

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN****Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercute al comprador indirecto**

(2019/C 267/07)

**ÍNDICE**

	<i>Página</i>
1. INTRODUCCIÓN .....	7
1.1. Objeto, ámbito de aplicación y estructura de las presentes Directrices .....	7
1.2. ¿En qué consiste la repercusión de sobrecostes? .....	8
2. CONTEXTO JURÍDICO .....	9
2.1. Repercusión de sobrecostes y derecho al pleno resarcimiento .....	9
2.2. Supuestos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden encontrarse con cuestiones relativas a la repercusión .....	11
2.3. Facultad del órgano jurisdiccional para calcular la repercusión .....	13
2.4. Relevancia de la prueba .....	14
3. TEORÍA ECONÓMICA DE LA REPERCUSIÓN .....	16
3.1. Visión general .....	16
3.2. Ejemplos .....	19
4. CUANTIFICACIÓN DE LA REPERCUSIÓN Y LOS EFECTOS VOLUMEN – ASPECTOS GENERALES .....	21
4.1. Datos e información necesarios para cuantificar los efectos de la repercusión .....	22
4.2. El recurso a peritos económicos .....	23
5. CUANTIFICACIÓN Y CÁLCULO DE LOS EFECTOS PRECIO RELACIONADOS CON LA REPERCUSIÓN .....	24
5.1. Métodos comparativos .....	24
5.1.1. Enfoques .....	25
5.1.1.1. Enfoque de comparación temporal .....	25
5.1.1.2. Enfoque transversal .....	26
5.1.1.3. Enfoque de «diferencias en diferencias» .....	26
5.1.2. Aplicación de los enfoques comparativos en la práctica .....	28
5.1.3. Dificultades .....	30
5.2. Otros métodos .....	31
5.2.1. Enfoque de la proporción de repercusión .....	31
5.2.2. Aplicación en la práctica del enfoque de la proporción de repercusión .....	32
5.2.3. Método de simulación .....	33
6. CUANTIFICACIÓN Y CÁLCULO DE LOS EFECTOS VOLUMEN .....	33
6.1. Introducción .....	33
6.2. Enfoque comparativo .....	35
6.2.1. Información necesaria .....	35
6.2.2. Métodos y dificultades .....	35
6.3. Enfoque de elasticidad .....	35
6.3.1. Métodos e información requerida .....	35
6.3.2. Dificultades .....	36
7. ELECCIÓN DEL MÉTODO .....	36
8. ANEXO 1 — TEORÍA ECONÓMICA .....	37
8.1. Introducción .....	37

---

8.2.	Costes de los insumos y sus efectos sobre las decisiones de fijación de precios .....	37
8.3.	Características de la demanda y relación con los precios .....	38
8.4.	Decisión de una empresa en materia de precios .....	40
8.5.	Intensidad de la competencia y vínculos con la repercusión .....	40
8.5.1.	Continuidad de la competitividad de los mercados .....	40
8.5.2.	Sobrecoste y repercusión a nivel de sector o a nivel de empresa .....	41
8.6.	Algunos otros factores que afectan a la repercusión .....	41
9.	ANEXO 2 — GLOSARIO .....	43

## ÍNDICE DE RECUADROS

	<i>Página</i>
Recuadro 1: Repercusión de un incremento del precio del cobre (ejemplo hipotético) .....	8
Recuadro 2: los dos supuestos de repercusión más habituales .....	11
Recuadro 3: Ejemplo de un asunto con elementos de prueba aportados por peritos económicos .....	23
Recuadro 4: Ejemplo de un asunto en el que el órgano jurisdiccional designa un perito económico .....	23
Recuadro 5: Ejemplo ilustrativo de un enfoque de comparación temporal .....	25
Recuadro 6: Ejemplo ilustrativo de un enfoque transversal .....	26
Recuadro 7: Ilustración del enfoque de «diferencias en diferencias» .....	27
Recuadro 8: Asunto lunas de automóviles en Alemania .....	28
Recuadro 9: Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — <i>Cheminova</i> (2015) .....	29
Recuadro 10: Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — <i>DOUX Aliments</i> (2014) .....	29
Recuadro 11: El efecto volumen .....	34
Recuadro 12: Cálculo de los efectos volumen – <i>Cheminova</i> (2015) .....	34
Recuadro 13: Ejemplos de costes marginales y fijos .....	37
Recuadro 14: Curva de demanda estándar – Efectos precio y volumen .....	38
Recuadro 15: Otras curvaturas de la demanda .....	39
Recuadro 16: Transacción entre el incremento de precios y la pérdida de ventas .....	40

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Objeto, ámbito de aplicación y estructura de las presentes Directrices

- (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 a evaluar las declaraciones de las partes sobre la repercusión y cualquier dictamen de peritos económicos que pueda presentarse ante el órgano jurisdiccional.
- (2) La base jurídica de las Directrices es el artículo 16 de la Directiva de daños y perjuicios<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»). Remiten a las normas armonizadas expuestas en la Directiva de daños y perjuicios señalando que, en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales aplicarán las normas nacionales, incluidas aquellas que transponen dicha Directiva.
- (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 demandas por daños y perjuicios por infracciones de los artículos 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 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 los considerandos 17 a 19, estas Directrices pueden resultar útiles en caso de que, en su defensa ante una reclamación por daños, 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 («espada»). 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 volumen por la complejidad adicional que ello podría suponer<sup>(6)</sup>. 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 un órgano jurisdiccional nacional desee abordar la evaluación y el cálculo de la repercusión se vea influida por la naturaleza y la cuantía de la reclamación, el fundamento de la alegación y la disponibilidad de datos. Al evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, este órgano jurisdiccional podría tener en cuenta la elección del método económico y el enfoque de entre las diferentes opciones que figuran en las Directrices. Lo que puede ser adecuado en términos de volumen de datos requeridos y coste de los análisis de los peritos para una reclamación de 20 millones EUR puede no serlo para una reclamación de 200 000 EUR.

<sup>(1)</sup> 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).

<sup>(2)</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión — Guía Práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [SWD(2013) 205 de 11 de junio de 2013].

<sup>(3)</sup> 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).

<sup>(4)</sup> La Guía Práctica solo se ocupa someramente de la repercusión, en concreto en sus apartados 161 a 171.

<sup>(5)</sup> Las presentes Directrices se centran en la repercusión de sobrecostes en el contexto de las infracciones del artículo 101 del TFUE, en particular, los cárteles a tenor del artículo 2, punto 14, de la Directiva de daños y perjuicios y otras restricciones horizontales. 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 restricciones verticales, por ejemplo, la imposición del precio de reventa, e infracciones del artículo 102 del TFUE, es decir, abuso de posición dominante, por ejemplo, por precios excesivos, siempre que se tengan suficientemente en cuenta las particularidades de las normas aplicables de la UE.

<sup>(6)</sup> El efecto volumen se explica brevemente en el apartado 10. El capítulo 6 describe métodos para la cuantificación y estimación de dicho efecto.

