



Bruselas, XXX  
[...] (2018) XXX draft

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto**

## PROYECTO

### **Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

##### **1.1. Objeto y ámbito de aplicación**

- 1) Las presentes Directrices pretenden proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales, jueces y demás partes interesadas en las acciones por daños y perjuicios por las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») orientaciones sobre cómo calcular la repercusión de los sobrecostes. En particular, las Directrices exponen los principios económicos, los métodos y la terminología aplicables a la repercusión haciendo referencia, entre otras cosas, a una serie de ejemplos. Por otra parte, las presentes Directrices pretenden contribuir a determinar las fuentes de las pruebas pertinentes, si una solicitud de exhibición es proporcionada, y evaluar las declaraciones de las partes sobre la repercusión y cualquier dictamen de peritos en materia económica que pueda presentarse ante el órgano jurisdiccional.
- 2) La base jurídica de las Directrices es el artículo 16 de la Directiva de indemnización de daños y perjuicios por ilícitos de competencia<sup>1</sup>. Las Directrices no tienen carácter vinculante ni alteran las normas vigentes emanadas del Derecho de la UE o de la legislación de los Estados miembros. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a seguirlas. Las Directrices se entienden también sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»).
- 3) Como fuente de referencia de buenas prácticas, las Directrices ofrecen indicaciones sobre los parámetros pertinentes que pueden tenerse en cuenta a la hora de considerar las pruebas económicas pertinentes para evaluar la repercusión de los sobrecostes. Se basan en estudios económicos pertinentes recopilados por la Comisión y complementan la Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del artículo 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («Guía Práctica»)<sup>2</sup> que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios<sup>3</sup>. Si bien la Guía Práctica se centra en el sobrecoste, las presentes Directrices abordan específicamente con más detalle la

---

1) Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349 de 5.12.2014, p. 1).

2) Documento de trabajo de los servicios de la Comisión — Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las reclamaciones por daños y perjuicios por infracciones del artículo 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, SWD(2013) 205 de 11.6.2013.

3) Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 167 de 13.6.2013, p. 19.

## PROYECTO

repercusión de dicho sobrecoste<sup>4</sup>. La Guía Práctica y las presentes Directrices deben leerse conjuntamente<sup>5</sup>.

- 4) Como se explica en el apartado 16) y siguientes, estas Directrices pueden resultar útiles en caso de que, en su defensa ante una reclamación, un infractor alegue que ha habido repercusión (en lo sucesivo, «escudo») o en caso de que un comprador indirecto solicite a un infractor una indemnización por daños y perjuicios alegando la repercusión de un sobrecoste («arma»). No obstante, como sucede en cualquier reclamación por daños y perjuicios, la medida en la que el órgano jurisdiccional tiene que examinar los hechos de un asunto dependerá de la forma en que la reclamación haya sido interpuesta por el demandante y la naturaleza de la defensa invocada por el demandado. Por ejemplo, en algunos casos, puede suceder que un demandante se abstenga de reclamar el lucro cesante como consecuencia del efecto de volumen por la complejidad adicional que ello podría suponer. Sin embargo, una reclamación interpuesta por un comprador indirecto contra un infractor implicará normalmente la consideración de la repercusión, pues este concepto es esencial para la reclamación.
- 5) Del mismo modo, es probable que la manera en que el órgano jurisdiccional desee abordar la evaluación y el cálculo de la repercusión se vea influida por la naturaleza y la cuantía de la reclamación. La elección de los diferentes métodos y enfoques económicos explicados en las Directrices debe ser proporcionada a cada caso. Lo que puede ser adecuado en términos del volumen de datos requeridos y el coste de los análisis de los peritos para una reclamación de 20 millones EUR puede no serlo para una reclamación de 200 000 EUR.

### 1.2. ¿En qué consiste la repercusión de sobrecostes?

- 6) La repercusión de sobrecostes puede producirse en distintos niveles de la cadena de suministro. Se ilustra en el Recuadro 1 siguiente mediante un ejemplo hipotético.

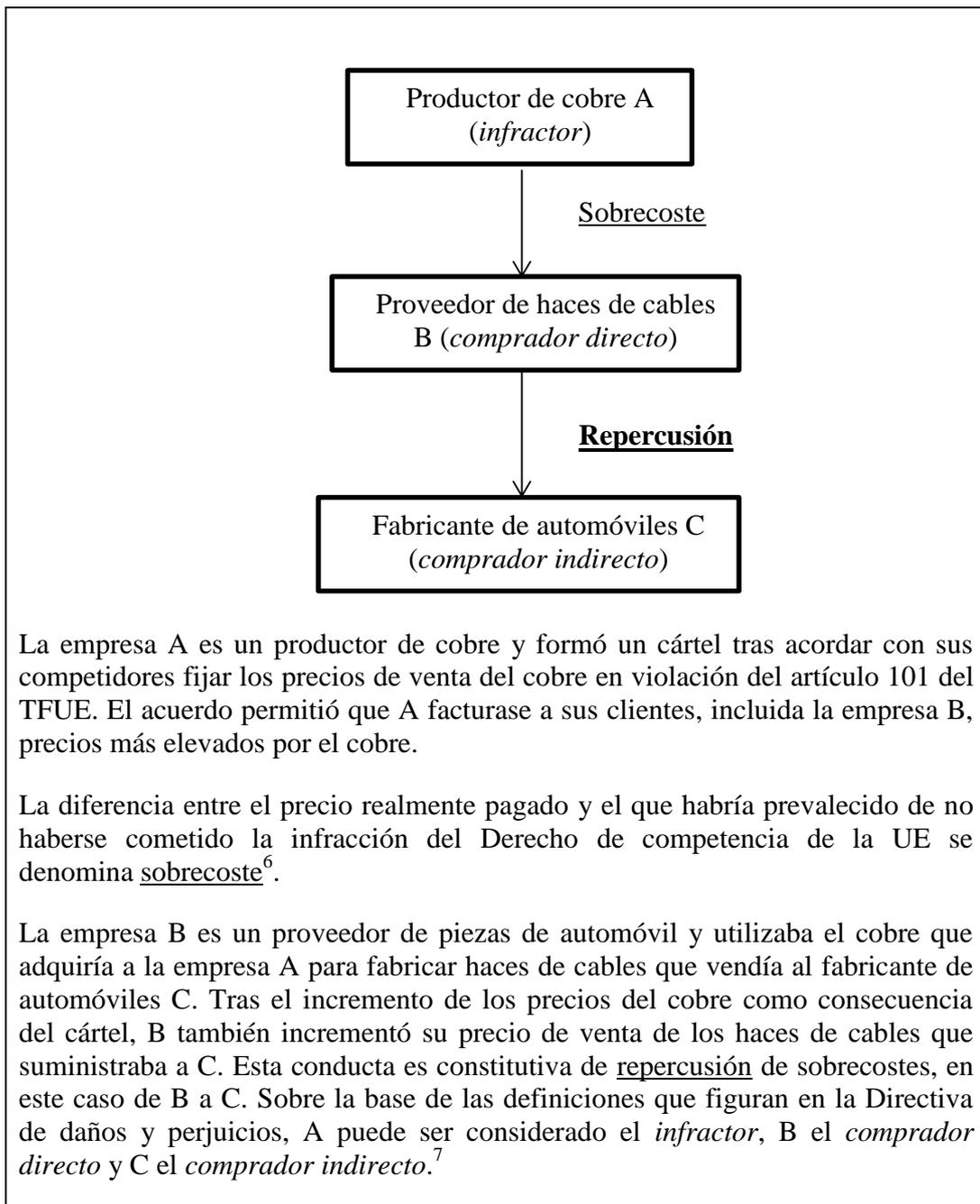
---

4) La Guía Práctica solo se ocupa someramente de la repercusión, en concreto en los apartados 161 a 171.

5) Las presentes Directrices se centran en la repercusión de sobrecostes en el contexto de las infracciones del artículo 101 del TFUE. No obstante, también pueden ser una fuente de referencia para las buenas prácticas en las demandas de daños y perjuicios interpuestas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por infracciones del artículo 102 del TFUE, por ejemplo, por precios excesivos, siempre que ya se tenga suficientemente en cuenta la especificidad del abuso de posición dominante estándar con arreglo al artículo 102 del TFUE.

## PROYECTO

### Recuadro 1: Repercusión de un incremento del precio del cobre



- 7) Si el comprador directo repercute total o parcialmente el sobrecoste al comprador indirecto, este último no solo deberá hacer frente a un incremento del precio, sino también, en muchos casos, a una reducción de la demanda. Esta reducción se denomina «efecto de volumen». A continuación se analizan más detalladamente sus implicaciones jurídicas y económicas. En otras palabras, cada vez que se repercute el sobrecoste, el comprador indirecto puede comprar menos al comprador directo y, por lo tanto, vender menos a los compradores indirectos en fases posteriores de la cadena de suministro.

6) Véase el artículo 2, apartado 20, de la Directiva de daños y perjuicios.

7) Véase el artículo 2, apartados 2, 23 y 24, de la Directiva de daños y perjuicios.

## PROYECTO

- 8) El sobrecoste puede repercutirse a toda una cadena de suministro y afectar a productos o servicios. Así, por ejemplo, en el caso hipotético que se ilustra en el Recuadro 1 anterior, el fabricante de automóviles C puede haber incrementado de modo análogo los precios que aplicaba a su cliente, el minorista de automóviles independiente D. Por su parte, D también puede haber incrementado el precio cobrado al consumidor final por el automóvil en el que se encuentra el cobre objeto de cártel. C, D y los consumidores finales son todos compradores indirectos a tenor de la definición de la Directiva de daños y perjuicios<sup>8</sup>.

### 1.3. Estructura de las Directrices

- 9) Al remitirse a los principios jurídicos, la jurisprudencia consolidada y las disposiciones de la Directiva de daños y perjuicios, las presentes Directrices establecen el marco legal aplicable a la repercusión. En una breve sección sobre aspectos jurídicos se resumen las normas e instrumentos procedimentales con arreglo a los cuales los órganos jurisdiccionales podrán tener en cuenta la repercusión de los sobrecostes en las reclamaciones de daños y perjuicios. El marco jurídico combina el Derecho de la UE con la práctica nacional. En este contexto, los jueces deben prestar especial atención a los principios de efectividad y de equivalencia<sup>9</sup>. Esto significa que tienen que aplicar las normas nacionales de tal manera que la aplicación no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de la normativa de competencia de la UE (principio de efectividad)<sup>10</sup>. En segundo lugar, los jueces han de tener en cuenta que las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no deben ser menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional (principio de equivalencia).
- 10) La sección más importante de las presentes Directrices aborda los aspectos económicos de la repercusión, a saber, la teoría económica y los métodos de cuantificación relevantes a efectos de su cálculo. La parte consagrada a la teoría económica se centra en los conceptos teóricos en los que se basa la repercusión y establece los factores que pueden incidir en ella. En la parte relativa a la cuantificación económica, se presentan diferentes enfoques y métodos para calcular los efectos de la repercusión.

## 2. MARCO JURÍDICO

### 2.1. Repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento

- 11) Las normas establecidas en la Directiva de daños y perjuicios sobre la repercusión de sobrecostes se basan en el principio compensatorio, que inspira toda la Directiva

---

8) De conformidad con el artículo 2, punto 24, de la Directiva de daños y perjuicios, por «comprador indirecto» se entiende una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos».

9) Véase el artículo 4 de la Directiva de daños y perjuicios.

10) En lo que respecta al derecho al pleno resarcimiento, véase el apartado 11) y siguientes.

## PROYECTO

de daños y perjuicios.<sup>11</sup> Dos elementos de este principio tienen importantes implicaciones para la repercusión de sobrecostes. En primer lugar, con arreglo a la jurisprudencia consolidada del TJUE, «toda persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 101 del TFUE»<sup>12, 13</sup> En segundo lugar, los demandantes que hayan sufrido tales perjuicios tienen derecho al pleno resarcimiento que debe ser entendido como devolver a una persona a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción.<sup>14</sup>

- 12) En el contexto de la repercusión de sobrecostes, la Directiva especifica que la expresión «cualquier persona» abarca a los compradores directos e indirectos<sup>15</sup>. Por ejemplo, en el caso hipotético que se ha mencionado anteriormente en el Recuadro 1, el productor de haces de cables B, como comprador directo, y el fabricante de automóviles C, como comprador indirecto, pueden tratar de obtener compensación del productor de cobre A, por su condición de infractor. Otros compradores indirectos en fases posteriores de la cadena de suministro también tienen derecho a obtener una reparación por daños y perjuicios del infractor. Como se ha mencionado en el apartado 8), se trataría del minorista de automóviles independiente D y de los consumidores finales en el ejemplo hipotético que figura en el Recuadro 1.
- 13) Cabe señalar que los elementos del principio compensatorio mencionado anteriormente, es decir, el derecho de toda persona a reclamar el pleno resarcimiento por los daños y perjuicios vinculados causalmente a una infracción del Derecho de la competencia de la UE, también se aplican a los *proveedores* directos e indirectos de un infractor. La Directiva de daños y perjuicios hace referencia a la situación de un cártel de compras como ejemplo de perjuicio que puede derivarse de un precio inferior pagado por los infractores a sus proveedores.<sup>16</sup>
- 14) El pleno resarcimiento abarca la indemnización por el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*), más el pago de los intereses<sup>17</sup>. En general, por daño emergente se entiende la disminución del patrimonio de una persona y por lucro cesante, el incremento de ese patrimonio que se habría producido si no hubiera tenido lugar el acto ilegal.<sup>18</sup> En el contexto de la repercusión, la distinción desempeña un papel particular por lo que respecta a los

---

11) Véase el artículo 1, apartado 1, y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios.

12) Sentencia del TJUE, de 5 de junio de 2014, en el asunto Kone, EU:C:2014:1317, apartado 22, que remite a la sentencia del TJUE en el asunto Manfredi, de 13 de julio de 2006, C-295/04, EU:C:2006:461, apartado 61.

13) La propia Comisión ha recordado anteriormente el «énfasis del Tribunal en el principio compensatorio y su premisa de que toda persona perjudicada que sea capaz de mostrar un nexo causal suficiente con la infracción pueda acceder a la reparación de los daños». Véase Comisión, Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008, COM(2008) 165 final, punto 7.

14) Artículo 3, apartado 2, primera frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

15) Véase el artículo 12, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios.

16) Véase el considerando 43 de la Directiva de daños y perjuicios. No obstante, cabe señalar que los proveedores también pueden verse afectados negativamente en caso de un cártel de vendedores, es decir, si suministran menos a los infractores como consecuencia del efecto de volumen.

17) Artículo 3, apartado 2, segunda frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

18) Conclusiones del Abogado General Capotorti en el asunto 238/78, Ireks-Arkady (12 de septiembre de 1979), ECLI:EU:C:1979:203, apartado 9.

## PROYECTO

efectos económicos característicos y su calificación jurídica. La norma general se establece a continuación.

- El efecto de precio se refiere al sobrecoste como todo aumento del precio que un comprador directo o indirecto ha debido de abonar por un producto o servicio como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia de la UE.<sup>19</sup> Pertenece a la categoría de daño emergente y es la parte del perjuicio denominada «sobrecoste» en la Directiva de daños y perjuicios<sup>20</sup>. No obstante, cabe la posibilidad de que el comprador directo o indirecto repercuta el sobrecoste a la fase posterior de la cadena de suministro y, por tanto, reduzca (repercusión parcial) o elimine (repercusión total) su daño emergente. A la hora de determinar el daño emergente en caso de repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales habrán de determinar el perjuicio por sobrecostes que sigue existiendo en un nivel determinado de la cadena de suministro.
  - El efecto de volumen se refiere al lucro cesante ocasionado por la disminución de las ventas derivada de la repercusión, es decir, el menor volumen de ventas debido al aumento de los precios. Puede ser recuperable como lucro cesante<sup>21</sup>.
- 15) Si bien la Directiva de daños y perjuicios distingue entre, por un lado, daño emergente como consecuencia del sobrecoste y lucro cesante debido a la reducción de las ventas, por otro, existe un vínculo inherente entre el efecto de precio subyacente y el efecto de volumen. Por lo tanto, si se determinase la existencia de repercusión, deben tenerse en cuenta tanto ambos efectos como su interacción. Los métodos económicos empleados para ello se exponen más adelante.

### 2.2. Supuestos en los que un órgano jurisdiccional se ocupa de las cuestiones relativas a la repercusión

- 16) En las acciones por daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la UE los órganos jurisdiccionales nacionales suelen enfrentarse a la repercusión de los sobrecostes en dos supuestos.
- 17) En primer lugar, el infractor puede invocar la repercusión de los sobrecostes en su defensa contra reclamaciones, es decir, alegar que el demandante ha reducido su daño emergente repercutiéndolo, total o parcialmente, a sus propios clientes<sup>22</sup>. Esta situación, en la que se puede considerar que la repercusión actúa como un escudo, se ilustra en el Recuadro 2 que se refiere a una reclamación introducida por un comprador directo. Ha de tenerse en cuenta que la defensa basada en la repercusión de sobrecostes también puede ser invocada contra las reclamaciones de los compradores indirectos en las fases posteriores de la cadena de suministro.

---

19) Véase el considerando 39 de la Directiva de daños y perjuicios.

20) Véase el artículo 12, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios.

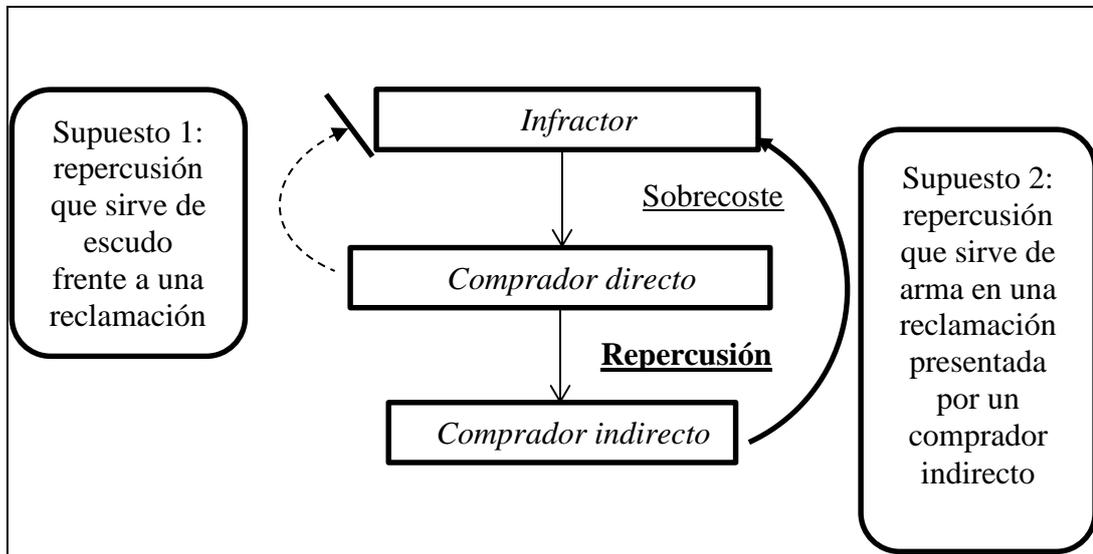
21) Véase el artículo 12, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios.

22) Véase el considerando 39 de la Directiva de daños y perjuicios.

## PROYECTO

- 18) En segundo lugar, los compradores indirectos pueden fundamentar sus acciones de reparación de daños y perjuicios en el argumento de que los compradores directos de los infractores les han repercutido el sobrecoste (partes del mismo), y que, por lo tanto, han sufrido un perjuicio. En tal supuesto la repercusión puede describirse como un arma. Este supuesto también se ilustra en el Recuadro 2.

