 8, Num. 4.
- DIAZ FERNANDEZ, Monserrat y LLORENTE MARRÓN, María del Mar (1998), *Econometría*, Pirámide, Madrid.
- GUJARATI, Damodar (2003), *Basic Econometrics*, McGraw-Hill, cuarta edición, Nueva York, 2003.
- HOVENKAMP, Herbert (2005), *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, tercera edición, West.
- MITTELHAMMER, Ron, et al (2000), *Econometric Foundations*, Cambridge University Press, Nueva York.
- NEHL, Hanns Peter (1999), *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart, Oxford.
- NEVEN, Damien y DE CONINCK, Raphaël (2010), “Best practices on the submission of economic evidence and data Collection”, en *Oxera Agenda*, April.
- NICHOLSON, Malcolm (2005), “Judicial Remedies in merger cases – Three Case Studies” en *Current Competition Law*, Volume III, British Institute of International and Comparative Law, Londres.
- NICHOLSON, Malcolm, CARDELL, Sarah y MCKENNA, Bronagh (2005), “The Scope of merger decisions under Community Law”, en *European Competition Journal*, Vol. I, Núm. I, BICL, Londres.
- SARMIENTO, Daniel (2008), *El Soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- SENDEN, Linda (2004), *Soft Law in European Community Law*, Hart, Portland.
- THEIL, Henri (1971), *Principles of econometrics*, John Wiley & Sons, Nueva York.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid.
- VESTERDORF, Bo (2005A), “Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement” en *Competition Policy International*, Vol. I, Num. 2, autumn, CPI, Cambridge.
- VESTERDORF, Bo (2005B), “Standard of proof in merger cases: Reflections in the light of recent Case Law of the Community Court”, en *European Competition Journal*, Vol. I, Num. I, BICL, Londres.