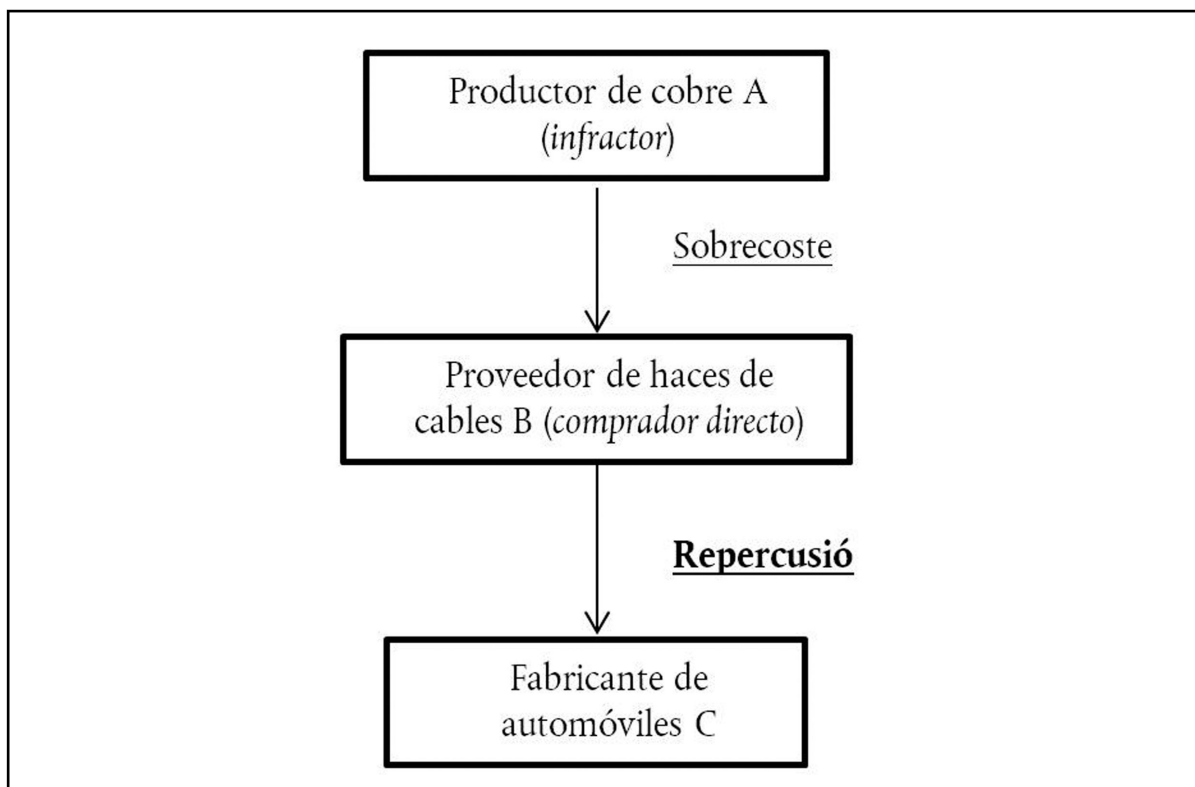
- (6) Al remitirse a los principios jurídicos, la jurisprudencia consolidada y las disposiciones de la Directiva de daños y perjuicios, las presentes Directrices establecen el marco legal aplicable a la repercusión. En una breve sección sobre aspectos jurídicos se resumen las normas e instrumentos procedimentales 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 contexto jurídico se refiere al Derecho de la UE, la legislación nacional y la práctica respectiva. En este contexto, los jueces tienen que prestar especial atención a los principios de efectividad y de equivalencia <sup>(7)</sup>. En primer lugar, 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>(8)</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 en materia de competencia (principio de equivalencia).
- (7) 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.

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

- (8) La repercusión de sobrecostes puede producirse en distintos niveles de la cadena de suministro. Se ilustra en el siguiente recuadro 1 mediante un ejemplo hipotético. Con fines explicativos, y como punto de partida de las variantes para explicar más a fondo la repercusión, el ejemplo del recuadro 1 expone un caso relativamente sencillo de precios fijados para el cobre y la repercusión del correspondiente incremento de precio al sector del automóvil. En la práctica, la repercusión puede ocurrir en cadenas de suministro aún más complejas, el producto o servicio objeto del cártel puede constituir un insumo aún más pequeño y el producto final podría verse afectado por más de una práctica contraria a la competencia.

Recuadro 1

#### Repercusión de un incremento del precio del cobre (ejemplo hipotético)



<sup>(7)</sup> Véase el artículo 4 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(8)</sup> En lo que respecta al derecho al pleno resarcimiento, véase los considerandos 12 y siguientes.

La empresa A es un productor de cobre y formó un cártel tras acordar con sus competidores fijar los precios de venta del cobre infringiendo el artículo 101 del TFUE. El acuerdo permitió que A facturase a sus clientes, incluida la empresa B, precios más elevados por el cobre.

La diferencia entre el precio realmente pagado y el que habría prevalecido de no haberse cometido la infracción del Derecho de competencia de la UE se denomina sobrecoste <sup>(9)</sup>.

La empresa B es un proveedor de piezas de automóvil y utilizaba el cobre que adquiría a la empresa A para fabricar haces de cables que vendía al fabricante de automóviles C. Tras el incremento de los precios del cobre como consecuencia del cártel, B también incrementó su precio de venta de los haces de cables que suministraba a C. Esta conducta es constitutiva de repercusión de sobrecostes, en este caso de B a C. Sobre la base de las definiciones que figuran en la Directiva de daños y perjuicios, A puede ser considerado *el infractor*, B *el comprador directo* y C *el comprador indirecto* <sup>(10)</sup>.

- (9) Como ya se ha dicho, hay ejemplos más complicados de repercusión. Algunos de ellos se mencionan en los recuadros que figuran a continuación. El objetivo de dichos recuadros es destacar algunos aspectos de la repercusión y cómo han abordado anteriormente los órganos jurisdiccionales nacionales el cálculo del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto.
- (10) 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 que, en muchos casos, también reducirá su demanda, por lo que el comprador directo vende menos. El valor de la venta que se pierde puede denominarse efecto volumen de la repercusión. A continuación se analizan más detalladamente sus implicaciones jurídicas y económicas.
- (11) Un sobrecoste puede repercutirse a toda una cadena de suministro y afectar a productos o servicios. Así, en el ejemplo del recuadro 1, el fabricante de automóviles C puede haber incrementado de modo análogo los precios que aplicaba a su cliente, el concesionario 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>(11)</sup>.

## 2. CONTEXTO JURÍDICO

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

- (12) Tanto la jurisprudencia del TJUE como la Directiva sobre daños y perjuicios son importantes para evaluar la repercusión. En primer lugar, es importante recordar que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, «toda persona» tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y una infracción del artículo 101 o del artículo 102 del TFUE <sup>(12)</sup>. En particular, el artículo 1, apartado 1, y el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva de daños y perjuicios aclaran que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del artículo 101 o del artículo 102 debe poder ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio <sup>(13)</sup>. En segundo lugar, 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 de daños y perjuicios, y que debe entenderse que exige que una persona con derecho a solicitar la reparación del daño sufrido debe ser devuelta a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción.

<sup>(9)</sup> Véase el artículo 2, apartado 20, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(10)</sup> Véase el artículo 2, puntos 2, 23 y 24, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(11)</sup> 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.

<sup>(12)</sup> Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019, en el asunto C-724/17 (Skanska) ECLI:EU:C:2019:204, apartado 26, y sentencia del TJUE de 28 de marzo de 2019, en el asunto C-637/17 (Cogeco) ECLI:EU:C:2019:263, apartado 40, ambas en referencia a la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, en el asunto C-557/12 (Kone) ECLI:EU:C:2014:1317, apartado 22, y la jurisprudencia en ella citada, en concreto, la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, en el asunto C-295/04 (Manfredi) ECLI:EU:C:2006:461, apartado 61, y la sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, en el asunto C 199/11 (Otis y otros) ECLI: EU:C:2012:684, apartado 43.