### Recuadro 2: Supuestos de repercusión más habituales



- 19) Cuando la repercusión de sobrecostes se utiliza como medio de defensa frente a una acción basada en una infracción del Derecho de la competencia de la UE, la parte demandada necesita, por lo general, demostrar que el demandante ha repercutido el sobrecoste<sup>23</sup>. La carga de la prueba depende esencialmente de la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste. Si la defensa basada en la repercusión de sobrecostes es considerada total o parcialmente, el demandante aún puede reclamar ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la repercusión<sup>24</sup>. En ese caso, la carga de acreditar la existencia de dicho efecto de volumen relacionado con la repercusión recae en el demandante.
- 20) La Directiva de daños y perjuicios también incluye normas específicas para el segundo supuesto en el que un comprador indirecto alegue que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la repercusión de sobrecostes. La carga de acreditar la existencia y el alcance de dicha repercusión suele recaer en el comprador indirecto que reclame daños y perjuicios al infractor. Sin embargo, la Directiva de daños y perjuicios reconoce las dificultades prácticas a las que se enfrenta este tipo de demandante en puntos posteriores de la cadena de suministro<sup>25</sup>. Con el fin de eliminar los obstáculos prácticos que encuentran los compradores indirectos, la Directiva de daños y perjuicios establece, por tanto, normas que les facilitan asumir la carga de la prueba. Se trata de las presunciones

23) Artículo 13, segunda frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

24) El artículo 12, apartado 3 de la Directiva de daños y perjuicios establece que las normas sobre «repercusión» se entenderán sin perjuicio del derecho de una parte perjudicada a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante debido a una repercusión total o parcial de los sobrecostes.

25) Véase el considerando 41 de la Directiva de daños y perjuicios.

## PROYECTO

*iuris tantum*, especialmente el artículo 14, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios<sup>26</sup>, y las presunciones de hecho basadas en el transcurso normal de los acontecimientos. A modo de ejemplo el artículo 14, apartado 1, y el considerando 41 de la Directiva de daños y perjuicios mencionan que, dependiendo de las condiciones en las que operan las empresas, puede ser una práctica comercial repercutir los incrementos de los precios en una fase posterior de la cadena de suministro. El artículo 17, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios establece la presunción más general de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios.

- 21) Las presunciones de hecho pueden ser definidas de conformidad con el Derecho nacional, remitiéndose a los principios económicos y a la evolución que se suele observar en los mercados, incluida la idea de que, en ciertos sectores, los usos comerciales muestran que los aumentos de precios se repercuten a puntos posteriores de la cadena de suministro<sup>27</sup>.
- 22) Esta premisa fáctica también constituye una base para la presunción de Derecho que se recoge en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios. En las condiciones ahí establecidas, el comprador indirecto puede beneficiarse de una presunción *iuris tantum* conforme a la cual se considere que un demandante (por ejemplo, el comprador indirecto) ha acreditado que tuvo lugar una repercusión del comprador directo al comprador indirecto. Las condiciones establecidas en el artículo 14, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios y que ha de acreditar el demandante son las siguientes:
  - a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia de la UE;
  - b) la infracción del Derecho de la competencia de la UE ha tenido como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y
  - c) el comprador indirecto ha adquirido los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia de la UE, o bienes o servicios derivados de aquellos o que los contengan.
- 23) Esta presunción no se aplica si el infractor puede demostrar a satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobrecostos no se han repercutido, en todo o en parte, al comprador indirecto<sup>28</sup>. Si el infractor cumple esta norma, la carga de la prueba recae en el demandante, sin perjuicio de la aplicación de presunciones fácticas.
- 24) Como consecuencia del principio compensatorio, de la práctica de la repercusión de los sobrecostos y de las presunciones antes mencionadas, es posible que existan reclamaciones paralelas de los compradores en distintos niveles de la cadena de suministro. En tales situaciones, los órganos jurisdiccionales nacionales deben

---

26) El artículo 14, apartado 2, establece una presunción específica para las reclamaciones de los compradores indirectos y se analizará en mayor profundidad en el apartado 22) y siguientes más adelante.

27) Véase el artículo 14, apartado 1, y el considerando 41 de la Directiva de daños y perjuicios.

28) Véase el artículo 14, apartado 2, última frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

## PROYECTO

tratar de evitar tanto la reparación excesiva como la reparación insuficiente<sup>29</sup>. Esto puede lograrse, por ejemplo, teniendo debidamente en cuenta las acciones por daños y perjuicios que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia de la UE, las sentencias dictadas en relación con tales acciones de reparación de daños y perjuicios y la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia de la UE en el caso de que se trate<sup>30</sup>. A título de ejemplo, cuando demandas conexas estuvieren pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar el artículo 30 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>31</sup> al que remite la Directiva de daños y perjuicios<sup>32</sup>. Dicho artículo dispone que los órganos jurisdiccionales nacionales distintos de aquel ante el que se hubiera presentado la reclamación por primera vez, pueden suspender el procedimiento o, en determinadas circunstancias, declinar su competencia.

- 25) Los órganos jurisdiccionales nacionales también deben utilizar los medios procesales apropiados a su disposición con arreglo al Derecho nacional. La acumulación de acciones es una posibilidad mencionada en la Directiva de daños y perjuicios<sup>33</sup>. Dependiendo del ordenamiento jurídico nacional, pueden utilizarse otros instrumentos, como las intervenciones de terceros y la suspensión del procedimiento.

### 2.3. Función de la prueba

- 26) La evaluación jurídica de la repercusión suele requerir un análisis factual y económico complejo. Si bien la obtención de las pruebas necesarias suele ser un elemento importante de toda acción por los daños causados por infracciones del artículo 101 o 102 del TFUE, la función de la prueba en la repercusión varía en función de los supuestos antes mencionados y del grado en que se aplique una presunción<sup>34</sup>. La evaluación y obtención de pruebas vienen determinadas por los distintos hechos que son relevantes y están disponibles para determinar la repercusión. Por ejemplo, la evolución de los precios reales facturados por el comprador directo tras un sobrecoste puede determinarse directamente remitiéndose a las listas de precios presentadas por las partes.
- 27) La Directiva de daños y perjuicios tiene como objetivo garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y el principio de igualdad de condiciones mediante el establecimiento de normas para solicitar la exhibición de los medios de prueba. Dichas normas se aplican en ambos supuestos de repercusión mencionados anteriormente. Por lo que se refiere al supuesto en que la repercusión se utilice como defensa, el artículo 13 de la Directiva de daños y perjuicios menciona específicamente que el demandado puede exigir, en una medida razonable, la

---

29) Véase el artículo 12, apartados 1 y 2 y el artículo 15 de la Directiva de daños y perjuicios.

30) Véase el artículo 15, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios.

31) Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, p. 1).

32) Véase el considerando 44 y el artículo 15, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios.

33) Véase el considerando 44 de la Directiva de daños y perjuicios.

34) Véanse el apartado 16) y siguientes.

## PROYECTO

exhibición de pruebas del demandante o de terceros. En el supuesto de que un comprador indirecto reclame ser indemnizado, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios establece que este comprador indirecto puede exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandado o de terceros. Esta exhibición de pruebas puede ser especialmente importante ya que en el comprador suele recaer la carga de acreditar la existencia y el alcance de la repercusión, tal como se ha mencionado anteriormente.

- 28) Las citadas normas en la materia limitan las solicitudes de exhibición en la medida en que la parte en la que recaiga la carga de acreditar la existencia y el alcance de la repercusión pueda solo «en una medida razonable» exigir la exhibición. Al reflexionar sobre las normas generales en materia de exhibición de las pruebas establecidas en el artículo 5 de la Directiva de daños y perjuicios, el órgano jurisdiccional nacional puede exigir que el solicitante demuestre de manera plausible que ha sufrido un perjuicio ocasionado por el hecho de que el comprador directo ha repercutido el sobre coste al comprador indirecto. El solicitante también debe utilizar los datos que ya obren «razonablemente» en su poder. En el contexto de la repercusión, se trata de información recogida en el marco de una actividad profesional desarrollada con la otra parte o la información razonablemente disponible procedente de terceros, como los proveedores de datos sobre el mercado.
- 29) El artículo 5, apartado 3, primera frase, de la Directiva de daños y perjuicios establece un principio de proporcionalidad en el sentido de que exige a los órganos jurisdiccionales nacionales que «limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado». Este principio es importante para la tramitación de los asuntos en las acciones por daños y perjuicios derivados de infracciones del artículo 101 o 102 del TFUE. Como se ha mencionado anteriormente, los jueces aplican las normas procesales nacionales y han de prestar especial atención a los principios de efectividad y equivalencia. No obstante, en este marco legal, el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 5, apartado 3, primera frase, de la Directiva de daños y perjuicios autoriza a los jueces que aplican las normas en materia de exhibición de pruebas a tener en cuenta los costes y beneficios de ordenar la exhibición solicitada. Esto significa, por ejemplo, que los jueces pueden llegar a la conclusión de que los elementos de prueba presentados por las partes ya les permiten calcular la cuota del sobre coste que se ha repercutido en lugar de recoger más datos. En función de los instrumentos disponibles en virtud de la legislación nacional, los jueces también pueden designar a sus propios peritos en materia económica o reducir el alcance de las preguntas que se han de plantear a los peritos designados por las partes. En el capítulo 4 se ofrecen orientaciones más precisas al respecto.
- 30) Se pueden solicitar elementos de prueba a la otra parte a través del órgano jurisdiccional nacional y bajo su estricto control. La solicitud debe referirse a determinados elementos o categorías de elementos de prueba. No obstante, siempre que el órgano jurisdiccional nacional considere los principios de proporcionalidad y protección de los intereses legítimos establecidos en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios, es posible que haya que exhibir incluso determinados elementos de información confidencial a la parte que tenga la obligación de acreditar los efectos de la repercusión. Al ordenar la exhibición de esa información, es fundamental que el órgano jurisdiccional haya implantado medidas destinadas a proteger la información confidencial. Algunos ejemplos de

## PROYECTO

este tipo de medidas pueden ser la puesta en común de información a través de círculos de confidencialidad o mediante salas de datos en los que los representantes de las partes pueden acceder a la información confidencial pertinente para el asunto en cuestión<sup>35</sup>.

- 31) La exhibición de los elementos de prueba incluidos en el expediente de una autoridad de competencia podría ser relevante para la cuantificación del sobrecoste, pero suele serlo menos en el contexto de la repercusión (debido, en particular, a que la repercusión del sobrecoste afecta a la política de precios de los compradores, mientras que el expediente de una autoridad de competencia no suele incluir ningún tipo de información a ese respecto). Como establece el artículo 6, apartado 10, de la Directiva de daños y perjuicios, la exhibición de elementos de prueba por parte de una autoridad de competencia solo es una medida de último recurso.
- 32) El tipo de pruebas necesarias para demostrar y cuantificar la repercusión dependerá en gran medida del método económico utilizado. Como se describe con más detalle a continuación, las partes pueden, por lo general, basar sus análisis en la teoría económica y cálculos cuantitativos. Por tanto, con independencia del hecho de que existen otras formas para clasificar las pruebas, estas se suelen dividir en cualitativas y cuantitativas. La propia Directiva de daños y perjuicios deja claro que por «pruebas» se entiende todos los tipos de medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional<sup>36</sup>. Ello podría incluir lo elementos siguiente:
  - las pruebas cualitativas son, por ejemplo: i) contratos, ii) documentos internos relativos a la conducta empresarial sobre estrategias de precios, iii) informes financieros y contables, iv) declaraciones de testigos, v) informes periciales, y vi) informes sectoriales y estudios de mercado.
  - las pruebas cuantitativas son en particular los datos para la aplicación de técnicas econométricas<sup>37</sup>, como i) los precios de venta, los precios minoristas y los pagados por el consumidor final del producto o servicio de que se trate, y de productos o servicios comparables, ii) los informes financieros, iii) los informes periciales, iv) los precios regulados, v) el volumen de ventas, vi) los descuentos y vii) otros costes de insumos y elementos de coste.
- 33) Como puede deducirse de estas enumeraciones no exhaustivas, determinados tipos de pruebas pueden considerarse tanto cualitativas como cuantitativas, como, por ejemplo, los informes financieros y los informes periciales.
- 34) Por último, como se indica en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia de la UE y resoluciones conexas también pueden constituir una fuente de información relevante para cuantificar la repercusión.

---

35) La Comisión utiliza salas de datos para dar a las partes en los asuntos de fusiones y prácticas colusorias acceso a la información confidencial; véase, por ejemplo, el documento de trabajo de la Comisión «Mejores prácticas para la obtención y práctica de pruebas y la recogida de datos en los casos relacionados con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en casos de concentración», apartado 47.

36) Véase el artículo 2, apartado 13, de la Directiva de daños y perjuicios, que aclara explícitamente que la definición de «pruebas» incluye los documentos y todos los demás objetos que contengan información, independientemente del soporte en que la información esté contenida.

37) Las técnicas econométricas se explican en la sección 4.3 y en el apéndice 2.

## PROYECTO

### 2.4. Cuantificación de la repercusión: facultad del órgano jurisdiccional para calcular

- 35) El artículo 12, apartado 5, de la Directiva de daños y perjuicios exige específicamente a los Estados miembros que velen por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para calcular, con arreglo a los procedimientos nacionales, qué cuota del sobrecoste se repercutió. Dicha facultad abarca todos los efectos de la repercusión, es decir, el efecto de precio y el efecto de volumen. Todo ello emana de lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, que se aplica en términos más generales a la cuantificación del perjuicio.
- 36) Cuando los Estados miembros incorporen en sus legislaciones nacionales la facultad para calcular, deben tener en cuenta las normas y principios establecidos en la Directiva de daños y perjuicios y la correspondiente jurisprudencia del TJUE. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben utilizar sus instrumentos procesales en consecuencia. En particular, tal como se ha indicado anteriormente, deben aplicar las normas sobre la carga de la prueba y la fuerza probatoria de modo que no se vea menoscabada la plena eficacia del artículo 101 del TFUE.
- 37) Por ejemplo, sobre la base del principio de efectividad, el TJUE declaró en el asunto Kone que las víctimas del denominado «efecto paraguas» sobre los precios pueden obtener la reparación del perjuicio causado por una infracción del Derecho de la competencia de la UE, y señaló que la plena efectividad del artículo 101 del TFUE resultaría menoscabada si el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, excluyera su derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Además, el mencionado asunto pone de manifiesto que la jurisprudencia de la UE y la Directiva de daños y perjuicios son pertinentes para la apreciación de la relación causal en las acciones por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de competencia de la UE. Este aspecto es importante con respecto a la repercusión de los sobrecostos porque suelen surgir cuestiones fácticas y jurídicas de la causalidad cuando el comprador directo del infractor haya presuntamente repercutido, total o parcialmente, el sobrecoste a un comprador indirecto.
- 38) De modo análogo, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales calculen, de acuerdo con los procedimientos nacionales, el importe del perjuicio y la cuota de cualquier sobrecoste que se hubiera repercutido, tal y como prevé la Directiva de daños y perjuicios, deben respetar los mencionados principios de equivalencia y de efectividad. Por lo que respecta a la facultad para calcular, esto significa que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden desestimar alegaciones de repercusión porque una parte no esté en condiciones de cuantificar con precisión los efectos de la repercusión.
- 39) Por otra parte, la facultad para calcular, establecida en el artículo 12, apartado 5, y el artículo 17, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios, exige a los órganos jurisdiccionales nacionales que fundamenten su evaluación, en primer lugar, en la información de la que puedan disponer razonablemente y, en segundo lugar, que traten de llegar a una aproximación del importe o de la cuota de la repercusión que sea plausible. Así se desprende de la Directiva de daños y perjuicios, que subraya la existencia de asimetrías de información y reconoce que el perjuicio difícilmente

## PROYECTO

puede cuantificarse con total exactitud<sup>38</sup>. En la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán que basarse en supuestos<sup>39</sup>.

- 40) No obstante, el principio de la plena compensación obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a proporcionar la mejor estimación posible. Los artículos 101 y 102 del TFUE confieren a toda persona que sea víctima de una infracción del Derecho de competencia de la UE ni más ni menos que el derecho a ponerse en la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción [véase el apartado 11)]. Por esta razón, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios establece que se debe evitar tanto el exceso como el defecto de compensación.
- 41) El ejercicio de cálculo está sujeto al Derecho nacional. De hecho, una serie de Estados miembros ya disponen de normas que se corresponden con la facultad de calcular prevista en la Directiva de daños y perjuicios<sup>40</sup>.

### 3. LA TEORÍA ECONÓMICA DE LA REPERCUSIÓN

#### 3.1. Visión general

- 42) La repercusión de los sobrecostes y los efectos de volumen y precio que lleva aparejados se originan como consecuencia de la motivación que empuja a una empresa a responder a incrementos en sus costes mediante el aumento de los precios. El sobrecoste inicial puede entenderse como un aumento de los costes de los insumos para el comprador directo. A los efectos de calcular la repercusión, el órgano jurisdiccional tendría que considerar en qué medida un incremento de costes afectaría 1) a los precios fijados por el comprador directo en el mercado posterior y 2) al volumen suministrado por el comprador directo.
- 43) Los órganos jurisdiccionales nacionales calculan la repercusión sobre la base de las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, un conocimiento general de la teoría económica de la repercusión y de sus efectos asociados puede ser importante para el órgano jurisdiccional por varias razones. En primer lugar, la teoría económica proporciona al órgano jurisdiccional un marco dentro del cual se podrían evaluar las pruebas cuantitativas y cualitativas. Estas pruebas se analizan en mayor detalle en la sección 4.2. En segundo lugar, especialmente en una fase temprana del procedimiento contencioso, la teoría económica puede ayudar a los jueces a la hora de tomar decisiones en relación con la divulgación de datos o información tras evaluar su pertinencia. Por último, las consideraciones teóricas o conceptuales

---

38) Véase el considerando 46 de la Directiva de daños y perjuicios. Con objeto de abordar estas cuestiones, la Directiva de daños y perjuicios incluye, entre otras disposiciones, normas en materia de exhibición (véanse los apartados 27) y siguientes), la posibilidad de solicitar asistencia a las autoridades nacionales de competencia de conformidad con el artículo 17, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios y la obligación de tener en cuenta otros procedimientos relacionados con la misma infracción (véase el apartado 24)).

39) Guía práctica, apartado 16. El planteamiento general relativo a la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia también está recogido en los apartados 11 a 20 de la Guía Práctica.

40) Por ejemplo, en el Reino Unido, los órganos jurisdiccionales nacionales cuantifican el perjuicio «by the exercise of a sound imagination and the practice of the broad axe» (con amplias dosis de imaginación y de manera aproximada) [asunto Gibson / Pride Mobility Products Ltd (2017) CAT 9]; en los Países Bajos, el juez nacional que decreta el resarcimiento de daños y perjuicios cuantifica el importe del perjuicio en la medida en que ello sea posible [véase el artículo 612 del Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Código de procedimiento civil)] y lo calcula de la forma idónea para las características del perjuicio [véase el artículo 6:97 del Burgerlijk Wetboek (Código Civil)].

## PROYECTO

también pueden constituir una base para determinar la credibilidad y fiabilidad de las distintas explicaciones económicas que sustentan la relación entre el sobrecoste y la repercusión presentada por las partes.

- 44) En la Directiva de daños y perjuicios no hay ninguna distinción entre los daños y perjuicios ocasionados por 1) un aumento de los precios (efectos de precios) y la repercusión de estos sobrecostes y 2) la reducción de la calidad de los productos o las trabas a la innovación (efectos ajenos a los precios), así como los efectos potenciales que tales daños podrían provocar en la cadena de suministro. Las Directrices no abarcan la repercusión en el contexto de los efectos ajenos a los precios.
- 45) Según la teoría económica, la existencia y la magnitud de los efectos de la repercusión, es decir, los efectos de precio y de volumen asociados, vienen determinados por una serie de factores<sup>41</sup>. Entre estos factores figuran los siguientes:
- i) la naturaleza de los costes de los insumos<sup>42</sup> sujetos a un sobrecoste (tanto si se trata de costes fijos o variables, si la infracción aumenta estos costes solamente a un cliente o a todos los clientes en un mercado determinado);
  - ii) la naturaleza de la demanda del producto a la que han de hacer frente los clientes directos o indirectos (en particular, el vínculo entre la demanda y el nivel de precios);
  - iii) la naturaleza y la intensidad de la interacción competitiva entre las empresas que se encuentran en el mercado en el que operan los clientes directos o indirectos; y
  - iv) tal como se expone con más detalle en el anexo 1, otros elementos tales como las características de los clientes (consumidores o empresas), la proporción de los diversos insumos de una empresa afectados por el sobrecoste, el poder de la demanda, la integración vertical de los clientes directos e indirectos, la regulación de los precios o el calendario de las decisiones en materia de precios adoptadas en los distintos niveles de la cadena de suministro<sup>43</sup>.
- 46) En primer lugar, la naturaleza de los costes de los insumos del comprador directo sujeto a un sobrecoste afecta a la posibilidad de que dicho sobrecoste sea repercutido y en qué medida lo sea. Cuando el sobrecoste incide en los costes del comprador directo que no varían en función de la cantidad de insumos (costes fijos), es probable que no se repercuta porque tales costes no suelen afectar a los precios fijados por el comprador directo, al menos no a corto plazo<sup>44</sup>. Por el

---

41) En esta sección se explican las razones por las que los factores enumerados en el apartado 45) podrían ser importantes a la hora de determinar la existencia y el grado de efecto de precio y de efecto de volumen relacionados con la repercusión. Una explicación más detallada de la incidencia de cada factor se ofrece en el apéndice I, junto con una explicación del mecanismo estándar de formación de precios.

42) Este extremo se detalla en el apéndice I.

43) El calendario de las decisiones en materia de precios podría afectar, entre otros aspectos, al horizonte temporal de la infracción y al esquema temporal posiblemente retrasado de la repercusión de los sobrecostes.

44) No obstante, a la larga, los costes fijos pueden afectar a la decisión estratégica de una empresa de, por ejemplo, ajustar su capacidad de producción, lo que, a su vez, podría incidir posteriormente en el mecanismo de formación de precios (a corto plazo).

## PROYECTO

contrario, cuando el sobrecoste incide en los costes del comprador directo que realmente varían en función de la cantidad de insumos (costes variables), por lo general será más probable que se repercutan, al menos en cierta medida. Esto se debe a que los costes marginales (una subcategoría de los costes variables) suelen afectar a las decisiones de fijación de precios del comprador directo<sup>45</sup>.

- 47) En segundo lugar, la demanda del producto a la que ha de hacer frente el cliente directo afecta al nivel de repercusión. Un mecanismo estándar de formación de precios se sustenta en el hecho de que la demanda que tiene una empresa (es decir, la cantidad que vende) disminuye cuando aumenta su precio. La medida en que un comprador directo aumenta sus propios precios cuando se enfrenta a un sobrecoste depende de si la demanda reacciona enérgicamente o no a tal variación de precio. Por ejemplo, si el comprador directo es un operador monopolístico y la demanda a la que se enfrenta es igualmente sensible a una variación de los precios en todos los niveles, por lo general se repercutirá la mitad del sobrecoste. Si la demanda que ha de satisfacer el operador monopolístico disminuye sin cesar (a un ritmo creciente) cuando aumentan los precios, no más de la mitad del sobrecoste será repercutido, por lo general, por el comprador directo. Por el contrario, si la demanda a que se enfrenta dicho operador monopolístico desciende cada vez menos (es decir, a un ritmo decreciente) cuando los precios aumentan, por lo general más de una mitad del sobrecoste será repercutida por el comprador directo.
- 48) En tercer lugar, la naturaleza y la intensidad de la interacción competitiva entre las empresas en el mercado en el que operan los clientes del infractor también afecta al nivel de repercusión. Es importante ser conscientes de que el efecto de la mayor competencia sobre el grado de repercusión depende de si el sobrecoste inicial solo afecta al cliente directo (sobrecoste específico de una empresa) o también a los competidores del cliente directo (sobrecoste de alcance sectorial). Si el sobrecoste solo afecta a un comprador directo en competencia feroz con otros compradores directos, es menos probable que haya repercusión, frente a una situación en la que el único comprador directo afectado se enfrente a una competencia débil. No obstante, si hay un sobrecoste de alcance sectorial, un gran número de compradores directos competidores se mostrará por lo general a favor de una mayor repercusión de este sobrecoste en comparación con unos mercados caracterizados por una competencia menos intensa<sup>46</sup>.
- 49) Una serie de sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en acciones de daños y perjuicios han subrayado la importancia de considerar de qué forma la demanda reacciona a la variación de los precios, a la intensidad de la competencia y a la posibilidad de que los competidores del cliente directo se vean afectados por el sobrecoste<sup>47</sup>.

---

45) Véanse también las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31 de 5.2.2004, apartado 80).

46) Estas predicciones de la teoría económica se ilustran y explican en el ejemplo 3 del capítulo 3.2.

47) A propósito de ejemplos de resoluciones judiciales relativas a la importancia de la dinámica del mercado y la forma en que la demanda responde a la evolución de los precios, véanse por ejemplo las resoluciones del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia), de 28 de junio de 2011, en el asunto n.º 75/10 ORWI (KZR) apartado 59 y 69 y del Tribunal Regional de Düsseldorf, de 19 de noviembre de 2015, en el asunto n.º 14d O 4/14, lunas para automóviles en Alemania, apartado 221. La importancia del grado de competencia y de si el sobrecoste inicial afecta a una empresa o a todo un sector también se aborda en una serie de resoluciones de órganos jurisdiccionales nacionales; véase, por ejemplo, una sentencia danesa, Tribunal

## PROYECTO

- 50) En cuarto lugar, como se indica en el apartado 45) y en el apéndice 1, otros elementos pueden desempeñar, en determinadas circunstancias, un papel fundamental en el mecanismo de formación de precios del comprador directo y, por tanto, a la hora de que este repercuta el sobrecoste. Por ejemplo, puede que estos elementos no solo incidan en el alcance del efecto de precio relacionado con la repercusión, sino también en el efecto de volumen (por ejemplo, un sobrecoste sobre un producto puede afectar también a los precios de otros productos vendidos por el comprador directo cuando estos productos sean sustitutivos entre sí), o en cuándo se materialicen tales efectos (por ejemplo, una repercusión de sobrecostes demorada en el tiempo, o el caso en que un comprador directo que desee evitar los costes relacionados con una modificación de sus precios podría decidir no repercutir un pequeño sobrecoste como consecuencia de tales «costes de menú»). Otro elemento que podría ser importante para cuantificar la repercusión de un sobrecoste es si el insumo afectado por el sobrecoste representa una proporción mayor o menor de los costes variables del comprador directo. Algunos de estos factores también han sido tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales en los asuntos de repercusión<sup>48</sup>.
- 51) Por último, también conviene señalar que los factores antes mencionados inciden simultáneamente en el resultado de un supuesto de repercusión y que también se ha de tener en cuenta su interdependencia. La importancia relativa de cada factor puede, sin embargo, variar según el caso.
- 52) La existencia y el grado de repercusión del sobrecoste están relacionadas con la pérdida de ventas que implicará, por regla general, cualquier incremento de los precios. Como se ha expuesto anteriormente, a esta pérdida de ventas podemos referirnos como efecto de volumen. El efecto de volumen surge porque el comprador suele enfrentarse a una curva de demanda con pendiente descendente. Si el sobrecoste inicial se repercute a puntos posteriores de la cadena de suministro, surgirá un efecto de volumen en todos los niveles de la cadena vertical. Por tanto, cuando la reclamación incluya el resarcimiento de daños y perjuicios por la existencia de efectos de volumen, los órganos jurisdiccionales también deben considerar dichos efectos.
- 53) Como se ha mencionado anteriormente, las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia de la UE pueden reclamar el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido que tenga una relación causal con la infracción. Cuando se invoque la repercusión, es importante realizar una evaluación del efecto de volumen a fin de cuantificar los daños causados por un sobrecoste. Una estimación del perjuicio total efectuada por simple sustracción del efecto de precio relacionado con la repercusión del efecto de sobrecoste da lugar a una subestimación del perjuicio sufrido por el cliente directo o indirecto, por no tenerse en cuenta el efecto de volumen.

2)

---

Marítimo y Mercantil, asunto n.º V 15/01, EKKO de 2002 y una sentencia del Tribunal Supremo español, de 7 de noviembre de 2013, en el asunto n.º 5819/2013, Nestlé y otros / Ebro Puleva.

- 48) A modo de ejemplo de un asunto en el que se analiza si es probable que haya repercusión cuando el insumo afectado por el sobrecoste representa una pequeña parte de los costes variables del comprador directo, véase la sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 27 de febrero de 2014, en el asunto n.º 10/18285, DOUX / Ajinomoto & CEVA. Esta sentencia se explica en mayor profundidad en el **Error! Reference source not found.**

## PROYECTO

- 54) El volumen perdido como consecuencia de un sobrecoste está influido por la sensibilidad de la demanda a la que se enfrenta el comprador y por cómo reaccionan al sobrecoste sus competidores. Por ejemplo, si el comprador se enfrenta a una demanda inelástica, es decir, si sus clientes son, en muy pequeña medida, sensibles a los incrementos de precios, el aumento de los precios provoca una disminución relativamente pequeña del volumen de ventas. Ello dará lugar, si todos los demás factores son iguales, a un efecto de volumen menor que en el caso de una demanda más elástica. Al mismo tiempo, si los competidores del comprador también incrementan sus precios a raíz de un sobrecoste, ello puede reducir también el impacto del propio incremento de los precios del comprador en sus ventas<sup>49</sup>.

### 3.2. Ejemplos

- 55) En el ejemplo 1 se describen los sobrecostes específicos de una empresa en un mercado caracterizado por una fuerte competencia.

#### Ejemplo 1

**Situación:** En el mismo mercado de referencia hay 10 productores de zumo de manzana. Uno de los productores adquiere manzanas a un proveedor que participa en un cártel de fijación de precios. El productor de zumo de manzana reclama una indemnización por daños y perjuicios como reparación por un sobrecoste. No obstante, el demandado (el proveedor de manzanas) plantea la defensa basada en la repercusión de sobrecostes y alega que el productor de zumo de manzana ha repercutido la totalidad del sobrecoste a los compradores indirectos.

**Análisis:** El productor de zumo de manzana que sufre el sobrecoste se encuentra en ruda competencia con otras nueve empresas que producen y suministran zumo de manzana. Todos los productos vendidos por las diez empresas son bastante homogéneos desde el punto de vista del consumidor. En la medida en que los demás productores no adquieran manzanas a los miembros del cártel, sino que puedan comprarlas a un precio inferior a otros proveedores, el productor que está obligado a adquirirlas al cártel está en una situación de desventaja competitiva frente a sus competidores. Por tanto, la capacidad del productor de zumo de manzana de repercutir el incremento de los costes se vería limitada por el hecho de que perdería ventas (y beneficios) frente a sus competidores si repercutiera el sobrecoste, aunque solo lo hiciera parcialmente. Cuanto más fuerte sea la competencia entre los diez productores de manzanas, mayor será la dificultad para repercutir el aumento de los costes. Por lo tanto, en este supuesto, el cliente directo no podrá, por lo general, repercutir el incremento de los costes (el sobrecoste).

---

49) Si solo el comprador incrementa sus precios, sus clientes podrían optar por comprar a los competidores. Si, no obstante, los competidores también aumentan sus precios en cierta medida, acudir a ellos podría resultar menos atractivo para los clientes, con lo que las ventas totales del primer comprador podrían reducirse en menor medida. Aun así, hay que señalar que si algunos o todos los clientes responden a un incremento de los precios en todo el mercado dejando de comprar el producto de forma radical el efecto de volumen podría ser incluso mayor que en el caso del incremento de precios de un solo comprador.

## PROYECTO

- 58) En el ejemplo 2 que figura a continuación se presenta un supuesto de sobrecostes de alcance sectorial y de intensa competencia.

### Ejemplo 2

**Situación:** La totalidad de los diez productores de zumo de manzana del ejemplo 1 adquieren manzanas a proveedores implicados en un cártel de fijación de precios. Los miembros del cártel alegan que el sobrecoste se ha repercutido a los compradores indirectos.

**Análisis:** Los productores de zumo de manzana también están expuestos al sobrecoste y el mercado se considera competitivo. Dado que todos los productores han de hacer frente al sobrecoste, una empresa no tendría una desventaja competitiva con respecto a las demás. Por tanto, es más probable que cada productor de zumo de manzana repercuta en gran medida el sobrecoste, a diferencia del asunto detallado en el ejemplo 1 (en el que el sobrecoste afecta a una empresa determinada). A modo de ejemplo, en un mercado perfectamente competitivo, el precio equivale a los costes marginales y, por lo tanto, una subida del coste de los insumos provocará directamente un aumento de los precios.

- 60) Porcentaje de repercusión para los operadores monopolísticos que han de hacer frente a una demanda diferente

### Ejemplo 3

**Situación:** El productor de zumo de manzana A es un operador monopolístico en el mercado de la producción de zumo de manzana en el Estado miembro 1, mientras que el productor de zumo de manzana B es un operador monopolístico en el mismo mercado de producto en el Estado miembro 2. El coste de producción de un lote adicional de zumo de manzana es constante y similar para A y B.

Los dos productores adquieren manzanas a un proveedor C, que participa en un cártel de fijación de precios. Como consecuencia de ello, A y B tienen un sobrecoste de 6 EUR por cada caja de manzanas que adquieren.

A y B tienen demandas diferentes de las cadenas de alimentación minoristas en cada Estado miembro. En el Estado miembro 1, la demanda es igualmente sensible a las variaciones en los precios para todos los niveles de precios (es decir, la demanda es lineal, véase también el Recuadro 9). En el Estado miembro 2, este no es el caso porque la demanda disminuye cada vez menos (a un ritmo decreciente) cuando los precios se incrementan (la demanda es convexa, véase también el Recuadro 9). A y B reclaman una indemnización a C (el miembro del cártel) por el perjuicio ocasionado por el sobrecoste. C plantea la defensa basada en la repercusión de sobrecostes, alegando que A y B repercutirán la mitad del sobrecoste.

**Análisis:** Los operadores monopolísticos en los Estados miembro 1 y 2 han de satisfacer demandas diferentes de las cadenas de alimentación minoristas en cada Estado miembro. Sus costes para producir una caja adicional de zumo de

## PROYECTO

manzana son constantes. El sobrecoste de 6 EUR por cada caja de manzanas se considera un aumento del coste marginal para cada uno de ellos. A raíz de ese aumento del coste, el margen para ajustar los precios al alza depende de qué proporción de la producción tendrá que sacrificar cada uno para repercutir una determinada cantidad de la variación del coste, es decir, incrementar los precios. Si el volumen perdido en caso de incremento de los precios es relativamente pequeño, el aumento del precio será más atractivo en comparación con la situación en la que la pérdida de volumen sea elevada. La pérdida de volumen al incrementar los precios está relacionada con la curvatura de la demanda a la que ha de hacer frente el operador monopolístico, es decir, si la demanda es lineal, convexa o cóncava. Esto también se explica en mayor profundidad en el Recuadro 10.

Por lo que respecta al operador monopolístico A en el Estado miembro 1, la teoría económica predice que repercutirá la mitad del sobrecoste, es decir, 3 EUR. Sin embargo, como el operador monopolístico B se enfrenta a una demanda convexa, el resto de la demanda será menos sensible al precio a medida que este se incremente. En comparación con A (con demanda lineal), B perderá un volumen inferior en caso de incremento de los precios de 3 EUR. Esto significa que B tendrá un incentivo para repercutir más de la mitad del sobrecoste inicial.

### 4. CUANTIFICACIÓN DE LOS EFECTOS DE PRECIO Y VOLUMEN RELACIONADOS CON LA REPERCUSIÓN

#### 4.1. Introducción

- 62) La reparación del perjuicio sufrido pretende devolver a la parte perjudicada a la situación en la que se habría encontrado si no se hubiera producido la infracción. Con el fin de poder evaluar esta situación, hay que comparar la situación observada, es decir, aquella en la que la infracción se produjo, con una situación hipotética, en la que la infracción no tuvo lugar. Esta situación hipotética recibe el nombre de «supuesto contrafáctico».
- 63) El objetivo de establecer un supuesto contrafáctico es aislar los efectos de la infracción de otros factores que afectan a los precios, que habrían influido en los precios en el mercado afectado aun cuando la infracción no hubiera tenido lugar<sup>50</sup>. Por ejemplo, un aumento de la demanda suele dar lugar a un incremento de los precios, aunque no exista una práctica cartelística. No se debe compensar a los compradores directos o indirectos por dicho efecto. Por lo tanto, establecer un

50) Conviene señalar que la necesidad de establecer un supuesto contrafáctico a la hora de evaluar la repercusión está en consonancia con la jurisprudencia del TJUE en esta materia en el contexto del reembolso de cotizaciones y derechos de aduana percibidos ilegalmente por los Estados miembros, véase la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 1979, C-238/78, Ireks-Arkady / Consejo y Comisión, EU:C:1979:226, apartado 14 TJUE, 21 de diciembre de 2000, C-441/98, Michailidis, EU:C:2000:479, apartado 33 y siguientes; TJUE, 6 de septiembre de 2011, C-398/09, Lady & Kid y otros, EU:C:2011:540. Además, en la sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2003 en el asunto C-129/00, Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana, EU:C:2003:319, apartado 78, el abogado general apuntó al hecho de que se necesitaría un supuesto contrafáctico para poner de manifiesto qué habría ocurrido a los precios en el mercado posterior en ausencia del sobrecoste inicial.

## PROYECTO

supuesto contrafáctico exige controlar factores que no están relacionados con la infracción<sup>51</sup>.

- 64) Como el supuesto contrafáctico es hipotético, no puede ser objeto de observación directa. Como se describe a continuación, en ciencia económica y práctica jurídica se han desarrollado distintos métodos y técnicas para establecer el supuesto contrafáctico. Estos métodos y técnicas pueden variar en cuanto a los supuestos subyacentes y la diversidad de los datos necesarios.
- 65) En un asunto determinado, la elección de las técnicas dependerá por lo general de una serie de aspectos. Como se ha explicado en la sección 2, los órganos jurisdiccionales nacionales han de observar los principios de efectividad y proporcionalidad a la hora de calcular la cuota de los sobrecostes que se repercuten. Además, la facultad de calcular exige, en primer lugar, que los órganos jurisdiccionales nacionales fundamenten su evaluación en la información razonablemente disponible y, en segundo lugar, que traten de llegar a una aproximación del importe o cuota de la repercusión que sea plausible.
- 66) Por ejemplo, si el demandante y el demandado se basan en métodos distintos y la aplicación de estos métodos conduce a resultados contradictorios, no suele ser apropiado considerar que la repercusión calculada es la media de los dos resultados, como tampoco sería oportuno considerar que los resultados contradictorios se anulan mutuamente en el sentido de que ninguno de los dos métodos debe ser tenido en cuenta. Como se indica en la Guía Práctica, en tal situación sería más conveniente analizar las razones de la divergencia de los resultados y considerar los puntos fuertes y débiles de cada uno de los métodos y de su aplicación<sup>52</sup>.
- 67) Las secciones siguientes ofrecen una visión general de las diferentes técnicas de cálculo de los efectos de precio y de volumen relacionados con la repercusión. Como se explica más adelante, las técnicas varían en complejidad y en los datos necesarios, desde análisis basados en pruebas cualitativas, por una parte, a técnicas econométricas<sup>53</sup> basadas en datos cuantitativos, por otra. En cualquier caso, el método de cálculo debe estar en consonancia con las normas aplicables de Derecho nacional, siempre que se apliquen los principios de equivalencia y de efectividad<sup>54</sup>.
- 68) En este contexto, no hay ninguna técnica que pueda ser considerada más adecuada que otras. El uso de técnicas econométricas es un ejemplo de esta afirmación. En la mayoría de los casos su aplicación puede aumentar el grado de precisión de un cálculo. Sin embargo, estas técnicas requieren, por regla general, un volumen significativo de datos que pueden no estar siempre disponibles. Por lo tanto, el acopio de datos y su análisis económico puede conllevar costes considerables que pueden ser desproporcionados con respecto al importe de los daños y perjuicios de que se trate.