<sup>(13)</sup> Ante la inexistencia de una normativa de la UE en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad [sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, en el asunto C-557/12 (Kone) ECLI:EU:C:12:1317, apartado 24]; [sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, en el asunto C-295/04 (Manfredi) ECLI:EU:C:2006:461, apartado 64].

- (13) En el contexto de la repercusión de sobrecostes, el artículo 12, apartado 1, de la Directiva específica que la expresión «cualquier persona» abarca a los compradores directos e indirectos. Esto significa, en el ejemplo citado en el recuadro 1, que el productor de haces de cables B, como comprador directo, y el fabricante de automóviles C, como comprador indirecto, también pueden solicitar la reparación 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 considerando 11, se trataría del concesionario de automóviles independiente D y de los consumidores finales en el ejemplo citado en el recuadro 1.
- (14) Cabe señalar que los elementos del principio compensatorio, es decir, el derecho de una 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>(14)</sup>.
- (15) 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>(15)</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>(16)</sup>. En el contexto de la repercusión, la distinción desempeña un papel particular por lo que respecta a los efectos económicos característicos y su calificación jurídica. La norma general se expone a continuación.

- El efecto precio se refiere al sobrecoste como todo aumento del precio que un comprador directo o indirecto ha debido abonar por un producto o servicio como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia de la UE <sup>(17)</sup>. Esto incluye el efecto paraguas <sup>(18)</sup>. El efecto precio puede reflejarse en una reclamación de indemnización del comprador directo o indirecto por el daño emergente. Es la parte del perjuicio denominada «sobrecoste» en la Directiva de daños y perjuicios <sup>(19)</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, ya sea parcial o totalmente. Así pues, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales estimen la repercusión parcial o total de un sobrecoste en una reclamación por daños y perjuicios, habrán de determinar el perjuicio por sobrecostes que sigue existiendo en un nivel determinado de la cadena de suministro. Dependiendo del sistema jurídico, el órgano jurisdiccional nacional puede considerar esta repercusión como una reducción del daño emergente o con referencia a otras normas o principios, por ejemplo, la *compensatio lucri cum damno* <sup>(20)</sup>.
- El efecto volumen puede describirse, más en general, como el perjuicio causado por el hecho de que se compran menos productos o servicios como consecuencia del sobrecoste <sup>(21)</sup>. No obstante, las presentes Directrices se centran en el efecto volumen entendido como lucro cesante ocasionado por la disminución de las ventas derivada de la repercusión. Como se menciona en la Directiva de daños y perjuicios, puede ser recuperable como lucro cesante <sup>(22)</sup>.

<sup>(14)</sup> Véase el considerando 43 de la Directiva de daños y perjuicios. En el caso de un *cártel de compras*, el precio inferior pagado por los infractores equivale a una «infrafacturación» y también podría haber efectos volumen conexos en las fases anteriores de la cadena. No obstante, cabe señalar que los proveedores también pueden verse afectados negativamente en caso de un *cártel de ventas*. Puede ser el caso si suministran menos a los infractores por el efecto volumen, es decir, un lucro cesante debido a la reducción de la demanda a nivel de los compradores directos o incluso indirectos en fases posteriores de la cadena de suministro. La reducción de la demanda en relación con el insumo objeto del cártel también puede provocar una reducción de la demanda de otros insumos. Los proveedores de estos otros insumos pueden, a su vez, reclamar daños y perjuicios, siempre que puedan demostrar una relación causal entre el perjuicio y la infracción del Derecho de la competencia de la UE.

<sup>(15)</sup> Artículo 3, apartado 2, segunda frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(16)</sup> Conclusiones del Abogado General Capotorti de 12 de septiembre de 1979 en el asunto 238/78, Ireks-Arkady/Consejo y Comisión, ECLI:EU:C:1979:203, apartado 9.

<sup>(17)</sup> Véase el considerando 39 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(18)</sup> Se habla de efecto paraguas sobre los precios cuando «una empresa que no ha participado ella misma en un cártel (empresa ajena al cártel), aprovechándose de las maquinaciones de éste, fija sus precios “bajo el paraguas que brinda el cártel”, consciente o inconscientemente, más elevados de lo que habría sido posible en condiciones de competencia», conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12 (Kone) ECLI:EU:C:2014:45, apartado 2.

<sup>(19)</sup> Véase el artículo 12, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(20)</sup> En otras palabras, estas Directrices se entienden sin perjuicio de la consideración de la repercusión con arreglo a la legislación nacional, siempre y cuando dicha legislación cumpla con el principio de equivalencia y efectividad, véase el considerando 6. Cuando se refieren a la repercusión como una reducción del daño emergente, ello implica que la repercusión se considere también con referencia a otras normas o principios, como la *compensatio lucri cum damno*.

<sup>(21)</sup> Guía Práctica, apartado 128.

<sup>(22)</sup> Véase el artículo 12, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios.

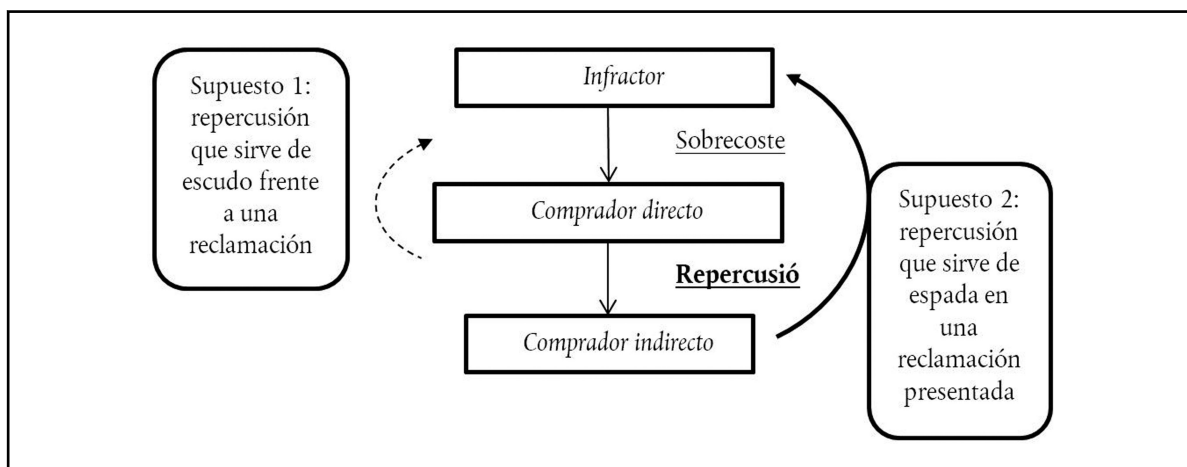
- (16) Si bien, sobre la base de la Directiva de daños y perjuicios, se puede distinguir entre, por un lado, daño emergente como consecuencia del sobrecoste y, por otro, lucro cesante debido a la reducción de las ventas, existe un vínculo inherente entre el efecto precio subyacente y el efecto volumen<sup>(23)</sup>. 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 los órganos jurisdiccionales nacionales pueden encontrarse con cuestiones relativas a la repercusión

- (17) 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.
- (18) En primer lugar, el infractor puede invocar la repercusión de los sobrecostes en su defensa contra reclamaciones por daños y perjuicios, es decir, alegar que el comprador directo o indirecto ha repercutido el sobrecoste, total o parcialmente, a sus propios compradores<sup>(24)</sup>. Esta situación, en la que se puede considerar que la repercusión actúa como un escudo protector, 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) 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 (o parte del mismo), y que, por lo tanto, han sufrido un perjuicio. En tal supuesto la repercusión puede describirse como una espada. Este supuesto también se ilustra en el recuadro 2.