---

51) Véase el debate al respecto que figura en el apartado 79).

52) Véase, asimismo, el apartado 125 de la Guía Práctica.

53) El concepto de técnicas econométricas se explica en mayor detalle en la sección 4.3 y en el apéndice 2.

54) Véase el apartado 9).

## PROYECTO

- 69) Puede que los costes que deben considerarse en este contexto no sean solo aquellos incurridos cuando la parte en la que recae la carga de la prueba aplica un método determinado, sino también los costes en los que incurra la otra parte para rebatir una alegación, los costes de terceros y los del sistema judicial cuando el órgano jurisdiccional calcule la repercusión, incluidos los costes relativos a la posible contratación de un perito en economía designado por el órgano jurisdiccional. Si tales costes fueran demasiado elevados, puede que el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento sea prácticamente imposible o excesivamente difícil<sup>55</sup>.
- 70) A la hora de calcular los efectos de la repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden utilizar pruebas directas relevantes para el caso, como, por ejemplo, documentos internos u otros documentos de carácter cualitativo presentados por el comprador directo o indirecto a propósito de la relación entre el sobrecoste y la evolución de sus propios precios. Si se dispone de este tipo de pruebas, el órgano jurisdiccional puede considerar suficiente calcular los efectos de la repercusión (efectos de precio y de volumen) tomando en consideración pruebas cualitativas o haciendo ajustes en los datos cuantitativos, sin necesidad de recurrir a un análisis de regresión. Por lo tanto, la disponibilidad de pruebas cualitativas puede desempeñar un papel importante a la hora de que un órgano jurisdiccional decida si alguna o cuál de las técnicas cuantitativas que se exponen en las secciones siguientes puede ser utilizada por las partes para alcanzar el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación en vigor<sup>56</sup>.
- 71) Tal como se muestra en el Gráfico 5 en el anexo 1, los tres componentes del perjuicio se derivan del sobrecoste, el efecto de precio y el efecto de volumen relacionado con la repercusión. Los jueces y los peritos en economía podrán optar por calcular los tres componentes del perjuicio de forma secuencial. El primer paso consistirá en cuantificar o calcular el sobrecoste. Para ello se pueden emplear distintos métodos, que se presentan con cierto detalle en la Guía Práctica.
- 72) El segundo paso consiste en calcular la magnitud del efecto de precio relacionado con la repercusión. La magnitud de este efecto puede calcularse directamente, empleando métodos similares a los utilizados para cuantificar el sobrecoste, o, si se cumplen ciertos supuestos, indirectamente, obteniendo una estimación de la proporción a la que se habría debido repercutir el aumento del coste de los insumos y combinando este cálculo con información sobre el sobrecoste y las ventas. En las secciones 4.3.1 a 4.3.2 se ofrece una visión general de los distintos planteamientos relativos a la cuantificación de estos efectos.
- 73) En una tercera fase, se calculan los efectos de volumen relacionados con la repercusión. De modo análogo al efecto de precio relacionado con la repercusión, el efecto de volumen puede calcularse de forma directa o indirecta. En las secciones 4.4.2 y 4.4.3 se exponen distintos métodos para cuantificar estos efectos.
- 74) Para cuantificar el perjuicio causado en el contexto de las acciones de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales por infracción del Derecho de competencia de la UE, también pueden emplearse otros planteamientos, como el

---

55) En la Guía Práctica, en el contexto del cálculo del sobrecoste, también se subraya la importancia del principio de efectividad.

56) Esto también se señala en la Guía Práctica, apartado 14.

## PROYECTO

holístico, es decir, tener en cuenta simultáneamente los efectos de volumen y de repercusión.

### 4.2. Datos e información necesarios para cuantificar los efectos de repercusión

- 75) Como se ha explicado en la sección 2.2, la Directiva de daños y perjuicios pretende garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y el principio de igualdad de condiciones mediante el establecimiento de normas por las que se regula la exhibición de los medios de prueba. Los datos y la información de que dispongan las partes o los terceros interesados son factores importantes para realizar un análisis económico sólido de la repercusión. Por consiguiente, un primer paso de gran utilidad al cuantificar el efecto de precio relacionado con la repercusión puede ser determinar las necesidades y la disponibilidad de los datos.
- 76) Como se ha mencionado anteriormente, el principio económico rector a la hora de calcular en este contexto la repercusión es la comparación del escenario real con el que se habría producido de no haber existido la infracción, es decir, en el contrafáctico. Por consiguiente, el acopio de datos e información debe centrarse en la recogida de elementos de prueba cuantitativos y cualitativos pertinentes para calcular el supuesto contrafáctico.
- 77) Con el fin de elegir el tipo de datos necesarios para calcular la repercusión será necesario, por regla general, conocer en profundidad el sector en cuestión y las características del mercado en el caso que nos ocupe. Por lo tanto, puede ser útil considerar inicialmente aquellos documentos que indican, antes que nada, la verosimilitud de que exista repercusión, tales como las resoluciones judiciales que se hayan dictado, los procedimientos civiles paralelos en el mismo o en diferentes niveles de la cadena de suministro en el mismo mercado, los estudios de mercado o las decisiones de las autoridades de competencia que describan la dinámica del mercado de referencia.
- 78) Como se ha señalado anteriormente, puede que el órgano jurisdiccional tenga que tomar en consideración elementos de prueba de carácter cualitativo y cuantitativo. En el contexto de la teoría económica, pueden analizarse pruebas de carácter cualitativo, como documentos internos relativos a la fijación de precios, estrategia, contratos e informes financieros. También pueden dar información sobre si existen pruebas o un vínculo entre los precios en sentido posterior y el sobrecoste en sentido anterior resultantes de la infracción.
- 79) No obstante, con el fin de poder establecer un supuesto contrafáctico y tener en cuenta los distintos factores que influyen en la repercusión, en la mayoría de los casos las partes necesitan pruebas cuantitativas. Entre tales pruebas se incluyen los datos sobre los precios, costes o márgenes reales, así como los indicadores externos que influyan en las decisiones de fijación de precios adoptadas por las empresas como, por ejemplo, los agregados de la actividad económica (incluidos el crecimiento del PIB, la inflación y las tasas de empleo). En algunos casos, las variables regionales de la actividad económica podrían ser de utilidad para dar cuenta de las diferentes tendencias regionales que no guardan relación con la infracción.

## PROYECTO

- 80) El órgano jurisdiccional también puede tener en cuenta otros factores que afecten a la formación de precios a escala de una empresa o un sector específicos. Por ejemplo, en el caso hipotético expuesto en el Recuadro 1, si el plástico también hubiera sido un insumo esencial para la producción de haces de cables durante el periodo de la infracción en que el productor A había acordado con sus competidores fijar los precios del cobre en su calidad de insumo principal para el proveedor de haces de cables B, es probable que B también hubiera repercutido a su cliente un incremento de los precios del plástico, que no era objeto de infracción alguna del Derecho de competencia de la UE. En este caso, un cálculo de la repercusión que no tenga en cuenta los efectos relacionados con el incremento de los precios del plástico podría sobreestimar en gran medida la repercusión del sobrecoste al atribuir equivocadamente la totalidad del incremento de precios a la infracción. Un razonamiento similar se aplica a una posible disminución de otros costes de insumos que, si no se contabilizaran y repercutieran en la cadena de suministro, disminuirían artificialmente el cálculo de la repercusión del sobrecoste provocado por el cártel.
- 81) La pertinencia de los datos no solo varía en función del método o la técnica empleados, sino que también puede depender del asunto de que se trate. A continuación se describen con más detalle los distintos requisitos de cada método. En los ejemplos que siguen, la aplicación de los métodos se centra en el precio. En función de la disponibilidad de datos y las circunstancias del caso, el órgano jurisdiccional también puede utilizar los mismos métodos para calcular otras variables económicas, como los márgenes de beneficios o el nivel de costes de una empresa. Los datos utilizados para comparar el mercado afectado con el supuesto contrafáctico pueden referirse a la totalidad del mercado (es decir, el promedio del precio de los haces de cables para todos los clientes en otros mercados geográficos o de producto) o a determinados clientes o grupos de clientes.
- 82) Al ordenar la exhibición de datos con arreglo a la legislación nacional, el órgano jurisdiccional debe tener en consideración los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tal y como se establece en la Directiva de daños y perjuicios<sup>57</sup>. De conformidad con estos principios, el órgano jurisdiccional puede, por ejemplo, considerar la disponibilidad, el volumen y el coste de la recuperación y, en su caso, de la limpieza de datos<sup>58</sup> o, en términos más generales, el gasto de tiempo.
- 83) En muchos casos en los que se evalúa la repercusión de los sobrecostes, puede que sea necesaria la intervención de peritos en economía en las acciones de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Las normas sobre las pruebas periciales varían de forma significativa entre los distintos Estados miembros<sup>59</sup>. No obstante, a los órganos jurisdiccionales nacionales les puede resultar útil disponer de directrices en materia de principios generales e

---

57) Véanse los considerandos 28) y 29).

58) La limpieza de datos se refiere al proceso de detección y eliminación de incoherencias lógicas en los datos.

59) Por ejemplo, los órganos jurisdiccionales de Francia, los Países Bajos y el Reino Unido trabajan en gran medida con peritos en la materia designados por las partes. En otros Estados miembros, como Bélgica, Dinamarca, Alemania, Hungría e Italia, en muchos casos los órganos jurisdiccionales tratan de recabar el asesoramiento de peritos designados por un órgano jurisdiccional. También existen diferencias en la legislación nacional respecto de determinar ante quién ejerce sus funciones el perito. En algunos Estados miembros, como el Reino Unido e Irlanda, el perito es responsable ante el órgano jurisdiccional, aun cuando sus honorarios sean abonados por las partes. En España, los peritos designados por las partes tienen el deber de objetividad e independencia, mientras que en algunos Estados miembros, como Alemania e Italia, no existe tal requisito explícito.

## PROYECTO

instrumentos relevantes para la participación de peritos en materia económica. En cualquier caso, deben aplicar los procedimientos nacionales de tal manera que gestionen la utilización de pruebas periciales con el objetivo de garantizar una aplicación proporcionada y efectiva del Derecho de la UE.

- 84) En una fase temprana del procedimiento, el órgano jurisdiccional puede facilitar un debate entre los peritos que representen a las partes interesadas. Estos debates pueden tender a reducir los ámbitos de acuerdo y desacuerdo sobre cuestiones pertinentes para el asunto, incluidas las cuestiones relativas a los requisitos de exhibición. Un ejemplo de este enfoque se recoge en el Recuadro 3 siguiente.

### **Recuadro 3: Ejemplo de un asunto con elementos de prueba aportados por peritos en materia económica<sup>60</sup>**

En un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional británico, los peritos que actuaban en representación de las partes (el infractor y el demandante) habían propuesto su propio método para calcular la repercusión. El juez manifestó sus dudas respecto de la posible complejidad de las pruebas periciales y solicitó a los peritos de las partes que se pusieran de acuerdo sobre el planteamiento propuesto en relación con las pruebas de índole económica en materia de repercusión antes de ordenar cualquier exhibición. En caso de que los peritos no llegaran a un acuerdo, el juez escucharía las alegaciones sobre los métodos respectivos, incluida una explicación de lo que cada experto proponía, la información requerida y el coste, antes de decidir qué método debía aplicarse.

- 85) En algunas jurisdicciones, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden designar peritos en economía que asisten al juez en el cálculo de la repercusión. Así han procedido tradicionalmente a la hora de calcular el sobre coste inicial. Como se explica más adelante, el órgano jurisdiccional podrá emplear un enfoque similar a la hora de calcular la repercusión como, por ejemplo mediante la utilización de métodos comparativos. La experiencia de utilizar peritos designados por el órgano jurisdiccional para calcular el sobre coste también puede ser pertinente, por tanto, para calcular la repercusión. A continuación, en el Recuadro 4 se ofrece un ejemplo en el que el órgano jurisdiccional designó un perito en economía.

### **Recuadro 4: Ejemplo de un asunto<sup>61</sup> en el que el órgano jurisdiccional designa un perito en economía**

En este asunto, el órgano jurisdiccional designó un perito en economía. La tarea del perito consistía en proponer una metodología para, posteriormente, cuantificar el sobre coste. Como primer paso, el perito propuso un método empírico para el cálculo de los sobre costes. El planteamiento sugerido por el perito fue debatido por escrito y en las vistas celebradas antes de que el órgano jurisdiccional decidiese qué enfoque adoptar.

60) High Court of England and Wales (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales), Emerald Supplies / British Airways Plc, HC-2008-000002.

61) Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, resolución de 26 de junio de 2009, en el asunto n.º 2-06/08, Zement.

## PROYECTO

En la siguiente etapa se aplicó el método elegido y se calcularon los sobrecostos. Los datos subyacentes utilizados para los cálculos se remitieron al órgano jurisdiccional y a las partes.

La tercera fase consistió en una verificación de fiabilidad en la que las distintas partes interesadas (las demandadas, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Nacional de Competencia) tuvieron la oportunidad de presentar observaciones y hacer preguntas. Estas observaciones se tuvieron en cuenta en la evaluación definitiva presentada ante el órgano jurisdiccional. La evaluación definitiva también tuvo en cuenta la verosimilitud de los resultados estimados, la fiabilidad de los efectos calculados y la calidad de los datos subyacentes.

- 89) En caso de que los peritos que representan a las partes tengan opiniones divergentes sobre el método que se debe emplear para calcular la repercusión, el órgano jurisdiccional nacional también puede solicitar el asesoramiento de la autoridad nacional de competencia sobre qué método emplear<sup>62</sup>. Por otra parte, para evaluar el grado de repercusión los órganos jurisdiccionales nacionales también pueden, en principio, basarse en la información incluida en una decisión adoptada por una autoridad de competencia, por ejemplo en relación con el sobrecoste inicial<sup>63</sup>.
- 90) El cálculo de los efectos de precio relacionados con la repercusión se basa en un análisis de los datos o la información financiera de las empresas. Estos datos son a menudo históricos, pero en algunos casos los datos en cuestión podrían ser sensibles desde un punto de vista comercial para las partes implicadas en un asunto determinado, y, por tanto, ser considerados información confidencial. Sin embargo, como se ha explicado en la sección 2, el órgano jurisdiccional puede ordenar la exhibición de los medios de prueba que contengan información confidencial, siempre que existan medidas para proteger dicha información.

### 4.3. Cuantificación y cálculo de los efectos de precio relacionados con la repercusión

- 91) Al calcular el efecto de precio relacionado con la repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden basarse en distintos tipos de enfoques económicos en materia de cuantificación, en particular el enfoque directo, tal como se describe en el apartado 92) y siguientes, aunque también en el enfoque indirecto<sup>64</sup>, tal como se describe en los apartados 4.3.2.1 y siguientes.

---

62) De conformidad con el artículo 17, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en cuanto a la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia lo considera pertinente.

63) Por ejemplo, en una sentencia dictada por el Tribunal Mercantil de Nanterre en el asunto n.º 2004FO22643, Arkopharma / Group Hoffman La Roche de 2006, un tribunal francés se remitió a las conclusiones de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/37.512, Vitaminas, por lo que se refiere a la incidencia del cártel en el mercado y en los consumidores con objeto de respaldar la conclusión de que era probable que se hubiera repercutido el sobrecoste a los consumidores.

64) El enfoque indirecto se fundamenta, en particular, en el supuesto de que la variación registrada en los costes de los insumos se repercute en una proporción idéntica con independencia de la relevancia de los costes de los insumos y de la magnitud de dicha variación. Tal como se explica más adelante en el apartado **Error! Reference source not found.**, el método indirecto solo debe considerarse, por regla general, si es plausible la hipótesis sobre la base de los hechos del caso.

## PROYECTO

### 4.3.1. Enfoques directos – métodos comparativos

- 92) Se puede computar el efecto de precio relacionado con la repercusión en las distintas fases de la cadena de suministro calculando directamente el aumento de los precios o la evolución de los márgenes resultado de la repercusión del sobrecoste inicial.
- 93) Los métodos comparativos presentan la ventaja de que utilizan datos reales recogidos en el mismo mercado o en un mercado similar<sup>65</sup>. Se basan en el hecho de que el supuesto comparativo puede considerarse representativo del escenario sin infracción. Que el nivel de similitud entre el mercado en el que tuvo lugar la infracción y el mercado de comparación se considere suficiente para que los resultados de tal comparación se utilicen para cuantificar la repercusión depende de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>66</sup>.

#### 4.3.1.1. Métodos

- 94) A la hora de calcular el efecto de precio relacionado con la repercusión mediante el método directo, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden utilizar distintos enfoques. Siempre que se disponga de datos, el órgano jurisdiccional puede calcular el incremento de precios en el mercado posterior que esté causado directamente por el aumento de los costes o inferir la existencia de repercusión utilizando los datos relativos a los márgenes<sup>67</sup>. Si se utiliza el primer enfoque, el órgano jurisdiccional puede calcular las diferencias entre los precios observados y los contrafácticos utilizando los mismos métodos empleados para calcular el sobrecoste inicial, es decir, métodos comparativos para cuantificar el sobrecoste.
- 95) Como se ha explicado anteriormente, a la hora de calcular la repercusión las técnicas y métodos empleados deben considerar otros factores distintos del que se deriva de la infracción. Lo ideal sería comparar los mercados afectados con el mismo mercado en ausencia de la infracción. Sin embargo, como se señaló en la Guía Práctica, no suele ser posible saber con exactitud cómo habría evolucionado un mercado en ausencia de una infracción. Por lo tanto, en la práctica, todo mercado «similar» ha de ser sometido al método comparativo.
- 96) Los mercados objeto de comparación pueden diferir del mercado donde se ha producido la infracción en dos aspectos, ya sea en relación con la dimensión temporal o con la dimensión del producto. Realizar una comparación diacrónica implica comparar el mercado de la infracción consigo mismo en distintos momentos. Llevar a cabo una comparación por producto conlleva comparar el mercado de la infracción con el mismo mercado, pero en una zona geográfica

---

65) Este hecho se pone de relieve en la Guía Práctica, en el apartado 37 y en la jurisprudencia relativa al cálculo de los sobrecostes que en ella se cita. Un órgano jurisdiccional alemán, también en el contexto del cálculo de sobrecostes, considera que los métodos comparativos pueden ser preferibles a otros planteamientos, véase Tribunal Regional Superior de Dusseldorf, asunto VI-2.a Kart 2-06/08, 2009, apartados 469 y siguientes.

66) En la Guía Práctica se aborda esta cuestión en el contexto del cálculo de los sobrecostes, véanse, por ejemplo, los apartados 37 y 59 a 95.

67) En la sección consagrada al cálculo del efecto de volumen se explica en mayor detalle el enfoque que utiliza los datos relativos a los márgenes.

## PROYECTO

diferente, o con otro mercado de productos que se considere evoluciona de manera similar al de la infracción<sup>68</sup>.