Recuadro 2

### Los dos supuestos de repercusión más habituales



- (20) Para empezar, cabe señalar que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios establece la presunción general de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Además, los artículos 13 y 14 de la Directiva incluyen reglas específicas sobre la carga de la prueba en el contexto de la repercusión.
- (21) En el primer supuesto, es decir, 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 demostrar que el demandante ha repercutido el sobrecoste<sup>(25)</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 admitida total o parcialmente, el artículo 12, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios exige que, con arreglo al Derecho procesal nacional, y teniendo en cuenta el principio de efectividad y equivalencia, el demandante aún pueda reclamar ser indemnizado por el lucro cesante<sup>(26)</sup>. En ese caso, la carga de acreditar la existencia de dicho efecto volumen relacionado con la repercusión recae en el demandante.

<sup>(23)</sup> El vínculo intuitivo entre el efecto precio y el efecto volumen se explica con más detalle en el anexo 1.

<sup>(24)</sup> Véase el considerando 39 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(25)</sup> Artículo 13, segunda frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(26)</sup> 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.



- (22) La Directiva de daños y perjuicios también incluye normas aplicables en el segundo supuesto, es decir, cuando un comprador indirecto alegue que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la repercusión de sobrecostes. En este supuesto, la carga de acreditar la existencia y el alcance de dicha repercusión recae en el comprador indirecto que reclame daños y perjuicios al infractor.
- (23) No obstante, la Directiva de daños y perjuicios aborda específicamente las dificultades a las que se enfrentan los compradores indirectos al tratar de obtener compensación por el daño ocasionado por la repercusión de un sobrecoste<sup>(27)</sup>. En primer lugar, el artículo 14, apartado 1, y el considerando 41 de la Directiva de daños y perjuicios se refieren al hecho de que puede ser una práctica comercial repercutir los incrementos de los precios en una fase posterior de la cadena de suministro. Si se ha constatado esta práctica comercial, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden considerarlo una prueba *prima facie* de la repercusión. A partir de esta referencia, el artículo 14, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios establece una presunción *iuris tantum* conforme a la cual se considera que un demandante (por ejemplo, el comprador indirecto) ha acreditado que tuvo lugar una repercusión del comprador directo al comprador indirecto, siempre y cuando el demandante pueda demostrar que se cumplen las siguientes condiciones:
- a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia de la UE<sup>(28)</sup>;
  - 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.
- (24) Esta presunción no se aplica si el infractor puede demostrar a satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobrecostes no se han repercutido, en todo o en parte, al comprador indirecto<sup>(29)</sup>.
- (25) Como consecuencia: i) del principio compensatorio, ii) de la práctica de la repercusión de los sobrecostes y iii) 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 tratar de evitar tanto la reparación excesiva como la reparación insuficiente<sup>(30)</sup>. Esto puede lograrse, por ejemplo, teniendo debidamente en cuenta, en la medida de lo posible, las acciones por daños y perjuicios que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia de la UE, las resoluciones 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 asunto de que se trate<sup>(31)</sup>. Por su propio interés, corresponde a las partes de una reclamación por daños y perjuicios poner en conocimiento del órgano jurisdiccional nacional dichas acciones, resoluciones o información y explicar por qué son relevantes en el asunto en cuestión.
- (26) Además, 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>(32)</sup>, al que remite la Directiva de daños y perjuicios<sup>(33)</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. El órgano jurisdiccional de un Estado miembro también puede utilizar normas nacionales de suspensión del procedimiento, si existen en la legislación nacional.

<sup>(27)</sup> Véase el considerando 41 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(28)</sup> En particular, el comprador indirecto puede probar que se cumple esta primera condición remitiendo a los efectos vinculantes que tiene una decisión de la Comisión o de una autoridad nacional de competencia. Por lo que se refiere a las decisiones de la Comisión, el artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1) establece que los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se pronuncian sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud del artículo 101 del TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Por lo que se refiere a las resoluciones de infracción firmes de las autoridades nacionales de competencia, los compradores pueden beneficiarse del artículo 9 de la Directiva de daños y perjuicios. Este artículo hace una distinción en función de qué autoridad nacional de competencia ha adoptado la correspondiente resolución de infracción. Según el artículo 9, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, se considerará que una resolución firme de la autoridad nacional de competencia de un Estado miembro establece de manera irrefutable una infracción del Derecho de competencia ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, mientras que el artículo 9, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios establece que los órganos jurisdiccionales nacionales han de considerar una resolución firme de la autoridad nacional de competencia de otro Estado miembro al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción.

<sup>(29)</sup> Véase el artículo 14, apartado 2, última frase, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(30)</sup> Véase el artículo 12, apartados 1 y 2, y el artículo 15 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(31)</sup> Véase el artículo 15, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(32)</sup> 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).

<sup>(33)</sup> Véase el considerando 44 y el artículo 15, apartado 2, de la Directiva de daños y perjuicios.

- (27) En aras de la coherencia entre las sentencias dictadas en procedimientos conexos, los órganos jurisdiccionales nacionales también deben considerar y permitir el uso de medios procesales adecuados que estén a su disposición en virtud de la legislación nacional. A modo de ejemplo, la Directiva de daños y perjuicios hace referencia a la acumulación de acciones <sup>(34)</sup>. También hace referencia a la posibilidad de que una persona pueda adquirir la reclamación de otra persona <sup>(35)</sup>. El objetivo de dicha adquisición puede ser interponer una acción conjunta que pueda contribuir a garantizar la coherencia entre las acciones por daños y perjuicios relacionadas con la misma infracción del Derecho de competencia <sup>(36)</sup>.
- (28) Dependiendo del ordenamiento jurídico nacional, pueden utilizarse otros instrumentos, como los mecanismos de recurso colectivo, la *litis denuntiatio* o intervenciones de terceros y la suspensión del procedimiento. Por ejemplo, un comprador directo puede intervenir en la acción de reparación por daños y perjuicios de un comprador indirecto contra el infractor. En tal caso, tanto el comprador directo (la parte coadyuvante) como el infractor (la parte demandada) pueden alegar que el sobrecoste no se repercutió, o no totalmente, al comprador indirecto (la parte demandante).
- (29) La disponibilidad de tales medios procesales puede también ser relevante cuando un órgano jurisdiccional nacional dictamine sobre la proporcionalidad de una solicitud de exhibición. Por ejemplo, la acumulación de una serie de acciones menores puede incrementar el valor total de las demandas interpuestas ante un órgano jurisdiccional hasta el punto de que este considere proporcionada la cantidad de datos requeridos para un análisis pericial más costoso.

### 2.3. Facultad del órgano jurisdiccional para calcular la repercusión

- (30) 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 precio y el efecto 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.
- (31) Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales hagan uso de esta 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. Esto significa que, aun cuando los órganos jurisdiccionales calculen el daño con un nexo causal con una infracción del artículo 101 o 102 del TFUE, este cálculo debe efectuarse sobre la base del principio de resarcimiento. En otras palabras, los correspondientes daños y perjuicios concedidos deben no obstante procurar devolver a la víctima a la situación en la que se habría encontrado si no se hubiera producido la infracción (véase el considerando 12). Para ello, los órganos jurisdiccionales nacionales deben utilizar también sus instrumentos procesales en consecuencia. En particular, deben aplicar las normas aplicables sobre la carga de la prueba y la fuerza probatoria de modo que no se vea menoscabada la plena efectividad del artículo 101 del TFUE.
- (32) Por ejemplo, el TJUE declaró en el asunto Kone que las víctimas del «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 asunto Kone pone de manifiesto que en las acciones por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de competencia de la UE pueden surgir cuestiones fácticas y jurídicas relativas a la causalidad. Tales cuestiones también se plantean en el contexto de la repercusión <sup>(37)</sup>.
- (33) 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 simplemente porque una parte no esté en condiciones de cuantificar con precisión los efectos de la repercusión.

<sup>(34)</sup> Véase el considerando 44 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(35)</sup> Véase al respecto el artículo 2, apartado 4, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(36)</sup> Véase el DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN que acompaña al LIBRO BLANCO sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2008) 165 final, apartados 223 y 224.

<sup>(37)</sup> La tensión potencial entre causalidad económica y legal en el contexto de la repercusión resulta evidente en sentencias de órganos jurisdiccionales nacionales que limitan el uso de la repercusión como escudo por referencia al Derecho nacional, en particular en el Reino Unido (véase Competition Appeal Tribunal, sentencia de 14 de julio de 2016, [2016] CAT 23 (Sainsbury's Supermarkets Ltd/MasterCard Inc), en particular, el apartado 484, y Court of Appeal, sentencia de 4 de julio de 2018, [2018] EWCA 1536 (Civ) (Sainsbury's Supermarkets Ltd/Mastercard Inc), en particular, los apartados 332 y 340) y en los Países Bajos (Hoge Raad (Tribunal Supremo, Países Bajos), sentencia de 8 de julio de 2016, asunto 15/00167 (TenneT/ABB), apartados 4.4.1 y 4.4.5).

- (34) Por otra parte, la facultad para calcular, establecida en el artículo 12, apartado 5, y el artículo 17, apartado 1, de la Directiva de daños y perjuicios, exige a los órganos jurisdiccionales nacionales, en primer lugar, que fundamenten su evaluación 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 puede cuantificarse con total exactitud <sup>(38)</sup>. El ejercicio de cálculo está sujeto al Derecho nacional. De hecho, una serie de Estados miembros ya disponían de normas que se corresponden con la facultad de calcular prevista en la Directiva de daños y perjuicios <sup>(39)</sup>.
- (35) En la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales a menudo tendrán que basarse en supuestos, es decir, en precios, volúmenes de ventas o beneficios hipotéticos. Pueden tener amplias facultades discrecionales, tanto en cuanto a las cifras como a los datos estadísticos que elijan y, sobre todo, al modo en que los utilicen para el cálculo y la evaluación de los daños <sup>(40)</sup>. Por otra parte, los supuestos suelen ser importantes a la hora de establecer una situación contrafáctica con el fin de cuantificar la repercusión y los efectos volumen, como se describe en la sección 4. Dada la importancia que esto tiene, puede ser conveniente pedir que, en toda presentación al órgano jurisdiccional, se expongan cuidadosamente los supuestos y se explicita la sensibilidad de las predicciones a las variaciones de los supuestos, como exige la Dirección General de Competencia en sus «Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Article 101 and 102 TFEU and in merger cases» (las «Buenas Prácticas») <sup>(41)</sup>.

#### 2.4. Relevancia de la prueba

- (36) 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, el papel de la prueba en la repercusión varía en función de los dos supuestos antes mencionados y del grado en que se aplique una presunción <sup>(42)</sup>. En cualquier caso, los hechos realmente pertinentes y disponibles pueden determinar la obtención de pruebas y, en última instancia, la evaluación de la repercusión.
- (37) El tipo de pruebas necesarias para demostrar y cuantificar la repercusión dependerá de cuál de los métodos económicos, descritos en las secciones 5 y 6, se utilice. Las pruebas pueden clasificarse de distintas maneras pero 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>(43)</sup>. Ello podría incluir los elementos siguientes:
- las pruebas cualitativas para entender la conducta empresarial o las estrategias de precios de una empresa son, por ejemplo: i) contratos, ii) documentos internos, iii) informes financieros y contables, iv) declaraciones de testigos, v) informes periciales, y vi) informes sectoriales y estudios de mercado; o
  - las pruebas cuantitativas son en particular los datos para la aplicación de técnicas econométricas <sup>(44)</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.

<sup>(38)</sup> Véase el considerando 46 de la Directiva de daños y perjuicios. Con objeto de abordar estas cuestiones, esta Directiva incluye, entre otras disposiciones, normas en materia de exhibición (véanse los considerandos 40 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 considerando 25).

<sup>(39)</sup> Por ejemplo, en el Reino Unido, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden cuantificar 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 *Watson Laidlaw & Co Ltd/Pott Cassels & Williamson* [1914] S.C. (H.L.) 18, apartados 29 y 30 y aplicado posteriormente también en el contexto de reclamaciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, véase por ejemplo, *Court of Appeal*, sentencia de 14 de octubre de 2008, [2008] EWCA Civ 1086 (*Devenish Nutrition Ltd/Sanofi-Aventis SA*) apartado 110); en los Países Bajos, el órgano jurisdiccional nacional que decreta el resarcimiento de daños y perjuicios puede cuantificar el importe del perjuicio en la medida en que sea posible [véase el artículo 612 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Código de procedimiento civil)] y calcularlo de la forma idónea para las características del perjuicio [véase el artículo 6:97 del *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil)].

<sup>(40)</sup> Guía Práctica, apartado 16 y nota a pie de página 15 con referencia a la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2000, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90 (*Mulder y otros/Consejo y Comisión*) ECLI:EU:C:2000:38, apartado 79. 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.

<sup>(41)</sup> Puede consultarse en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best\\_practices\\_submission\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf).

<sup>(42)</sup> Véanse los considerandos 17 y siguientes.

<sup>(43)</sup> 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.

<sup>(44)</sup> Las técnicas econométricas se explican en la sección 5 y en el anexo 2.

Como puede deducirse de estas enumeraciones no exhaustivas, determinados tipos de pruebas pueden considerarse tanto cualitativas como cuantitativas, por ejemplo, los informes financieros y los informes periciales.

- (38) Como se explica más en general en la Guía Práctica, las particularidades del asunto en cuestión y las pruebas facilitadas suelen ser el punto de partida para establecer si la infracción ha perjudicado realmente al demandante y, de ser así, para determinar la cuantía del daño <sup>(45)</sup>. Entre las pruebas pertinentes pueden estar las pruebas directas que, al menos en el contexto de la repercusión, se puede entender que abarcan documentos presentados por el comprador directo o indirecto, así como declaraciones de testigos sobre si el sobrecoste ha sido repercutido. La disponibilidad de tales pruebas puede desempeñar un papel importante cuando un órgano jurisdiccional decida si alguno y, en tal caso, cuál, de los métodos expuestos a continuación, puede ser utilizado por las partes para cumplir el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación aplicable.
- (39) Además, en lo que se refiere a la evaluación de la repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales a menudo se enfrentan a informes periciales en materia económica. Dependiendo de los medios disponibles con arreglo al Derecho nacional, estos informes pueden ser presentados por peritos designados por alguna de las partes, por un perito designado por el propio órgano jurisdiccional con fines de asistencia o por peritos designados tanto por las partes como por el órgano jurisdiccional. En la medida de lo posible, el órgano jurisdiccional nacional puede desear orientar a estos peritos, potencialmente en una fase temprana del procedimiento cuando las partes soliciten la exhibición de los medios de prueba, y formular preguntas más concretas en relación con el método de cuantificación que se utilizará y los datos necesarios. Esta orientación y estas preguntas pueden ser relevantes no solo para la gestión del asunto sino también para la evaluación en cuanto al fondo. En particular, como se ha mencionado, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales calculen los efectos de la repercusión pueden considerar si un informe pericial en materia económica cumple las buenas prácticas, es decir, si expone cuidadosamente los supuestos relevantes y las predicciones de sensibilidad a las variaciones de estos supuestos. En el mismo sentido y, asimismo, en función del Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden pedir a los peritos económicos que aborden explicaciones alternativas de sus conclusiones, garanticen la reproducibilidad y dejen formular sus observaciones a las partes.
- (40) 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 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.
- (41) Estas normas de la Directiva de daños y perjuicios limitan la exhibición de pruebas, en el sentido de que la parte en la que recaiga la carga de acreditar la existencia y el alcance de la repercusión pueda exigir la exhibición solo «en una medida razonable». En consonancia con 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 sobrecoste al comprador indirecto. El solicitante también debe utilizar los datos que ya obren «razonablemente» en su poder. En el contexto de la repercusión, puede tratarse de información recogida en el marco de una actividad profesional desarrollada con la otra parte o de información razonablemente disponible procedente de terceros, como los proveedores de datos sobre el mercado.
- (42) El artículo 5, apartado 3, primera frase, de la Directiva de daños y perjuicios establece un principio general 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, dentro del ámbito de aplicación de estas normas legales, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta los costes y beneficios de ordenar la exhibición solicitada. Esto significa, por ejemplo, que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden llegar a la conclusión de que los elementos de prueba presentados por las partes ya les permiten calcular la cuota del sobrecoste que se ha repercutido en lugar de recoger más datos.