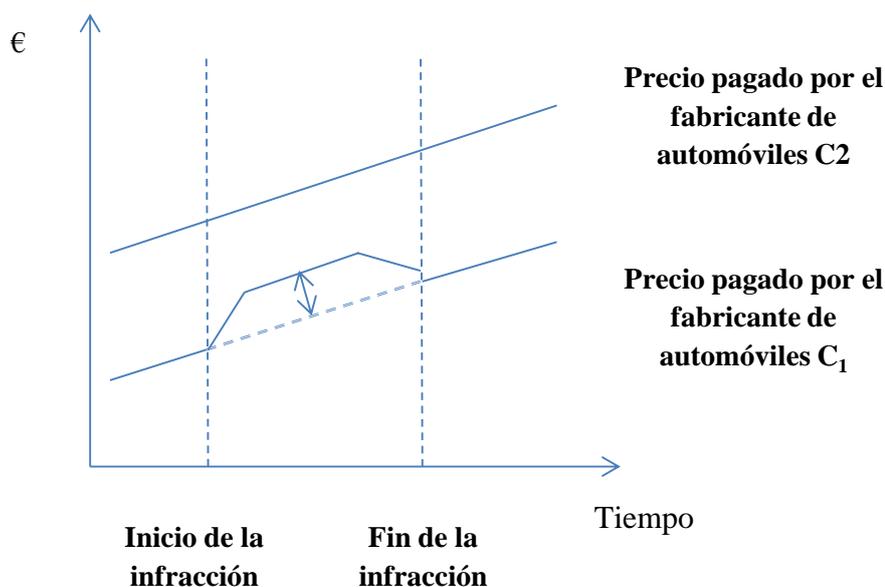
- 97) El método que debe utilizarse en la medida de lo posible es el que combina los dos dimensiones, es decir, la dimensión temporal y la dimensión del producto. Este método se denomina «diferencia en la diferencia». En él se examina la evolución de la variable económica de que se trate en el mercado afectado por la repercusión durante un período determinado (diferencia a lo largo del tiempo en el mercado de repercusión), y se la compara con la evolución de la misma variable durante el mismo periodo en un mercado comparativo no afectado (por ejemplo en otro mercado geográfico).
- 98) Con el fin de aclarar cómo puede emplearse este método, resulta útil considerar los ejemplos del cártel del cobre que figuran en el Gráfico 1 y el Gráfico 3.
- 99) Partiendo del supuesto de que en un caso hipotético el fabricante de automóviles  $C_1$  en el Estado miembro 1 (el comprador indirecto) reclame la reparación de daños y perjuicios al fabricante de cobre  $A_1$  (el infractor), como se explica en el apartado 19), todo perjuicio que sufra  $C_1$  se deriva de la repercusión de sobrecostes del proveedor de haces de cables  $B_1$ . Utilizar un enfoque de «diferencia en la diferencia» supondría valorar la evolución del precio pagado por el fabricante de automóviles  $C_1$  en el Estado miembro 1 (el mercado con un efecto de precio relacionado con la repercusión) durante un período determinado, y compararla con la evolución del precio pagado por el fabricante de automóviles  $C_2$  en el Estado miembro 2 (no afectado por la infracción y, por lo tanto, sin efectos de precios relacionados con la repercusión) en el mismo período de tiempo. La comparación muestra la diferencia entre estas dos diferencias diacrónicamente, lo que ofrece un cálculo de la evolución del precio pagado por el fabricante de automóviles, con exclusión de todos aquellos factores que afectaron a los mercados de la misma manera tanto en el Estado miembro 1 como en el Estado miembro 2. Por lo tanto, el método aísla el efecto de precio relacionado con la repercusión de otras influencias sobre el precio de los haces de cables comunes a ambos mercados. Este enfoque también se ilustra en el Gráfico 1.

---

68) Si para un supuesto contrafáctico se tienen cuenta los mercados comparativos de países extranjeros, el órgano jurisdiccional nacional también debe tener en cuenta las posibles diferencias en la legislación. Ello es particularmente importante cuando se trata de mercados regulados: por ejemplo, productos farmacéuticos o energía.

## PROYECTO

**Gráfico 1: Ilustración del enfoque «diferencia en la diferencia»**



- 100) Un ejemplo simple derivado del cártel del cobre mencionado en el apartado 6) puede ilustrar este método. Supongamos que una comparación realizada antes, durante y después pone de manifiesto un aumento de 100 EUR en el precio unitario de los haces de cables en el Estado miembro 1 (en el que tuvo lugar la infracción y la repercusión del sobrecoste) entre 2005 y 2010. Si observamos lo que sucede en el mercado no afectado en el Estado miembro 2 durante el mismo período constatamos que el precio unitario de los haces de cables solo se ha incrementado en 10 EUR, debido a un incremento del coste de otro insumo, por ejemplo, el plástico. Suponiendo que el mayor coste de los insumos (de plástico) también afectaba al Estado miembro 1, una comparación de la distinta evolución de los precios de los haces de cables en los Estados miembros 1 y 2 indicaría el aumento de precios causado por el efecto de la repercusión. En el ejemplo, sería de 90 EUR.
- 101) Por tanto, una ventaja importante de este método es que puede descartar los cambios que no guardan relación con el efecto de precio relacionado con la repercusión que se produjeran durante el mismo período de la repercusión. No obstante, reposa en el supuesto de que otros factores, en el ejemplo anterior el precio del plástico, afectan a los mercados de modo similar. Si este no es el caso, puede ser necesario realizar una aplicación econométrica del método «diferencia en la diferencia». Estos enfoques se describen con más detalle a continuación.
- 102) Tal como se señala en la Guía Práctica<sup>69</sup>, también pueden emplearse otros métodos para establecer un supuesto contrafáctico. Resultan especialmente útiles si no se dispone de datos históricos sobre precios ni en el mercado de la infracción ni en el mercado de comparación. En la práctica, ello significa que puede resultar imposible observar la evolución de los precios a lo largo del tiempo en los mercados de la infracción o en los mercados comparativos. En tal caso, podría emplearse otro método basado en la comparación, un método que compare los diferentes mercados

69) Véase la Guía Práctica, apartado 49 y siguientes.

## PROYECTO

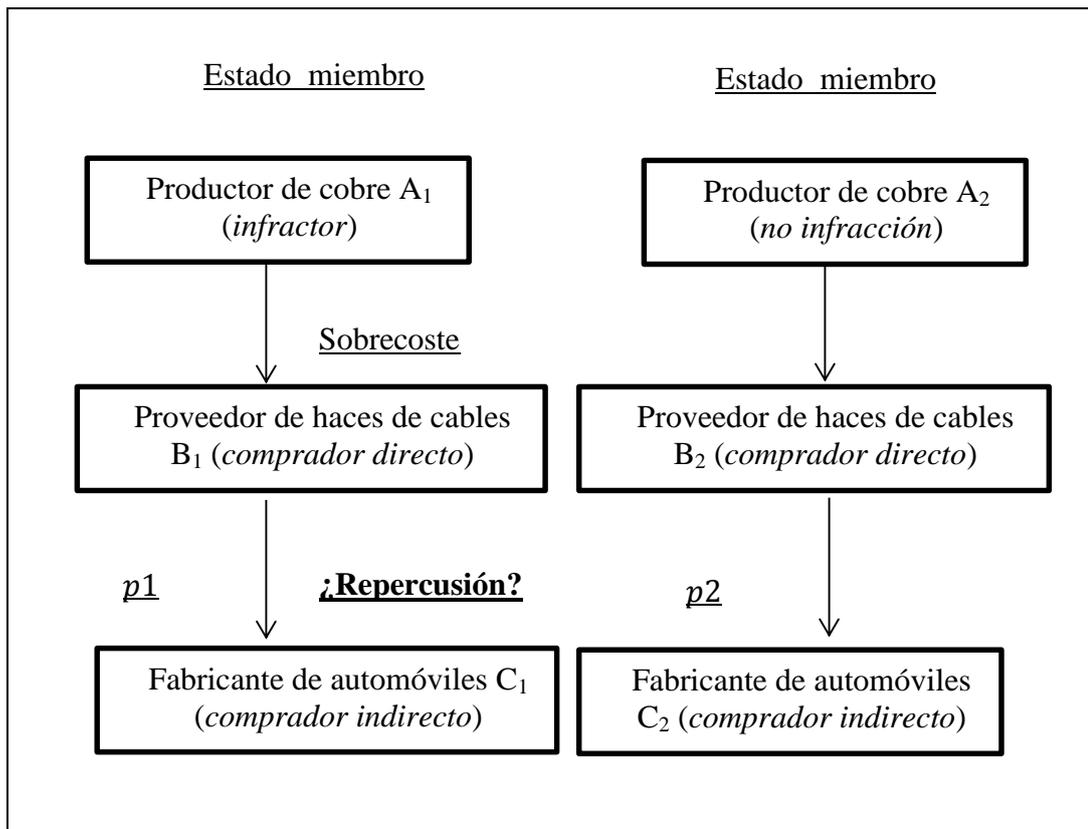
geográficos. Por ejemplo, como se indica en el Gráfico 2, un órgano jurisdiccional nacional puede considerar la comparación de los precios pagados por el fabricante de automóviles  $C_1$  durante el período de la infracción en el Estado miembro 1 ( $p1$ ) con el precio medio pagado por los fabricantes de automóviles similares en el Estado miembro 2, es decir, en un mercado geográfico no afectado por la infracción ( $p2$ ). Este método recibe el nombre de «comparación entre los distintos mercados»<sup>70</sup>.

---

70) Este método se ha utilizado con frecuencia para determinar el sobre coste inicial en las acciones por daños y perjuicios; véanse, por ejemplo, los asuntos citados en la nota a pie de página 45 de la Guía Práctica.

## PROYECTO

Gráfico 2: Métodos comparativos para cuantificar la repercusión

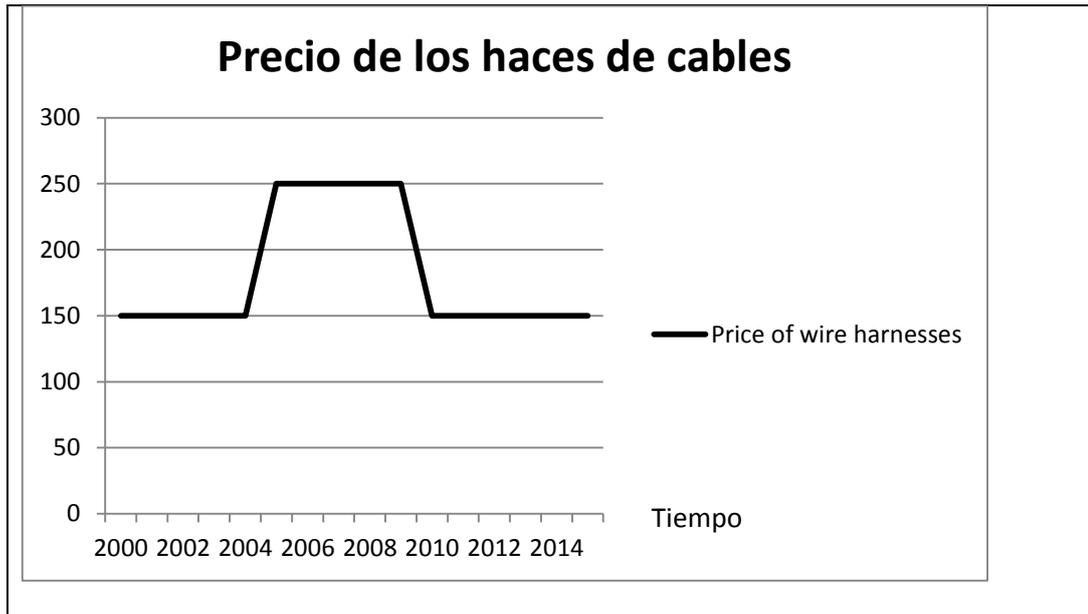


- 103) Si se constata que el  $p_1$  es superior al  $p_2$ , esto indica un efecto de precio relacionado con la repercusión del proveedor de haces de cables B<sub>1</sub> al fabricante de automóviles C<sub>1</sub> en el Estado miembro 1. El mismo tipo de comparación puede llevarse a cabo con respecto a cualquier otra variable económica, como, por ejemplo, los márgenes o los volúmenes vendidos.
- 104) Puede que no sea posible encontrar otro mercado de producto que presente similitudes suficientes con el mercado de la infracción que permita realizar una comparación entre los distintos mercados. Otro enfoque basado en la comparación que puede aplicarse sería comparar los precios a lo largo del tiempo en el mismo mercado, es decir, comparación antes-después<sup>71</sup>. En tal caso, el mercado de comparación es exactamente el mismo mercado de producto que el de la infracción pero analizado en diferentes momentos. Este enfoque se ilustra en el Gráfico 3.

71) Véase la Guía Práctica, apartados 38 a 48.

## PROYECTO

Gráfico 3: Métodos comparativos para cuantificar la repercusión diacrónica<sup>72</sup>



- 105) En este ejemplo, se parte del principio de que la práctica ilegal de fijación de precios en el sector del cobre tuvo una duración de cinco años, de 2005 a 2010. En este periodo<sup>73</sup>, el sobrecoste inicial se repercutió al fabricante de automóviles C. Al aplicar este método, el precio pagado por el fabricante de automóviles durante el periodo de la infracción se compara con el abonado por el fabricante de automóviles en un periodo no afectado por la infracción y la repercusión, por ejemplo, en 2003 y 2004. Un ejemplo en el que un demandante aplicó este enfoque figura en el **Recuadro 5**.
- 106) Al aplicar los métodos anteriormente descritos, es preciso tener en cuenta factores distintos de los derivados de la infracción que puedan haber afectado el grado de repercusión. Así, por ejemplo, al considerar si otros mercados o periodos son adecuados como supuestos contrafácticos, el órgano jurisdiccional también debe tener en cuenta otros factores que afectan a la repercusión mencionados en la sección 3 (relativos a la teoría económica de la repercusión). Por otra parte, otros factores tales como las diferencias en los costes de los insumos, la inflación, etc., también pueden variar en los distintos mercados. Con el fin de establecer un supuesto contrafáctico plausible, resulta esencial, por lo tanto, tener en cuenta dichos factores. A continuación se describen diversas técnicas para aplicar este enfoque.

72) En aras de la sencillez, este gráfico solo ilustra el efecto sobre los precios derivado de la infracción. En un escenario real los precios también se verán afectados por otros factores distintos de la proporción de la repercusión, tales como la inflación y otras perturbaciones de los costes.

73) Téngase en cuenta, sin embargo, que la cuestión de la repercusión diferida, mencionada en el apéndice 1, puede ser de importancia a la hora de comparar los precios de la infracción con los precios antes y después.

## PROYECTO

### Recuadro 5: Comparación antes, durante y después - asunto lunas de automóviles en Alemania<sup>74</sup>

El demandante en esta acción de reparación de daños y perjuicios era un comprador indirecto de los miembros de un cártel de lunas para automóviles. Los miembros del cártel infringieron el artículo 101 del TFUE y fueron multados por la Comisión Europea en 2008.

Los peritos de las demandantes llevaron a cabo un análisis de la evolución de los precios antes, durante y después del período de existencia del cártel. No se realizaron ni análisis de regresión ni de correlación, sino que los peritos trataron de acreditar la relación entre el precio de las lunas de automóviles (el producto objeto del cártel) y el de las lunas de sustitución exclusivamente mediante la observación de la evolución de los precios.

El órgano jurisdiccional consideró, sin embargo, que este análisis no demostró suficientemente ninguna relación causal directa entre el precio de estos dos productos. Por lo tanto, en este caso se consideró que esta estrategia no aportaba pruebas suficientes en relación con la repercusión.

#### 4.3.1.2. Aplicación de los enfoques directos en la práctica

- 107) Existen diversas técnicas para calcular el efecto de precio relacionado con la repercusión basándose en el enfoque directo anteriormente descrito. Determinados factores, como un incremento de los costes de las materias primas del ejemplo anterior, influirán en muchos casos solo en el mercado comparativo o únicamente en el mercado afectado por la repercusión. Como se ha explicado anteriormente, se han de introducir ajustes a los datos observados con objeto de tener en cuenta tales influencias. Puede tratarse de simples ajustes de los datos en casos en los que el factor de influencia y la magnitud de sus efectos puedan tenerse en cuenta con relativa facilidad.
- 108) En determinados casos, cuando la disponibilidad y la calidad de los datos lo permitan, pueden introducirse ajustes de los datos de comparación sobre la base de técnicas econométricas, en particular mediante el uso de análisis de regresión. El análisis de regresión es una técnica estadística que ayuda a analizar las pautas en la relación entre variables económicas.
- 109) En un análisis de regresión, se examina una serie de datos obtenidos para la variable de estudio y las probables variables influyentes por medio de técnicas estadísticas. Se suele representar la relación identificada mediante una ecuación. Esta ecuación permite estimar los efectos de las variables influyentes en la variable de estudio y aislarlos de los efectos de la infracción. Un análisis de regresión permite calcular el grado de correlación existente entre las variables pertinentes, lo

74) Tribunal Regional de Düsseldorf, resolución de 19 de noviembre de 2015, asunto n.º 14d O 4/14, Lunas de automóviles en Alemania.

## PROYECTO

que en algunos casos puede indicar una influencia causal de una variable sobre la otra<sup>75</sup>.

- 110) Las diferentes técnicas de que se dispone para modificar los datos de comparación se describen con más detalle en la Guía Práctica<sup>76</sup>. Mediante ejemplos e ilustraciones, la Guía Práctica ofrece orientaciones sobre los conceptos, enfoques y condiciones de aplicación de las diferentes técnicas, y debe servir de base para abordar las cuestiones relativas a los enfoques disponibles para aplicar los métodos comparativos.
- 111) Como se ha mencionado anteriormente, las técnicas basadas en el análisis econométrico pueden conllevar algunos casos costes considerables que pueden ser desproporcionados en relación con el valor de los daños y perjuicios reclamados. En estos casos, el órgano jurisdiccional puede considerar suficiente calcular la repercusión evaluando simultáneamente los datos cuantitativos sin recurrir a un análisis de regresión y tomando en consideración las pruebas cualitativas.
- 112) En el contexto del cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas, pueden ser de especial relevancia los documentos internos que describan la política de precios de una empresa. A la hora de evaluar los documentos internos, el órgano jurisdiccional debe ser consciente de que las empresas de distintos sectores industriales, e incluso dentro de un mismo sector, pueden adoptar políticas de precios distintas. En algunos casos, una empresa puede tener una política clara o una práctica consolidada que determine los ajustes de precios que se deriven de determinadas variaciones de los costes. En otros casos, la empresa puede tratar de alcanzar determinados objetivos de rendimiento. Por ejemplo, el comprador directo puede aplicar un margen específico a los precios de los productos que suministra. En principio, una política de este tipo hace pensar que repercutirían toda variación de los costes.
- 113) Por otra parte, al evaluar las políticas de precios, el órgano jurisdiccional también debe tener en cuenta si se ha aplicado realmente la política de precios de la empresa de que se trate, por ejemplo, examinando los datos de precios para determinar si estos corresponden a la política de precios en cuestión.
- 114) A continuación se ofrecen ejemplos de casos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales han tenido en cuenta pruebas cualitativas.

### **Recuadro 6: Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — *Cheminova (2015)***

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que un productor de plaguicidas había repercutido el 50 % del sobrecoste inicial a los clientes indirectos. Esta conclusión se basó en la teoría económica que predice que un 50 % del sobrecoste se repercutirá si el cliente directo es un operador monopolístico que se enfrenta a una demanda lineal. En este caso el órgano jurisdiccional pudo basarse en estudios de mercado públicos que consideraban que el mercado en el que el cliente directo operaba era un mercado monopolístico. En un informe presentado

75) Los análisis de regresión se explican detalladamente en la Guía Práctica, apartados 69 y siguientes.

76) Ibid, capítulo II B.

## PROYECTO

por el cliente directo, se afirmaba que debía considerarse que el mercado era competitivo en lugar de monopolístico. Por ejemplo, el cliente directo alegó que en el mercado competían un gran número de productos y que la existencia de cuotas de mercado moderadas apuntaban a un mercado competitivo. No obstante, debido a las circunstancias concretas del asunto, el órgano jurisdiccional discrepó de este enfoque.