<sup>(45)</sup> Véase también el apartado 13 y siguientes de la Guía Práctica.

- (43) Se pueden solicitar elementos de prueba a la otra parte o a terceros a través del órgano jurisdiccional nacional y bajo su estricto control. La solicitud debe referirse a determinados elementos o categorías de elementos de prueba <sup>(46)</sup>. Siempre y cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga en cuenta los principios de proporcionalidad y protección de los intereses legítimos, puede incluso ordenar la exhibición de pruebas que contengan información confidencial a la parte en la que recaiga la carga de acreditar los efectos de la repercusión. Por ejemplo, esta información puede incluir documentos o datos sobre ingresos, precios o márgenes. No obstante, al ordenar la exhibición de esas pruebas, es fundamental que el órgano jurisdiccional nacional haya implantado medidas para proteger la información confidencial <sup>(47)</sup>. A modo de ejemplo, la Directiva de daños y perjuicios cita algunas medidas, como la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial <sup>(48)</sup>. De conformidad con el Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales también pueden contemplar las medidas mencionadas en las Buenas Prácticas, como un procedimiento de sala de datos <sup>(49)</sup>, y el artículo 9, apartado 2, de la Directiva sobre secretos comerciales <sup>(50)</sup>.
- (44) 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). Por otra parte, la versión pública de la resolución de infracción puede incluir más información general que pueda ser relevante, como información sobre qué productos o servicios estuvieron sometidos a la conducta contraria a la competencia. 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.
- (45) 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.

### 3. TEORÍA ECONÓMICA DE LA REPERCUSIÓN

#### 3.1. Visión general

- (46) La repercusión de los sobrecostes y los efectos 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 <sup>(51)</sup>. 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 generalmente 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 valor de las ventas perdidas suministradas por el comprador directo.
- (47) 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, las predicciones de la teoría económica pueden ser uno de varios factores relevantes para evaluar si en un caso concreto se cumple el nivel probatorio requerido. Por ejemplo, la teoría económica proporciona al órgano jurisdiccional un marco dentro del cual se podrían evaluar las pruebas cuantitativas y cualitativas <sup>(52)</sup>. 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 exhibición de datos o información tras evaluar su pertinencia. Por último, las consideraciones teóricas o conceptuales 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 aducida por las partes.

<sup>(46)</sup> El considerando 16 de la Directiva sobre daños y perjuicios aclara que una categoría de pruebas debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios.

<sup>(47)</sup> Véase el artículo 5, apartado 4, de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(48)</sup> Véase el considerando 18 de la Directiva de daños y perjuicios.

<sup>(49)</sup> Véase las Buenas Prácticas, apartado 45.

<sup>(50)</sup> Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DO L 157 de 15.6.2016, p. 1).

<sup>(51)</sup> Estos incentivos se explican con más detalle en el anexo 1.

<sup>(52)</sup> Estas pruebas se analizan en mayor detalle en la sección 4.1.

- (48) La Directiva de daños y perjuicios no hace distinciones entre los daños y perjuicios ocasionados por 1) un aumento de los precios (efectos precio) y la repercusión de sobrecostes, incluido el efecto volumen, y 2) otros efectos, como la reducción de la calidad de los productos o las trabas a la innovación (efectos ajenos a los precios), que puedan surgir. Las presentes Directrices se centran en la repercusión de los aumentos de precios y los efectos volumen conexos <sup>(53)</sup>.
- (49) Según la teoría económica, la existencia y la magnitud de los efectos de la repercusión, es decir, los efectos precio y volumen asociados, vienen determinados por una serie de factores <sup>(54)</sup>. Estos factores inciden simultáneamente en el resultado de un supuesto de repercusión y se ha de tener en cuenta su interdependencia.
- (50) Por otra parte, la importancia relativa de cada factor puede variar según el caso. Así pues, puede resultar pertinente para el juez entender qué factores es probable que afecten al grado de repercusión en un caso concreto. Para ello, dependiendo del Derecho nacional, el juez puede remitirse a las explicaciones de los peritos económicos de las partes o al perito designado por su propio órgano jurisdiccional. Por otra parte, en la práctica, una empresa puede que no siempre tome decisiones sobre los precios que sean completamente coherentes con las predicciones basadas en la teoría económica. Por tanto, es importante evaluar también los conceptos de teoría económica desde la perspectiva de las pruebas objetivas disponibles en el asunto en cuestión. Estas pruebas pueden ser de carácter tanto cualitativo como cuantitativo, por ejemplo, documentos internos que describan el grado de repercusión y los métodos cuantitativos que se explican en la sección 4.
- (51) Como se expone con más detalle en el anexo 1, según la teoría económica, algunos de los factores más importantes que afectan a la existencia y la magnitud de los efectos de la repercusión son los siguientes:
- i) la naturaleza de los costes de los insumos <sup>(55)</sup> sujetos a un sobrecoste (tanto si se trata de costes fijos o variables, si la infracción provoca un aumento de estos costes solamente a un cliente o a todos o a la inmensa mayoría de 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 fuerza y la intensidad de la competencia en los mercados en los que operan los clientes directos o indirectos; y
  - iv) otros elementos, tales como los costes de los ajustes de precios, la proporción de los costes 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.
- (52) En primer lugar, la naturaleza de los costes de los insumos sujetos a un sobrecoste determina 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 menos probable que se repercuta porque tales costes no suelen afectar a los precios fijados por el comprador directo, al menos no a corto plazo. No obstante, a la larga, los costes fijos pueden afectar también al análisis de decisiones estratégicas de una empresa, por ejemplo, a su capacidad de producción, lo que, a su vez, podría incidir posteriormente en el mecanismo de formación de precios (a corto plazo). En tal caso, los costes fijos también pueden repercutirse. Por el 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 que puede definirse como el incremento de los costes en que se incurre al adquirir un insumo adicional) <sup>(56)</sup> suelen afectar a las decisiones de fijación de precios del comprador directo <sup>(57)</sup>.

<sup>(53)</sup> No obstante, no se puede descartar que los métodos y técnicas descritos en las presentes Directrices también puedan aplicarse a las acciones por daños y perjuicios por otros tipos de daño, es decir, efectos ajenos a los precios.

<sup>(54)</sup> En esta sección se explican las razones por las que los factores enumerados en el considerando 51 podrían ser importantes a la hora de determinar la existencia y el grado del efecto precio y del efecto volumen relacionados con la repercusión. En el anexo 1 se ofrece una explicación más detallada de la incidencia de cada factor, junto con una explicación del mecanismo estándar de formación de precios.

<sup>(55)</sup> Este extremo se detalla en el anexo I.

<sup>(56)</sup> Véase el considerando 160.

<sup>(57)</sup> 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, p. 5, considerando 80). No obstante, es posible que, en ciertos casos, una empresa también tenga en cuenta los costes fijos al fijar sus precios. En tal caso, debe demostrarlo la parte que sostiene esta opinión, por ejemplo utilizando los métodos de estimación explicados en la sección 4.

- (53) 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 energícamente a tal variación de precio, o no. 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 y el comprador directo hace frente a costes marginales constantes, según la teoría económica 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, es menos probable que se repercuta el sobrecoste que en una situación en la que la demanda a la que se enfrenta dicho operador monopolístico desciende cada vez menos (es decir, a un ritmo decreciente) cuando los precios aumentan, si todos los demás factores son iguales <sup>(58)</sup>.
- (54) En tercer lugar, la naturaleza y la intensidad de la interacción competitiva entre las empresas en el mercado en el que operan los compradores directos también afectan al nivel de repercusión. Es importante tener presente que el efecto que puede tener 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 que en una situación en la que el único comprador directo afectado se enfrenta a una competencia débil. No obstante, si hay un sobrecoste de alcance sectorial, un gran número de compradores directos que compiten ferozmente se mostrarán por lo general a favor de una mayor repercusión de este sobrecoste, en comparación con una situación en la que la competencia entre estos compradores directos sea menos intensa <sup>(59)</sup>.
- (55) Una serie de sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en acciones por daños y perjuicios han subrayado la importancia de considerar de qué forma reacciona la demanda a la variación de los precios, la intensidad de la competencia y la posibilidad de que los competidores del comprador directo se vean afectados por el sobrecoste <sup>(60)</sup>.
- (56) En cuarto lugar, como se indica en el considerando 15 y en el anexo 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, un elemento que podría ser importante para cuantificar la repercusión es si el insumo afectado por el sobrecoste representa una proporción mayor o menor de los costes variables del comprador directo. Un comprador directo puede tener que hacer frente a costes al cambiar sus precios, los denominados «costes de los ajustes de precios». Si el sobrecoste solo representa una pequeña parte de los costes variables, al comprador directo tal vez no le resulte rentable repercutirlo debido a los costes de los ajustes de precios. Por otra parte, otros aspectos que también pueden afectar al grado de repercusión son el grado de poder de la demanda o el calendario de las decisiones en materia de precios adoptadas en los distintos niveles de la cadena de suministro, por ejemplo. Algunos de los factores mencionados en el considerando 51 también han sido tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales en los asuntos de repercusión <sup>(61)</sup>.
- (57) La existencia y el grado de repercusión del sobrecoste están relacionados 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 volumen, que un comprador puede hacer valer como lucro cesante. El efecto 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 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 volumen, los órganos jurisdiccionales pueden tener también que calcular dichos efectos.

<sup>(58)</sup> La importancia de la configuración de la demanda del producto se explica más a fondo en el ejemplo 3 del capítulo 3.2 y en el anexo 1.

<sup>(59)</sup> Estas predicciones de la teoría económica se ilustran y explican en el ejemplo 2 del capítulo 3.2.

<sup>(60)</sup> Entre las 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 alemanas del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia de Alemania), sentencia de 28 de junio de 2011, en el asunto KZR 75/10 (ORWI), apartados 59 y 69, y del Landgericht Düsseldorf (Tribunal Regional de Düsseldorf), sentencia de 19 de noviembre de 2015, en el asunto 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, Sø- og Handelsretten (Alto Tribunal Marítimo y Mercantil de Dinamarca) sentencia de 3 de octubre de 2002, asunto V 15/01 (UfR2004.2600S) (EKKO/Brandt Group Norden y otros), y una sentencia española del Tribunal Supremo, sentencia de 7 de noviembre de 2013, en el asunto 5819/2013 (Nestlé y otros/Ebro Puleva).

<sup>(61)</sup> 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 una sentencia francesa de la Cour d'Appel de Paris (Tribunal de Apelación de París), de 27 de febrero de 2014, en el asunto 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne y otros contra Société Ajinomoto Eurolysine). Esta sentencia se explica con más detalle en el recuadro 10.

- (58) Como se ha mencionado anteriormente, las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia de la UE tienen derecho a reclamar el pleno resarcimiento del perjuicio sufrido que guarde una relación causal con la infracción. Cuando se invoque la repercusión, puede ser importante realizar una evaluación del efecto volumen a fin de cuantificar los daños causados por un sobrecoste en una acción por daños y perjuicios. En tal caso, sin embargo, cabe señalar que una estimación del perjuicio total efectuada por simple sustracción del efecto precio relacionado con la repercusión del efecto de sobrecoste subestimaría el perjuicio sufrido por el cliente directo o indirecto si no se tiene en cuenta el efecto volumen.
- (59) 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 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 incremento de los precios del propio comprador en sus ventas <sup>(62)</sup>.

### 3.2. Ejemplos

- (60) Los ejemplos hipotéticos que figuran a continuación pretenden ilustrar los conceptos pertinentes de la teoría económica explicados en la presente sección y en el anexo 1.
- (61) 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. Este 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) invoca en su defensa una 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) en provecho de sus competidores en gran medida si repercutiera el sobrecoste, aunque solo lo hiciera parcialmente. Cuanto más fuerte sea la competencia entre los diez productores de zumo de manzana, 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).

- (62) En el ejemplo 2 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 están expuestos de forma equiparable 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 caso descrito 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 un insumo provocará directamente un aumento de los precios.

<sup>(62)</sup> Si solo el comprador incrementa sus precios, sus clientes podrían optar por comprar a los competidores. Ahora bien, si 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 volumen podría ser incluso mayor que en el caso del incremento de precios de un solo comprador.



- (63) El ejemplo 3 describe la cuestión de la proporción de repercusión de los operadores monopolísticos ante 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 adquirirían manzanas a un proveedor C, que participaba en un cártel de fijación de precios. Como consecuencia, tanto A como B tenían un sobrecoste de 6 EUR por cada caja de manzanas porque las compraban a C.

A y B tenían demandas diferentes de las cadenas de alimentación minoristas en cada Estado miembro. En el Estado miembro 1, la demanda era igualmente sensible a las variaciones en los precios en todos los niveles de precios (la demanda era lineal, véase el recuadro 15). En el Estado miembro 2, este no era el caso porque la demanda disminuía cada vez menos (a un ritmo decreciente) cuando los precios se incrementaban (la demanda era convexa, véase también el recuadro 15).

A y B reclaman una indemnización a C (el miembro del cártel) por el perjuicio ocasionado por el sobrecoste. C invoca en su defensa la repercusión de sobrecostes, alegando que A y B han repercutido la mitad del sobrecoste.