### **Recuadro 7: Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — *DOUX Aliments* (2014)**

En esta sentencia, el órgano jurisdiccional declaró que el demandante había acreditado la existencia de repercusión. En este asunto, el sobrecoste se refería a la lisina, insumo utilizado en la cría de pollos. El órgano jurisdiccional entendió que la lisina solo representaba el 1 % de los costes de producción de los pollos, y que un aumento tan pequeño de los costes no era prueba suficiente para convencer al órgano jurisdiccional de que también daría lugar a un aumento de los precios del pollo. El órgano jurisdiccional constató que los precios respondían a otros factores, tales como la competencia con otros productos cárnicos y el poder de la demanda. Al concluir que el sobrecoste no se repercutió a los minoristas indirectos, el órgano jurisdiccional se refirió al hecho de que los pollos se venden en un mercado internacional y competitivo y que las cadenas minoristas de alimentación gozan de gran poder de la demanda.

- 115) Además, al aplicar métodos comparativos en el cálculo de los sobrecostes, los órganos jurisdiccionales han aplicado en ocasiones lo que se conoce con el nombre de «descuento prudencial», es decir, han deducido de los valores de los datos obtenidos una cantidad suficiente para tener en cuenta las incertidumbres en el cálculo<sup>77</sup>. Si la aplicación del análisis econométrico no es factible, este enfoque también puede aplicarse en el cálculo de la repercusión. El objetivo de tal enfoque sería excluir los efectos de otros posibles factores sobre la variable considerada, por ejemplo, el precio ofrecido por el cliente indirecto.

#### 4.3.1.3. Dificultades

- 116) Al calcular el efecto de precio relacionado con la repercusión, el órgano jurisdiccional podrá considerar, en particular, técnicas que, en la mayor medida posible, tengan en cuenta factores distintos de los derivados de la infracción. Una de esas técnicas es el método de la «diferencia en la diferencia». Esta requiere información o datos de un mercado comparativo (por ejemplo, otro mercado geográfico) y series cronológicas procedentes del mercado afectado por la repercusión. No obstante, el órgano jurisdiccional debe ser consciente de la existencia de posibles dificultades que pueden afectar a la validez de los métodos comparativos.
- 117) Como se ha explicado anteriormente, en condiciones óptimas el mercado de comparación es similar al mercado de infracción, aunque no afectado por la infracción. No obstante, los compradores en cada uno de los mercados suelen

77) Véase, asimismo, el apartado 95 de la Guía Práctica.

## PROYECTO

utilizar los mismos insumos. En tal supuesto, puede ser difícil encontrar un factor de comparación no afectado. En particular, si el alcance de la infracción abarca una amplia zona geográfica, es probable que los productos similares al producto en cuestión y que incorporen los mismos insumos hayan podido resultar afectados también. Ello puede ocasionar dificultades para encontrar un mercado de comparación adecuado.

- 118) En otras circunstancias, puede que el mercado de comparación esté indirectamente afectado por el sobre coste inicial. En el ejemplo del cártel del cobre mencionado en el Gráfico 2, el proveedor de haces de cables  $B_1$  adquiere cobre del infractor  $A_1$ . A pesar de que el proveedor de haces de cables  $B_2$  en el mercado de comparación no compra al infractor  $A_1$ , los proveedores de haces de cables  $B_2$  y  $B_1$  pueden ser competidores en los mismos mercados geográficos en una fase posterior. Esto implica que si el proveedor de haces de cables  $B_1$  incrementa sus precios en respuesta a la infracción inicial, sus competidores podrían aumentar sus precios también. En este caso, el precio que ofrece el proveedor de haces de cables  $B_2$  puede haberse visto afectado directa o indirectamente por la infracción, por lo que no puede constituir una comparación adecuada<sup>78</sup>.
- 119) Por lo que respecta a la comparación diacrónica, puede ser difícil identificar con suficiente precisión el período en el que el mercado resultó afectado por la infracción. Las partes pueden presentar una decisión adoptada por una autoridad de competencia que establezca un período de infracción, es decir, que indique las fechas de inicio y finalización de la infracción. Sin embargo, puede que este período no coincida con el período en que un mercado resultara realmente afectado por la infracción. También es importante señalar que determinar las fechas tanto del período de la infracción como del período en que el mercado resultó afectado puede tener un fuerte impacto sobre el resultado de los análisis.
- 120) Como se ha indicado anteriormente, es posible que en realidad el efecto de la infracción no se limite al período establecido en dicha decisión<sup>79</sup>. Por una parte, la fecha de inicio señalada por la autoridad de competencia puede ser posterior al inicio efectivo de la infracción, debido, por ejemplo, a la falta de pruebas fiables. Por otra, la fecha de finalización establecida en una decisión de infracción puede ser anterior a la de finalización de la infracción.
- 121) Es posible que los efectos de una infracción no se circunscriban a su período de duración. Es posible que la infracción afecte al mercado en cuestión incluso después de que haya cesado la conducta prohibida con arreglo al Derecho de competencia de la UE. En particular, este podría ser el caso de los mercados oligopolísticos, si la información recabada durante la infracción permite a los proveedores de un determinado producto adoptar, sobre una base sostenible después de que la infracción haya finalizado, una línea de actuación destinada a vender a un precio superior al competitivo, es decir, el precio que se habría

---

78) Este efecto se asemeja a los efectos paraguas sobre los precios mencionados en el apartado 37).

79) Véase, asimismo, el apartado 43 de la Guía Práctica.

## PROYECTO

aplicado de no ser por la infracción, sin participar en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia de la UE<sup>80</sup>.

- 122) La posibilidad de que los compradores situados en distintos niveles de la cadena de suministro puedan retrasar la repercusión del sobrecoste puede afectar también a la comparación de forma significativa<sup>81</sup>. El ejemplo del cártel del cobre mencionado en el Recuadro 1 puede ilustrar este extremo. Supongamos que el fabricante de automóviles C negocia precios con el proveedor de haces de cables B sobre una base anual. El proveedor de haces de cables B únicamente adapta los precios una vez al año tras finalizar las negociaciones con el fabricante de automóviles C. Si se establece un cártel de fijación de precios en el mercado del cobre justo después de la finalización de las negociaciones entre el proveedor de haces de cables y el fabricante de automóviles, es posible que no sea hasta el año siguiente, en el momento en que se desarrollen las negociaciones anuales, cuando el proveedor de haces de cables tenga una oportunidad de repercutir en sus propios precios el incremento del precio del cobre.
- 123) Por lo tanto, puede que retrasar la repercusión a la fase posterior de la cadena de suministro ocasione dificultades a la hora de determinar el período de referencia para comparar los precios durante y antes o durante y después de la infracción (o ambas). El órgano jurisdiccional puede adaptar el análisis teniendo en cuenta la naturaleza de cada caso, por ejemplo, analizando la política de precios de las partes, y, sobre esa base, introduciendo un cierto desfase temporal a la hora de analizar las pautas que siguen los precios en diferentes niveles de la cadena de suministro.

### 4.3.2. Enfoques indirectos — cálculo del porcentaje de repercusión

#### 4.3.2.1. Visión general

- 124) En la sección anterior se describen los métodos y técnicas para el cálculo directo del efecto de precio relacionado con la repercusión del sobrecoste. En general, el método directo es preferible cuando puede ser aplicado de manera realista y proporcionada. Esto se debe a que presenta la clara ventaja de permitir que se realice un cálculo de la repercusión del sobrecoste basado en los precios *reales* fijados por un comprador directo o indirecto durante el período de la infracción. Sin embargo, depende, en particular, de la disponibilidad de datos relativos a estos precios. Esta información puede estar disponible en muchos casos. Sin embargo, si la información sobre los precios reales no puede presentarse ante el órgano jurisdiccional, por ejemplo si el órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que la divulgación de dicha información es desproporcionada en relación con la cuantía de la reclamación en el asunto de que se trate, la repercusión puede calcularse de forma *indirecta*.

---

80) Véase, asimismo, el apartado 153 de la Guía Práctica. Por ejemplo, un caso en el que un órgano jurisdiccional nacional dictaminó que los precios cobrados durante los cinco meses posteriores al fin de la infracción seguían estando influidos por el cártel, véase Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, resolución de 11 de junio de 2010 en el asunto n.º 6 U 118/05, también citada en la Guía Práctica, apartado 44.

81) Por otro lado, puede que las empresas sean conscientes de que corren el riesgo de tener que hacer frente a reclamaciones por daños y perjuicios, y que el alcance de dichas reclamaciones puede calcularse en función de los precios posteriores a la infracción, por lo que podrían tener el incentivo de mantener el nivel de precios después de que haya cesado la infracción.

## PROYECTO

- 125) Este enfoque indirecto puede aplicarse analizando de qué manera las variaciones anteriores de los costes de una empresa han influido en sus precios antes o después del período de la infracción. Por ejemplo, en el ejemplo del cártel del cobre mencionado en el apartado 6), el porcentaje de repercusión del sobrecoste puede calcularse analizando de qué forma la evolución histórica del coste del cobre ha afectado al precio de los haces de cables. En otras palabras, si un incremento del coste del cobre de 10 EUR va seguido de un aumento del precio de los haces de cables de 5 EUR, se calcula que el porcentaje de repercusión es del 50 %. Para calcular la repercusión durante el período de la infracción, el órgano jurisdiccional podría combinar este porcentaje de repercusión estimado con información sobre el sobrecoste y las ventas.
- 126) Sin embargo, el método indirecto no está exento de riesgos y puede incluso arrojar resultados engañosos en algunos casos. Ello se debe a que, cuando se utiliza para calcular la repercusión, el órgano jurisdiccional no puede determinar si el sobrecoste se repercute de manera efectiva ni tampoco puede observar si las variaciones en el coste de los insumos se reflejan en los precios en los mercados posteriores. Por tanto, es esencial que el órgano jurisdiccional sea consciente de que el método indirecto se basa en el supuesto de que, durante el período de la infracción, las variaciones de los costes de los insumos se reflejan en los precios en la fase posterior. Si dicha hipótesis fuera inexacta, este enfoque puede generar cálculos engañosos que constaten una repercusión de sobrecostes que no se ha producido en la realidad.
- 127) Cuando se utilice el método indirecto, el órgano jurisdiccional debe tratar de calcular la repercusión sobre la base de cómo se han reflejado previamente en los precios posteriores las variaciones en el coste del insumo afectado. Sin embargo, si no se dispone de esa información, el órgano jurisdiccional puede observar la evolución de otros componentes de los costes marginales del comprador y analizar el modo en que tales variaciones de los costes afectan a los precios en la fase posterior. En el hipotético caso indicado en el apartado 6) y modificado posteriormente en el apartado 80), ello significa que un órgano jurisdiccional podría tener en cuenta un análisis de la relación entre el precio de los haces de cables y el coste del plástico (no afectado por la infracción), y calcular un porcentaje de repercusión sobre la base de esta última relación.
- 128) En la mayoría de los casos, la infracción en cuestión se refiere al coste de un insumo que constituye tan solo uno de los componentes del coste marginal del comprador. Por ejemplo, es posible que el proveedor de haces de cables tenga que pagar más por el cobre si este se ve afectado por la infracción. Sin embargo, el coste del cobre solo representara una parte del total de los costes marginales.
- 129) En caso de que el insumo afectado por la infracción solo constituya una fracción muy pequeña del coste marginal, cabe la posibilidad de que incluso un aumento significativo del coste de dicho insumo apenas pueda ser detectado en los datos de precios del comprador, aunque se repercute en su totalidad. Si bien un enfoque alternativo podría ser calcular el porcentaje de repercusión sobre la base de las variaciones de los costes de insumos más significativos, y no solo del coste de los insumos menos significativos afectados, tal enfoque debe sustentarse en la sólida hipótesis de que los incrementos del coste marginal se repercutirán en un porcentaje idéntico, con independencia de la fuente del incremento de los costes. Por otra parte, si un método directo, es decir, el cálculo basado en los precios reales, no

## PROYECTO

constata ninguna repercusión estadísticamente significativa, esto puede considerarse como prueba en apoyo de la tesis de que no tuvo lugar repercusión alguna. Dicho de otro modo, el hecho de no haber detectado ninguna repercusión por el método directo no es un argumento suficiente o válido por sí mismo para adoptar un método indirecto.

- 130) Tal como se explica en el apéndice 1, también existen buenas razones por las que las empresas no siempre repercuten pequeñas variaciones de sus costes marginales, al menos a corto plazo, aún en el caso de que se vean inclinadas a repercutir variaciones de costes más importantes. Por lo tanto, puede que no sea legítimo suponer que el porcentaje de repercusión será similar para variaciones diferentes del coste de los insumos. Una explicación puede ser que la empresa puede incurrir en los denominados «costes de menú», y, por lo tanto, prefiera esperar hasta que los incrementos de los costes marginales se acumulen más allá de un cierto umbral antes de modificar sus precios. Otra explicación podría ser que el comprador directo puede no haber reconocido que se ha producido una variación relevante en los costes de los insumos.
- 131) A la hora de evaluar las pruebas indirectas de la repercusión del coste de los componentes que no se vean afectados por el sobrecoste, el órgano jurisdiccional nacional también debe, en determinados casos, tener en cuenta las pruebas cualitativas que demuestren que la repercusión de pequeños incrementos de costes se ajusta a la práctica comercial del comprador directo o indirecto.

### 4.3.2.2. Métodos

- 132) El enfoque indirecto requiere información sobre el sobrecoste inicial y el porcentaje de repercusión pertinente. Como punto de partida, puede que ya se haya realizado un cálculo del sobrecoste en otros procedimientos o pueda inferirse de anteriores asuntos judiciales. Si no se dispone de un cálculo previo del sobrecoste, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta las técnicas mencionadas en la Guía Práctica<sup>82</sup>. En tales casos, a petición del demandante, el órgano jurisdiccional puede ordenar la divulgación de datos pertinentes del infractor.
- 133) Una ventaja de este método *directo* reside en que permite establecer un supuesto contrafáctico. Como se ha mencionado en el apartado 63), la finalidad de este ejercicio es aislar el efecto de la infracción de otros factores que también afectan a los precios. Si bien el método *indirecto* no permite tal enfoque, sigue siendo importante para tener en cuenta los factores que no están relacionados con la infracción. Un enfoque puede ser utilizar técnicas cuantitativas como, por ejemplo, el análisis de regresión<sup>83</sup>. Por ejemplo, en el caso del cártel del cobre, un órgano jurisdiccional puede tener en cuenta un análisis de la relación entre los precios aplicados por el proveedor de haces de cables y las variaciones de los costes de los insumos de los haces de cables. No obstante, hay otros factores que también pueden afectar al precio en el nivel posterior, a saber, el precio de los haces de cables también puede verse afectado por las fluctuaciones en la demanda de los fabricantes de automóviles. Si el órgano jurisdiccional no tuviera en cuenta dichos

---

82) Véase la Guía Práctica, apartados 26 y siguientes.

83) El concepto de análisis de regresión se explica de forma detallada en la Guía práctica, capítulo II (2).

## PROYECTO

factores adicionales, es más que probable que el porcentaje de repercusión arrojaré resultados sesgados.

- 134) Un análisis de regresión requiere, por lo general, una gran cantidad de datos sobre costes y precios. Por tanto, a los efectos de calcular el porcentaje de repercusión, el órgano jurisdiccional también puede considerar si los cálculos procedentes de otras fuentes podrían ofrecer una estimación razonable del porcentaje de repercusión en el caso de que se trate. Entre los ejemplos de esas otras fuentes podemos citar los porcentajes de repercusión observados en otros asuntos en un mismo sector o en otros sectores, los estudios académicos relevantes para el sector en el caso en cuestión o las pruebas aportadas en las declaraciones de los testigos. Se trata de una alternativa particularmente viable, cuando no se disponga de los datos necesarios o los métodos cuantitativos no incluyan factores de control pertinentes.
- 135) No obstante, es esencial que el órgano jurisdiccional sea consciente del hecho de que las estimaciones basadas en otras fuentes corren el riesgo de no tener en cuenta factores pertinentes para el porcentaje de repercusión en el caso en cuestión. En particular, puede ser importante considerar la metodología subyacente a la estimación encontrada en otras fuentes y la sensibilidad de cualquier resultado a las posibles diferencias existentes entre ese cálculo y el porcentaje de repercusión en el caso en cuestión. A tal efecto, el órgano jurisdiccional puede tomar en consideración los conceptos pertinentes de la teoría económica, como se explica en la sección 2.4 y en el apéndice 1, tales como el grado de competencia. Si solo se dispone de información limitada, por ejemplo sobre las diferentes condiciones de mercado o cómo se determinó el porcentaje de repercusión, puede que el método indirecto no sea el adecuado.

### 4.4. Cuantificación y cálculo de los efectos de volumen

#### 4.4.1. Introducción

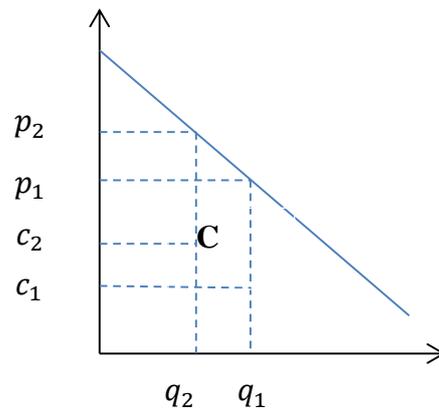
- 136) Como se indica en el apartado 11), las víctimas de infracciones del Derecho de competencia de la UE tiene derecho al pleno resarcimiento. El perjuicio real queda subestimado si se tiene en cuenta la repercusión sin el efecto de volumen. Por lo tanto, calcular el efecto de volumen es tan esencial como estimar el efecto de precio relacionado con la repercusión<sup>84</sup>.
- 137) Como se ilustra en el Gráfico 4, el efecto de volumen se refiere al lucro cesante ocasionado por la disminución de las ventas derivada de la repercusión, es decir, el menor volumen de ventas debido al aumento de los precios. En el método secuencial, mencionado anteriormente en el apartado 71), el tercer paso en una cuantificación plena de los daños y perjuicios ocasionados por los sobrecostes es calcular la magnitud del efecto de volumen.

---

84) Los órganos jurisdiccionales nacionales de la UE han confirmado en varias ocasiones la importancia de calcular el efecto de volumen. Por ejemplo, en el asunto U 2014/15 de 2016, el Oberlandesgericht de Karlsruhe, un órgano jurisdiccional alemán, llegó a la conclusión de que la repercusión de un sobrecoste puede dar lugar posteriormente a una reducción de la cantidad vendida por el comprador directo.

## PROYECTO

**Gráfico 4: El efecto de volumen**



- 138) El efecto de volumen corresponde a la diferencia entre  $q_1$  y  $q_2$ . El lucro cesante derivado de la pérdida de ventas viene expresado por el área  $C$ , que se obtiene multiplicando este volumen perdido por el margen de beneficios  $(p_1 - c_1)$  logrado por el comprador en el supuesto contrafáctico, es decir, el margen que habría logrado el comprador de no haber sido por la infracción, sin repercusión de sobrecostes.
- 139) El cálculo del efecto de volumen requiere una evaluación de dos factores: i) la variación de la cantidad como consecuencia del aumento de los precios, y ii) el margen contrafáctico. El cálculo de estos factores requiere disponer de datos sobre parámetros distintos de los necesarios para la estimación del efecto de precio relacionado con la repercusión. La disponibilidad de datos es también un elemento fundamental que debe considerar el órgano jurisdiccional al calcular el efecto de volumen. Dependiendo de los datos disponibles, pueden emplearse diferentes métodos, que se explican con más detalle a continuación.

### 4.4.2. Enfoque directo

#### 4.4.2.1. Datos e información necesarios

- 140) El enfoque directo a los fines de calcular el efecto de volumen requiere disponer de información sobre i) la cantidad observada vendida por la empresa afectada por el sobrecoste ii) el volumen contrafáctico vendido y iii) el margen precio-coste que el comprador habría obtenido en ausencia de la infracción. A petición de la otra parte, el órgano jurisdiccional puede ordenar la divulgación de tales datos del comprador correspondiente. Sin embargo, es importante señalar que el margen precio-coste observado no es el margen que se requiere para calcular el efecto de volumen. Por ejemplo, si el comprador repercute la mitad del sobrecoste, se reducirá su margen, lo que implica que el margen observado será inferior a la medida contrafáctica. En este caso, la utilización del margen observado entraña una subestimación de la magnitud del efecto de volumen.
- 141) Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe ser consciente de que el margen pertinente para calcular el efecto de volumen no se corresponde necesariamente con las medidas estándar del margen contable de una empresa, como, por ejemplo, el «beneficio antes de intereses e impuestos» (EBIT) o resultado neto de explotación de la empresa.

## PROYECTO

142) Los márgenes pertinentes para la evaluación de los efectos de volumen vienen definidos por los precios de los productos correspondientes a los que se restan los costes evitados, es decir, los costes que se hayan ahorrado como consecuencia de la reducción de la producción. Por lo tanto, además de una evaluación de qué costes se consideran evitables, el órgano jurisdiccional puede ordenar la divulgación de los productos relevantes. En este contexto, también puede ordenar la exhibición de documentos internos que proporcionen información sobre los márgenes de contribución que utilice el comprador para sus propias decisiones en materia de precios.

### 4.4.2.2. Métodos y dificultades

143) El lucro cesante asociado con el efecto de volumen puede calcularse directamente multiplicando el margen contrafáctico por la reducción de los volúmenes de ventas derivada de la repercusión de los sobrecostes.

144) Con los datos pertinentes facilitados por el demandante, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta las técnicas comparativas descritas anteriormente para calcular el margen contrafáctico y la cantidad contrafáctica. Dado que el margen de beneficio y la cantidad observados pueden verse afectados por otros factores no relacionados con la infracción, en muchos casos será necesario controlar tales factores adicionales. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe hacer todo lo posible por emplear uno de los enfoques anteriormente descritos para tener en cuenta los factores no relacionados con la infracción, por ejemplo mediante el desarrollo de un análisis de regresión.

145) Si no se dispone de los datos necesarios para aplicar el enfoque «diferencia en la diferencia», el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta otras técnicas descritas anteriormente, como la comparación entre distintos mercados o la comparación diacrónica. Sin embargo, si se emplean estas técnicas, también es importante establecer un supuesto contrafáctico sólido, teniendo en cuenta factores que varían entre los distintos mercados o períodos de tiempo.

146) Los métodos comparativos parten de la premisa de que el período o mercado de referencia presentan similitudes suficientes, en particular con respecto a las características del mercado que son relevantes para los márgenes de beneficios tales como el nivel de competencia existente en el mercado o la estructura de costes de los proveedores. Estas premisas no son fáciles de verificar puesto que los márgenes de una empresa pueden verse afectados por un gran número de factores y decisiones estratégicas.

### 4.4.3. Enfoque de elasticidad

147) El efecto de volumen también puede calcularse mediante la combinación del aumento de los precios observado como consecuencia del efecto de precio relacionado con la repercusión con una estimación de la sensibilidad al precio de la demanda relevante. Como se ha mencionado anteriormente, la sensibilidad al precio de la demanda determina la fuerza de la relación entre el precio y la demanda. Por ejemplo, si un incremento del precio de 1 EUR va ligado a una reducción significativa de la cantidad adquirida, se supone que la demanda es más sensible al precio que si la reducción de la cantidad adquirida es menos importante para el mismo incremento de 1 EUR. La llamada elasticidad de la demanda ante los

## PROYECTO

precios indica la variación porcentual de la cantidad demandada asociada con un aumento en el precio del uno por ciento.

### 4.4.3.1. Métodos e información requerida

- 148) En general, la reducción de volumen, ilustrada por el descenso de las ventas de  $q_1$  a  $q_2$  en el Gráfico 4, se verá afectada por el incremento de los precios de la propia empresa, así como por la evolución de los precios de los competidores<sup>85</sup>. Por lo tanto, la magnitud de la pérdida de volumen requerirá una evaluación del modo en que la repercusión ha afectado a los precios de todos los competidores en el mercado, así como la sensibilidad de la demanda a tales variaciones de los precios. Cuando se aplica este método, el efecto de volumen<sup>86</sup> se calcula multiplicando la pérdida de volumen por el margen contrafáctico.
- 149) Los datos necesarios a la hora de calcular el efecto de volumen mediante el enfoque de elasticidad dependerán de si las empresas en cuestión se ven afectadas de la misma manera por el sobrecoste, es decir, si se trata de un sobrecoste que afecta a todo un sector. Si este es el caso, cualquier pérdida de ventas afectaría normalmente a productos y empresas de fuera del mercado. Además, los efectos de volumen tanto de la elasticidad de los precios a nivel de la empresa como de la estabilidad de precios transversal podría calcularse mediante la elasticidad de los precios del mercado. En tales circunstancias, el efecto de volumen puede calcularse sobre la base del margen contrafáctico, la elasticidad de la demanda a nivel del mercado y los precios y las cantidades observados, tal como fueron comunicados por  $p_1$  y  $q_2$ .
- 150) El margen contrafáctico también puede calcularse utilizando el enfoque directo. Una estimación cuantitativa de la elasticidad de la demanda a nivel de mercado puede exigir una enorme cantidad de datos sobre precios y cantidades, que puede no estar disponible o no ser proporcionada en un caso concreto. En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional puede considerar suficiente utilizar otras fuentes de pruebas, como, por ejemplo, la información existente en anteriores estudios del mercado de referencia o documentos internos que proporcionen información sobre la elasticidad pertinente<sup>87</sup>.
- 151) Tal como se explica en el apartado 179) y siguientes, a las empresas también les puede interesar aumentar los precios y reducir su producción en función de los sobrecostes específicos. En tales casos, podría ser necesario hacer un cálculo de la elasticidad de precios de la propia empresa y de la estabilidad de precios transversal, esto es, la manera en que varía el volumen de ventas de una empresa cuando esta modifica sus propios precios y cómo el volumen de ventas de una empresa se ve afectado por las variaciones de precios de otras empresas que operan en el mercado. El alcance del segundo efecto dependerá de si los productos ofrecidos en el mercado son sustitutivos cercanos o no. Por lo tanto, si los productos del competidor no son sustitutivos cercanos, puede deducirse que no es probable que las respuestas de los competidores influyan de forma significativa en

---

85) Dado que las empresas compiten en precios.

86) El efecto de volumen se ilustra en el área C del Gráfico 5 del apéndice 1.

87) Véase, por ejemplo, el asunto n.º U-4-07 — Cheminova/Akzo Nobel, sentencia de 15 de enero de 2015.

## PROYECTO

el volumen de ventas, aunque no sea posible medir dichos efectos con exactitud, debido a la disponibilidad de datos, por ejemplo.

### 4.4.3.2. Dificultades

- 152) Cuando recurra al enfoque de la elasticidad, el órgano jurisdiccional podrá calcular los parámetros de elasticidad pertinentes. Una manera de hacerlo es desarrollar un modelo de demanda y utilizar la econometría. No obstante, tal como se ha mencionado anteriormente, se trata de un enfoque complejo por los datos que requiere y las premisas de las que parte. Si no se dispone de datos y se utilizan otras fuentes, como, por ejemplo, estudios de mercado o información procedente de asuntos anteriores, es importante señalar que estas fuentes pueden no ser adecuadas si el mercado del asunto de que se trate es diferente del descrito en los estudios en términos de estructura de mercado. En tales circunstancias, el enfoque de la elasticidad podría no proporcionar un cálculo preciso del efecto de volumen.
- 153) Como se ha indicado en la introducción de la presente sección relativa a la cuantificación, los tres elementos potenciales del perjuicio en un caso de daños y perjuicios se derivan del sobrecoste inicial, el efecto de la repercusión y el efecto de volumen<sup>88</sup>. El órgano jurisdiccional puede optar por calcular los tres elementos de forma secuencial. De esta forma, la cuantificación del sobrecoste constituiría el primer paso, el cálculo del efecto de precio relacionado con la repercusión, el segundo paso, y el cálculo del efecto de volumen relacionado con la repercusión, la tercera.

## 5. ANEXO 1 — TEORÍA ECONÓMICA

### 5.1. Introducción

- 154) En este anexo se explican en mayor detalle los elementos de la teoría económica que presentan interés en el contexto del cálculo de la repercusión. Como se ha descrito en el apartado 45) y siguientes, son distintos los factores que pueden influir en el grado de repercusión en un caso determinado, como la naturaleza de los costes de los insumos sujetos a sobrecoste, la naturaleza de la demanda de productos a la que se enfrenta el cliente directo o indirecto, la naturaleza e intensidad de la interacción competitiva entre las empresas en el mercado en el que operan los clientes directos o indirectos y otros elementos como la proporción de los diversos insumos de una empresa afectados por el sobrecoste o el horizonte temporal de la infracción.

### 5.2. Costes de los insumos y sus efectos sobre las decisiones de fijación de precios

- 155) Tal como se explica en el apartado 42), el sobrecoste inicial se traduce en un aumento del coste de los insumos para los compradores de los productos o servicios con sobrecoste. Que dichos compradores puedan y estén dispuestos a repercutir el sobrecoste a sus propios clientes, y, en caso afirmativo, en qué medida, depende, entre otros factores, de la estructura de costes de los compradores. A continuación

---

88) Véase el apartado 71).

## PROYECTO

se explica en mayor profundidad la incidencia de los costes fijos y variables y la estructura de los contratos entre empresas en distintos niveles de la cadena de suministro sobre el grado de repercusión del sobrecoste.

- 156) A los fines de establecer los efectos de la repercusión, es importante determinar si los costes de los insumos soportados por un comprador que ha de hacer frente a un sobrecoste varían en función de la cantidad de insumos que solicite (es decir, el coste variable de los insumos) o no (es decir, el coste fijo de los insumos). En efecto, la teoría económica indica que la categoría de costes relevante para la formación de precios a corto plazo es la de los costes variables o, más concretamente, la de los costes marginales; es decir, el incremento de los costes en que se incurre al adquirir un insumo adicional (véase el Recuadro 8 a continuación). Lo contrario de estos costes son los costes fijos, los cuales, a su vez, suelen afectar a las decisiones estratégicas a largo plazo de las empresas, tales como la participación en el mercado, la introducción de productos y el nivel de inversión.

### Recuadro 8: Ejemplos de costes marginales y fijos

Para explicar los conceptos de costes marginales (variables) y fijos, resulta útil considerar los ejemplos simplificados del cártel del cobre ya mencionado en el Recuadro 1.

Por ejemplo, los costes variables del proveedor de haces de cables serían los asociados con la producción de un haz de cables adicional. En estos costes se pueden incluir los insumos necesarios para producir el haz de cables adicional (incluido el cobre y plástico) y los costes de electricidad y laborales asociados con la producción adicional.

No obstante, el proveedor de haces de cables también soporta costes fijos en su producción, como los derivados de la comercialización de sus productos y la inversión en maquinaria nueva. Estos costes no se ven afectados por la producción de un haz de cables adicional, por lo que se consideran fijos.

- 157) Por regla general, es el impacto del sobrecoste sobre los costes marginales o variables del comprador lo que constituirá el punto de partida relevante para evaluar los efectos de la repercusión.
- 158) Los contratos entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de suministro, en los que se establecen las condiciones en las que las empresas suministran sus productos o servicios a los compradores, pueden afectar a componentes considerados tanto costes variables como fijos. Así, por ejemplo, con frecuencia algunos componentes del precio pagado por el comprador no dependen del volumen comprado, mientras que algunos otros componentes, sí. De ello se deduce que, en un caso de daños y perjuicios que implique cualquier elemento relativo a la repercusión de sobrecostes, es importante determinar si los componentes del precio afectados por la infracción son fijos o no desde el punto de vista del comprador.

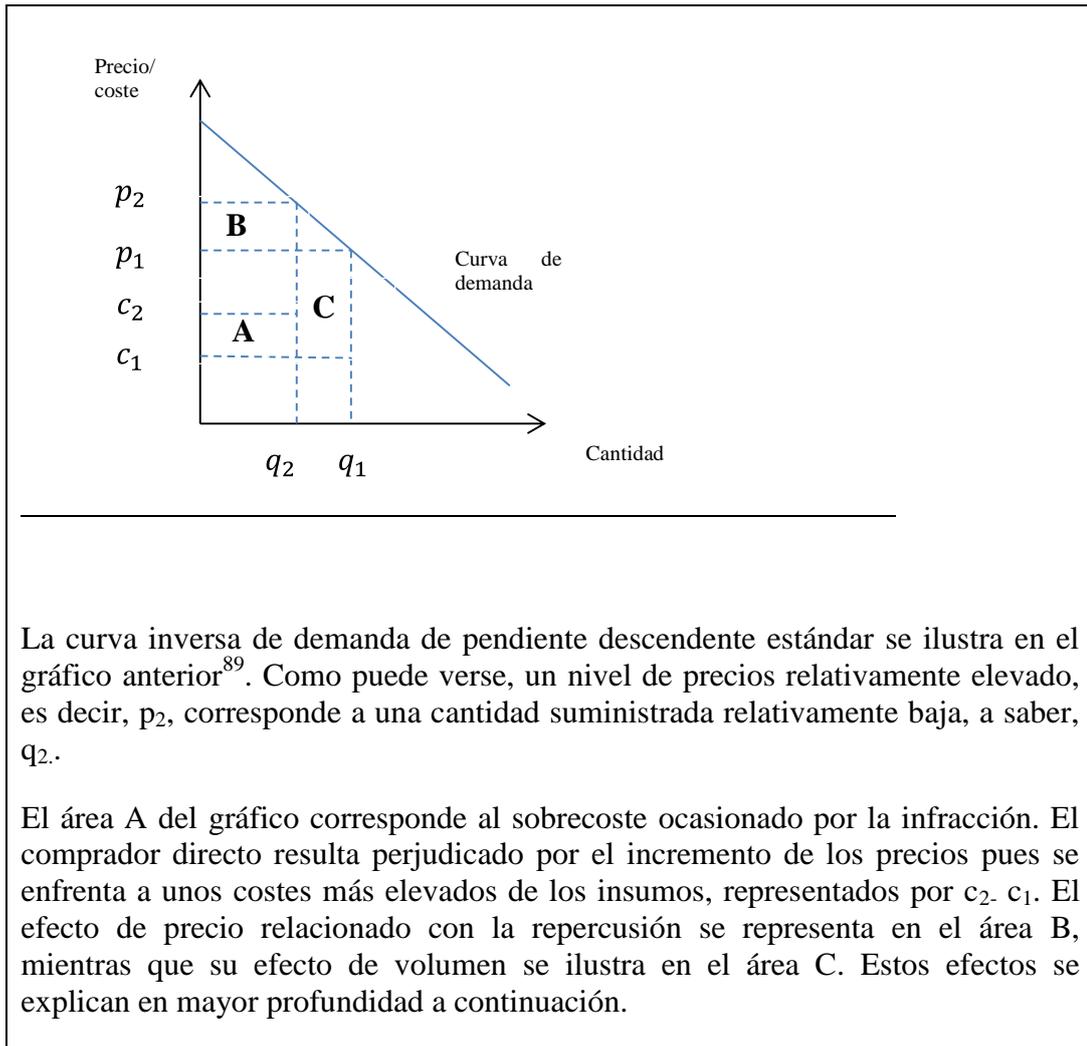
## PROYECTO

- 159) En el caso extremo en el que solo un componente fijo del precio sea incrementado por el infractor, no es de esperar que se produzca a corto plazo repercusión alguna en forma de incremento del precio fijo por parte del comprador en su propio producto. No obstante, a largo plazo, los componentes fijos constitutivos del precio de los insumos podrían influir en las decisiones estratégicas de las empresas. Por consiguiente, el efecto del incremento de los precios fijos de los insumos también podría ser relevante desde el punto de vista de la repercusión. Por ejemplo, si el componente fijo del precio de los insumos establecido al alza por los infractores provoca la salida de uno o más de sus compradores directos del mercado en el que han participado activamente, se vería reducida la competitividad de dicho mercado, lo que tendrá como consecuencia que los demás compradores incrementarán sus precios. En otras palabras, el aumento del coste de los insumos debido al incremento del componente de coste fijo afecta, en cierta medida, a los precios de los compradores activos y, por tanto, también se repercute al comprador indirecto.
- 160) El horizonte temporal durante el cual se considera la fijación de los precios afectará a si los costes se clasifican como variables o fijos. Por regla general, la teoría económica sugiere que cuanto más largo sea el horizonte temporal correspondiente, mayor será la proporción de los costes totales que debe considerarse como costes variables. Dicho de otro modo, una determinada categoría de costes que se considera de carácter fijo a corto plazo podría ser considerada por la empresa como variable si se tiene en cuenta un plazo más largo. A la hora de evaluar el horizonte temporal relevante en un caso concreto, el órgano jurisdiccional puede tomar en consideración información procedente de los documentos internos de las partes, por ejemplo, información sobre qué costes tienen en cuenta las empresas en sus decisiones en materia de precios.
- 161) Las consideraciones relativas a los costes fijos y variables son de especial importancia para el órgano jurisdiccional cuando se calcula el efecto de volumen, pues ello requiere evaluar el margen de las empresas implicadas en el caso de que se trate.

### 5.3. Características de la demanda y relación con los precios

- 162) Otro factor esencial para calcular los efectos de la repercusión es la naturaleza de la demanda a la que se enfrentan los compradores directos en el mercado en el que operan. En economía, la relación entre la demanda y el nivel de precios es un factor importante a la hora de describir el funcionamiento de un mercado. En todo mercado, la demanda equivale a la cantidad del producto o servicio de que se trate que los compradores adquirirían a un determinado nivel de precios.
- 163) Lo más frecuente es que la asociación entre la demanda y el nivel de precios sea negativa. Es decir, cuanto mayor sea el nivel de precios más baja será la cantidad total de productos que están dispuestos a adquirir los compradores en el mercado. La sensibilidad al precio de la demanda determina la fuerza de la relación entre el precio y la demanda. Si, por ejemplo, un incremento del precio de 1 EUR está ligado a una reducción significativa de la cantidad adquirida, se supone que la demanda es más sensible al precio que si la reducción de la cantidad adquirida es menos importante para el mismo incremento del precio de 1 EUR.

Gráfico 5: Curva de demanda



- 164) La sensibilidad de la demanda a los precios a escala de la empresa se suele denominar «elasticidad de la demanda ante los precios». La elasticidad de la demanda ante los precios indica la variación porcentual de la cantidad demandada asociada con un aumento en el precio del 1 %. Por ejemplo, una elasticidad al precio directa de -0,5 de la demanda de una empresa significa que un incremento del 1 % va asociado a una reducción del 0,5 por ciento de la demanda. Por el contrario, una elasticidad de -0,2 solo implica una reducción del 0,2 por ciento de la demanda para un incremento del precio del 1 %. En este último caso, se considera que la demanda es menos elástica que en el primer caso, es decir, muestra una menor sensibilidad a los precios, puesto que la cantidad adquirida reacciona en menor medida al incremento de los precios.
- 165) En el contexto de la repercusión de un cliente directo a un cliente indirecto, la demanda a la que se enfrenta el cliente directo es la que presenta interés. Los

89) El gráfico muestra los precios (eje vertical) como función de la cantidad demandada (eje horizontal). Esta curva de demanda suele denominarse «curva inversa de demanda», mientras que una curva que represente la demanda en el eje vertical como función de los precios en el eje horizontal recibe simplemente el nombre de «curva de demanda». En los siguientes ejemplos gráficos se muestran curvas inversas de demanda. No obstante, para simplificar se las denomina «curvas de demanda».

## PROYECTO

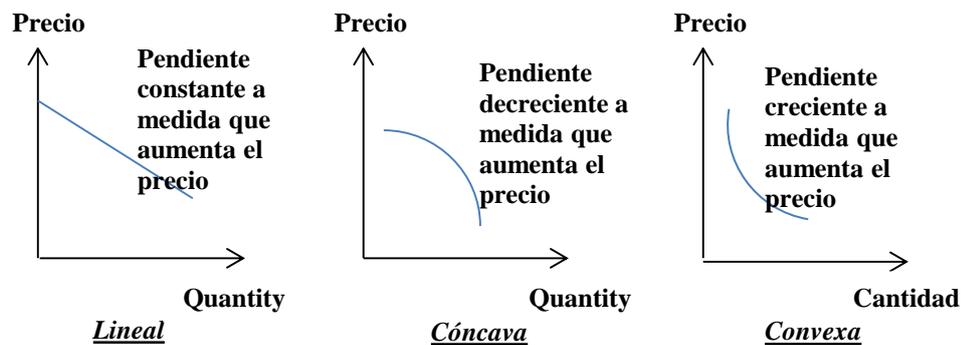
clientes indirectos podrían reducir su demanda en respuesta a un incremento de precios del cliente directo. En una acción por daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional nacional por una infracción del Derecho de competencia de la UE, este incremento de precios puede derivarse de la repercusión de una parte o la totalidad del aumento del coste del insumo del comprador directo al comprador indirecto.

- 166) La magnitud del efecto de volumen se ve directamente afectada por la sensibilidad a los precios de la demanda. Esto se debe a que la sensibilidad a los precios determina la reducción de la demanda como consecuencia de un incremento de los precios. Para un determinado incremento de precios, la reducción de la producción es mayor cuanto más sensible a los precios es la demanda. Por lo tanto, el efecto de volumen, es decir, el lucro cesante del cliente del infractor ocasionado por la reducción de la producción (demanda) está estrechamente relacionado con la sensibilidad a los precios de la demanda.
- 167) El alcance de la repercusión y, por ende, la magnitud de sus efectos también están ligados a la relación entre la demanda y el nivel de precios. En esta caso, sin embargo, no es la sensibilidad a los precios de la demanda la que es directamente pertinente, sino que se trata más bien de la variación de la sensibilidad a los precios de la demanda a medida que varía el nivel de los precios. Esta variación de la sensibilidad a los precios con respecto al nivel de precios recibe el nombre de «curvatura de demanda».
- 168) La curvatura de demanda es la velocidad a la que varía la reactividad de la demanda a las variaciones de precios en función del precio o la producción. Cuando la curva de demanda es lineal, tal como aparece a la izquierda en el recuadro 9, carece de curvatura y la pendiente es constante. En el caso de demanda convexa, tal como se ilustra a la derecha del Recuadro 9, la demanda pasa a ser menos sensible a las variaciones de los precios a medida que estos aumentan. Tal puede ser el caso si los productos o servicios afectados por el sobrecoste se clasifican en la categoría de bienes esenciales. Un ejemplo puede ser la demanda de agua potable, porque un cliente puede ser cada vez menos sensible a un incremento de precios a medida que disminuye la cantidad disponible.
- 169) En cambio, si la curva de demanda es cóncava, tal y como se muestra en el centro del Recuadro 9, la demanda pasa a ser más sensible a las variaciones de los precios a medida que estos aumentan. Este podría ser el caso, por ejemplo, si el cliente dispone de un sustituto del producto afectado por el sobrecoste. Un ejemplo puede ser la demanda de gasolina. A un determinado nivel de precios, puede que los clientes pasen de utilizar vehículos de gasolina a utilizar vehículos eléctricos. Esto implicaría que la demanda de gasolina pasará a ser más sensible a las variaciones de los precios, puesto que un número creciente de clientes modificarán su fuente de suministro si aumenta el precio de la gasolina.
- 170) La curvatura de la curva de demanda puede tener un impacto significativo sobre la repercusión de los sobrecostes. A un nivel determinado de competencia, cuanto más convexa sea la curva de demanda más se incrementará la repercusión de un sobrecoste a nivel sectorial. Si la demanda es lo suficientemente convexa, el porcentaje de repercusión puede ser superior al 100 %,

## PROYECTO

### Recuadro 9: Curvatura de demanda

En función de las características del mercado, la curva de demanda puede ser lineal, convexa o cóncava, como se expone a continuación. El carácter descendente de una curva de demanda indica que cuanto más disminuyan los precios más aumentará la demanda de un producto por parte de los clientes. La pendiente de la curva de demanda ilustra la evolución de la demanda en volumen con relación al precio. Una curva de demanda más pronunciada implica que la demanda es menos sensible a las subidas de precios.



#### 5.4. Decisión de una empresa en materia de precios

- 171) Como se ha explicado anteriormente en los considerandos 46) y 47), el interés de una empresa en repercutir los sobrecostes a sus clientes viene determinado por el tipo de demanda y costes de que se trate<sup>90</sup>. Según la teoría económica, una empresa solo adaptará sus precios si ello hará que se incrementen sus beneficios. No obstante, para obtener un precio más elevado, una empresa tendrá que aceptar por lo general una disminución de sus ventas. La evaluación del compromiso entre un mayor beneficio resultado de precios más elevados y un menor beneficio debido a un nivel de ventas inferior es importante para comprender el alcance de los efectos de la repercusión del sobrecoste en las acciones por daños y perjuicios.
- 172) Este compromiso se presenta más adelante de forma simplificada en el Recuadro 10. Si una empresa, por ejemplo un cliente directo de un productor de materias primas, incrementa los precios, el efecto de unos precios más elevados sobre el beneficio puede verse reflejado en el área A de la sección izquierda del Recuadro 10. El lucro cesante derivado del descenso de las ventas se ilustra en el área B. Si el efecto de otro pequeño incremento de precios es tal que el área A es igual a B, no existe ninguna posibilidad de obtener un beneficio adicional mediante otros ajustes de los precios. Si los precios aumentan más allá de este punto, el margen de

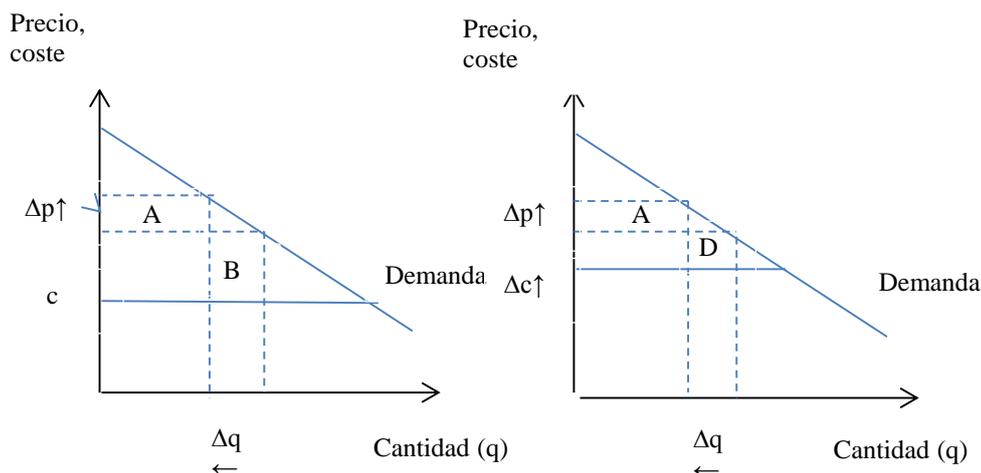
90) Véanse asimismo las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, p. 8, apartado 98).

## PROYECTO

beneficio perdido por la posterior reducción resultante en los volúmenes de ventas compensará el incremento de los márgenes obtenidos de las ventas restantes.

- 173) Si el comprador directo ha de hacer frente a costes más elevados de las materias primas, como, por ejemplo, en el caso de que los proveedores de materias primas aumenten los precios en violación del artículo 101 del TFUE, ello puede alterar los términos del compromiso descritos en el apartado 172). Un aumento de los costes del cliente directo reducirá los márgenes obtenidos por las ventas a los precios vigentes. En términos de beneficios, esto hace que sea menos costoso aumentar los precios a expensas de perder algunas de sus ventas. El lucro cesante debido a la reducción de las ventas cuando se han incrementado los costes es el área D que figura en la parte derecha del Recuadro 10. Como el área D es más pequeña que la B, al cliente directo le interesa aumentar sus precios en respuesta al incremento de los costes, es decir, repercutir la variación de costes, al menos en cierta medida.

### Recuadro 10: Compromiso entre el incremento de precios y la pérdida de ventas



## 5.5. Intensidad de la competencia y vínculos con la repercusión

### 5.5.1. Continuidad de la competitividad de los mercados

- 174) En un determinado nivel de la cadena de suministro, la competencia entre empresas puede ser más o menos intensa. En un extremo, cuando una empresa es un operador monopolístico en su nivel de la cadena de suministro no existe competencia. En el otro extremo, la competencia entre empresas puede ser muy intensa (por ejemplo, cuando son muchas las empresas que venden productos más bien homogéneos en un mercado con pocas barreras de acceso) de forma que cada empresa asume los precios propuestos y no influye en los precios de mercado que se situarán en el coste marginal de producción, o muy cerca de él. Este último caso se conoce como «competencia perfecta». Entre estos dos casos extremos se encuentra un amplio abanico de escenarios intermedios, en los que la competencia puede ser más o menos intensa, dependiendo, por ejemplo, del número de empresas que operan en

## PROYECTO

el sector o de si los productos vendidos por empresas diferentes son sustitutivos cercanos o no.

- 175) Esta competitividad en el mercado tiene una incidencia directa en la repercusión. En el caso de la competencia perfecta, que sirve de referencia, los incrementos de los costes que afectan a todo el sector se repercuten al 100 % a los clientes directos. Por lo tanto, en ese caso, solo será necesario cuantificar los efectos de volumen por encima del sobrecoste. Esta estructura de mercado simplificada de competencia perfecta puede funcionar como punto de referencia para el órgano jurisdiccional a la hora de evaluar los efectos de la repercusión (aunque en los mercados mundiales reales se observa con menos frecuencia).
- 176) Por el contrario, en situación de monopolio o en varios supuestos intermedios, la repercusión de un sobrecoste puede no ser del 100 %, sino que puede situarse por debajo o por encima de este umbral. Por lo tanto, en las acciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales por infracciones del Derecho de la competencia de la UE, además de estimar el sobrecoste, suele ser relevante calcular la repercusión y los efectos de volumen, cuando la estructura del mercado se aparte del valor de referencia de la competencia perfecta.
- 177) Un ejemplo de estructuras de mercado caracterizadas por una competencia imperfecta es un mercado con productos diferenciados. La diferenciación puede surgir en términos de las características del producto o geográficas. Por ejemplo, los compradores directos pueden ofrecer productos que difieran entre sí en su calidad real, a saber, la calidad percibida por los clientes del producto. Con carácter subsidiario, debido a la diferente ubicación de los compradores directos, los costes de transporte de los productos ofertados puede variar en función de los distintos clientes (cuya ubicación también podría ser diferente). La diferenciación puede tener como consecuencia que los productos no sean sustitutivos perfectos entre sí. Es posible que los clientes no consideren a todos los productos plenamente intercambiables.
- 178) Esta sustituibilidad inferior al nivel óptimo podría resultar en una reducción de la presión competitiva sobre los proveedores que no tendrían que enfrentarse a competidores que ofrezcan productos intercambiables. En otras palabras, según la teoría económica, la intensidad de la competencia se reduce cuando aumenta la diferenciación de productos. Como se ha explicado en el apartado 175) y siguientes, el debilitamiento de la competencia reducirá el porcentaje de repercusión del sobrecoste en el sector. En otras palabras, a medida que aumenta la diferenciación de los productos de los compradores directos, el porcentaje de repercusión del sobrecoste en el sector al que han estado sometidos se aproximará al porcentaje en el que cada comprador directo es un operador monopolístico. Por el contrario, cuando la diferenciación del producto sea escasa, el porcentaje de repercusión de un sobrecoste a nivel sectorial será mayor.

### *5.5.2. Sobrecoste a nivel de sector frente a sobrecoste a nivel de empresa y repercusión*

- 179) La repercusión de los sobrecostes por parte de un determinado comprador a sus propios clientes suele variar, dependiendo de si los competidores del comprador también se ven afectados o no por los sobrecostes. Cuando el sobrecoste afecta a un único comprador, la repercusión se producirá necesariamente a nivel de la empresa.

## PROYECTO

En cambio, si todos los compradores situados en un determinado nivel de la cadena de suministro están afectados por el sobrecoste, cabría considerar porcentajes de repercusión para cada empresa, aunque también la repercusión a nivel de sector.

- 180) Si solo se ve afectado un comprador, es decir, si el sobrecoste es a nivel de empresa, los efectos de la repercusión podrían ser bastante limitados, en particular si este comprador no puede incidir en los precios de venta en su mercado debido a la intensa presión de sus competidores.
- 181) A la inversa, cuando todas las empresas que operan en un mercado se ven afectadas por un sobrecoste, es decir, el sobrecoste se produce a nivel de sector, todas ellas tendrán que hacer frente a unos costes de los insumos más elevados, lo que implica que pueden repercutir, al menos en parte, el sobrecoste a sus propios clientes. No obstante, un sobrecoste a nivel sectorial aún puede afectar de manera distinta a diferentes competidores.

### 5.6. Algunos otros factores que afectan a la repercusión

- 182) En algunos mercados, las empresas venden múltiples productos, por ejemplo, en los mercados minoristas de alimentación. En estos mercados, los productos pueden estar interrelacionadas a través de su demanda; por ejemplo si un minorista vende marcas competidoras de muchas categorías de productos. Si los productos son sustitutivos, un incremento brusco del coste de un producto puede afectar también a los precios de otros productos vendidos por el minorista. Una variación en el precio de otros productos también puede modificar el precio del producto directamente afectado por el incremento brusco de costes. Por consiguiente, este tipo de efectos de retroalimentación de otros productos puede aumentar la repercusión inicial de los costes en los mercados en los que las empresas venden múltiples productos.
- 183) La medida en que se observa un efecto de repercusión puede depender también del horizonte temporal tenido en cuenta a la hora de calcular ese efecto. En particular, son varias las razones por la que puede retrasarse la repercusión de un sobrecoste a la parte posterior de la cadena de suministro. En primer lugar, puede que el sobrecoste inicial solo afecte a los costes fijos de las empresas que lo soporten. Aunque el punto de partida pertinente para la evaluación de los efectos de la repercusión es el impacto del sobrecoste sobre los costes marginales o variables del comprador, un incremento de los costes fijos podría afectar a las decisiones estratégicas de una empresa y, por ende, también a los efectos de la repercusión, tal como se explica en el apartado 159).
- 184) Por otra parte, como se menciona en el apartado 50), las empresas pueden incurrir en los denominados «costes de menú» a la hora de modificar sus precios, es decir, los costes asociados al proceso de ajuste de precios. Si este es el caso, las empresas preferirán limitar el número de variaciones de los precios, y repercutir el sobrecoste solo después de algún tiempo, para esperar, por ejemplo, que los incrementos de los costes marginales se acumulen por encima de un determinado umbral. En determinados casos, el sobrecoste puede constituir un aumento tan pequeño del coste marginal que el comprador afectado puede considerar que no le resulta rentable repercutirlo. En el apartado 4.3.2.1 se analizan en mayor profundidad las posibles repercusiones de la existencia de costes de menú sobre el cálculo de los efectos de la repercusión.

## PROYECTO

- 185) En determinadas circunstancias, un comprador indirecto puede utilizar su capacidad de negociación para limitar la capacidad de un comprador directo de repercutir un sobrecoste. Se denomina «poder de negociación de la demanda»<sup>91</sup> a la capacidad de negociación del comprador indirecto. El poder de la demanda no se limita únicamente a la capacidad de acudir a otros proveedores, sino también, por ejemplo, a la posibilidad de integrarse en la fase anterior de la cadena de suministro o al poder de negociación de la demanda.
- 186) En términos generales, el poder de la demanda no impedirá la repercusión si hay una sobrecoste a nivel de sector pero sí afectará al grado de repercusión. Por una parte, es posible imaginar un escenario en el que potentes fuerzas del poder de la demanda fuercen a los compradores directos a asumir el sobrecoste y a limitar así la repercusión. Por otra, también podríamos imaginar un escenario en el que el gran poder de negociación del comprador indirecto obligue a los compradores directos a no obtener margen alguno y a vender a un precio que solo cubra los costes marginales, lo que llevaría a un porcentaje de repercusión del 100 % en caso de sobrecoste.
- 187) Como el grado de poder de la demanda y sus implicaciones sobre la repercusión dependerá de la naturaleza de las distintas negociaciones y del contexto específico en el que tengan lugar, el órgano jurisdiccional podrá evaluar este asunto caso por caso.
- 188) Además, si el comprador directo que se enfrenta a un sobrecoste está verticalmente integrado en un mercado minorista posterior, es decir, que también opera en el mercado en el que lo hacen los compradores indirectos, esto puede afectar al interés del comprador directo en repercutir el sobrecoste inicial. En tal supuesto, el comprador directo que se enfrenta a un sobrecoste (es decir, un aumento de los costes marginales) repercutirá, por regla general, la totalidad del sobrecoste en el interior de la empresa integrada. Sin embargo, por lo general el porcentaje de repercusión a los compradores indirectos no integrados sería diferente, ya que dependería, por ejemplo, del nivel de costes o márgenes de beneficios de los distintos compradores indirectos.
- 189) En determinados sectores, el precio ofrecido por el comprador directo o indirecto puede estar sujeto a regulación, como, por ejemplo, la regulación de precios de los organismos públicos. La regulación de los precios puede afectar a la magnitud de la repercusión. Por ejemplo, si el precio regulado se fija con independencia de los costes específicos del producto sujeto a un sobrecoste en el momento de fijar el precio, el efecto de precio relacionado con la repercusión puede ser escaso o cero. Sin embargo, como también se menciona en el apartado 44), el perjuicio derivado de una infracción del Derecho de la competencia de la UE también puede afectar a factores distintos del precio. Por otra parte, si el regulador tiene plenamente en cuenta el coste del producto sujeto a un sobrecoste a la hora de fijar el precio regulado, el grado de repercusión puede ser considerable también en los mercados regulados.

---

91) La evaluación del poder de negociación de la demanda es un factor importante en el ámbito del control de las operaciones de concentración de la UE. En el apartado 64 de las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, el poder de negociación de la demanda se define como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor.

## PROYECTO

### 6. ANEXO 2 — GLOSARIO

190) En el presente apéndice se presenta una visión general de los términos empleados en estas Directrices.

- Curvatura de la demanda: variación de la elasticidad de la demanda a medida que varía el nivel de precios.
- Demanda: cantidad de un producto o servicio que los compradores comprarían en un mercado a un determinado nivel de precios.
- Curva de demanda: representación gráfica de la relación entre la cantidad demandada y el precio de un producto.
- Técnica econométrica (también denominada análisis de regresión): técnica de naturaleza estadística que contribuye a analizar las pautas en la relación entre variables económicas, como, por ejemplo, cómo la evolución de los costes afecta a la evolución de los precios en un mercado determinado.
- Elasticidad de la demanda: porcentaje de variación en la cantidad demandada en respuesta a un aumento del precio del uno por ciento.
- Sobrecoste a nivel de empresa: Sobrecoste que solo afecta a un único comprador.
- Costes fijos: costes que no varían en función de la cantidad producida.
- Sobrecoste a nivel de sector: Sobrecoste que afecta a todos los compradores que se encuentran en un determinado nivel de la cadena de suministro.
- Coste marginal: aumento del coste total derivado de producir una unidad adicional.
- Pendiente de la demanda: relación entre una variación de la cantidad y la variación de precio entre dos puntos de la curva de la demanda próximos entre sí, elegidos arbitrariamente.
- Coste variable: costes que varían en función de la cantidad producida.