**Análisis:** Los operadores monopolísticos en el Estado miembro 1 y en el Estado miembro 2 tenían que satisfacer demandas diferentes de las cadenas de alimentación minoristas en cada Estado miembro. Sus costes para producir un lote adicional de zumo de manzana eran constantes. El sobrecoste de 6 EUR por cada caja de manzanas se consideraba un aumento de los costes marginales para cada uno de ellos. A raíz de ese aumento del coste, el margen para ajustar los precios al alza habría dependido de qué proporción de la producción habría tenido que sacrificar cada uno para repercutir una determinada cantidad de la variación del coste, es decir, para incrementar los precios.

Esto se debe a que, si el volumen perdido en caso de incremento de los precios es relativamente pequeño, el aumento del precio será más atractivo que si la pérdida de volumen es elevada. La pérdida de volumen al incrementar los precios está relacionada con la curvatura de la demanda a la que hace frente el operador monopolístico, es decir, si la demanda es lineal, convexa o cóncava. Esto también se explica más a fondo en el recuadro 15.

Por lo que respecta al operador monopolístico A en el Estado miembro 1, según la teoría económica podría ser posible alegar que ha repercutido la mitad del sobrecoste, es decir, 3 EUR. Sin embargo, como el operador monopolístico B se enfrentaba a una demanda convexa, el resto de la demanda habría sido menos sensible al precio a medida que este se incrementara. En comparación con A (que se enfrenta a una demanda lineal), B habría perdido un volumen inferior en caso de un incremento de los precios de 3 EUR. Esto significa que B ha tenido un incentivo para repercutir más de 3 EUR.

- (64) El ejemplo 4 describe la cuestión de los costes de ajustes de los precios y de los costes variables frente a costes fijos a corto y largo plazo.

### **Ejemplo 4**

**Situación:** Las empresas A y B son las únicas empresas que poseen y alquilan grúas de torre en el Estado miembro 1. Desde 2005 hasta 2015, las empresas A y B participaron en un cártel, en el que acordaron aumentar el precio del alquiler de las grúas de torre en un 80 %. La empresa C es una empresa constructora que trabaja en diversas ciudades por todo el Estado miembro 1. La empresa diseña, construye y vende viviendas en rascacielos a los consumidores finales. Los precios de los pisos se anuncian en una serie de medios de comunicación y distintas ubicaciones, entre otros, Internet, periódicos y carteles en la calle. La autoridad de competencia nacional del Estado miembro 1 concluyó que el acuerdo sobre los precios en el sector de la construcción constituía una infracción del Derecho de la competencia y su decisión de imponer multas a los miembros del cártel no fue recurrida ni por la empresa A ni por la B.

La empresa C es un cliente directo del cártel. Reclama daños y perjuicios a los miembros del cártel A y B. No obstante, las empresas A y B invocan en su defensa la repercusión, alegando que la empresa C ha repercutido la totalidad del sobrecoste a los compradores indirectos, es decir, los clientes finales que compran los pisos en los rascacielos.

**Análisis:** El alquiler de las grúas de torre es uno de los muchos costes de insumos a los que hace frente la empresa C al diseñar y construir rascacielos. Otros costes de insumos son, por ejemplo, las materias primas, como el acero y el cemento, la mano de obra y los costes financieros. Por tanto, es probable que el alquiler de las grúas de torre no constituya más que una pequeña parte de los costes totales. Puesto que a los precios de los pisos se les da mucha publicidad, la empresa C puede incurrir en costes de ajustes de precios significativos. No obstante, dado que el cártel tuvo una duración de 10 años, los costes de ajustes de precios pueden ser insignificantes comparados con el sobrecoste después de un determinado periodo, dando finalmente a la empresa C un incentivo para tener en cuenta el sobrecoste al fijar los precios de los pisos. Por consiguiente, puede ocurrir que, debido a los costes de ajuste de los precios, la empresa C tal vez no tenga el incentivo de repercutir el sobrecoste a corto plazo. Sin embargo, el incentivo para repercutir el sobrecoste puede variar durante el periodo de infracción. Para evaluar la repercusión real durante el periodo de referencia, el órgano jurisdiccional debe, por lo tanto, calcular el efecto de la repercusión sobre la base de las pruebas disponibles, por ejemplo, utilizando alguno de los métodos expuestos en la sección 4.

#### 4. CUANTIFICACIÓN DE LA REPERCUSIÓN Y LOS EFECTOS VOLUMEN – ASPECTOS GENERALES

- (65) 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 se produjo la infracción, con una situación hipotética, es decir, la situación en la que la infracción no ha tenido lugar. Esta situación hipotética recibe el nombre de «supuesto contrafáctico».
- (66) El objetivo de establecer un supuesto contrafáctico es aislar los efectos de la infracción de otros factores que afectan al precio de un producto o servicio, que habrían afectado a ese precio aun cuando la infracción no hubiera tenido lugar <sup>(63)</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 indemnizar a los compradores directos o indirectos por dicho efecto. Por lo tanto, al establecer un supuesto contrafáctico, es necesario controlar factores que no están relacionados con la infracción <sup>(64)</sup>.
- (67) 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.
- (68) Aunque estos métodos pretenden reconstruir cómo habría evolucionado el mercado de no haberse producido la infracción, las pruebas directas de que disponen las partes y el órgano jurisdiccional (por ejemplo, documentos internos que describen cómo ha repercutido el comprador directo el sobrecoste inicial en una situación concreta) pueden dar también, en virtud de las normas jurídicas nacionales aplicables, información importante para evaluar los daños en un caso concreto <sup>(65)</sup>.
- (69) Al abordar la repercusión en una acción por daños por una infracción del Derecho de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que considerar tres elementos relacionados con el perjuicio por el que un comprador directo o indirecto puede reclamar una indemnización: el sobrecoste, el efecto precio relacionado con la repercusión y el efecto volumen relacionado con la repercusión <sup>(66)</sup>. Los órganos jurisdiccionales nacionales y los peritos económicos pueden optar por calcular estos tres elementos de forma secuencial, es decir, en un procedimiento en tres pasos que se expone a continuación.
- (70) En un primer paso, el sobrecoste puede cuantificarse o calcularse. Para ello se pueden emplear distintos métodos. No obstante, los más utilizados por las partes y los órganos jurisdiccionales para calcular el sobrecoste inicial son los denominados métodos comparativos. Los diferentes métodos para calcular el sobrecoste se presentan con más detalle en la Guía Práctica.

<sup>(63)</sup> 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 ilegales cobrados 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; sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2000, asunto C-441/98, Michailidis, EU:C:2000:479, apartado 33 y siguientes; sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto C-398/09, Lady & Kid y otros, ECLI:EU:C:2011:540. Además, en las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 3 de junio de 2003 en el asunto C-129/00, Comisión/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 cómo habrían evolucionado los precios en el mercado posterior en ausencia del sobrecoste inicial.

<sup>(64)</sup> Véase el análisis al respecto en el apartado 77.

<sup>(65)</sup> Véanse, asimismo, los apartados 14 y 30 de la Guía Práctica.

<sup>(66)</sup> Véase el recuadro 16 en el anexo 1.

- (71) El segundo paso consiste en calcular la magnitud del efecto precio relacionado con la repercusión. La magnitud de este efecto puede calcularse directamente, empleando los métodos comparativos, es decir métodos similares a los utilizados para cuantificar el sobrecoste. Si se cumplen ciertos supuestos, la magnitud de este efecto puede calcularse también indirectamente, obteniendo una estimación de la proporción en la que se habría debido repercutir el aumento del coste de los insumos y combinando esa estimación con información sobre el sobrecoste y las ventas. En las secciones 5.1 a 5.2 se ofrece una visión general de los distintos planteamientos relativos a la cuantificación de estos efectos.
- (72) En una tercera fase, se calcula el efecto volumen relacionado con la repercusión. De modo análogo al cálculo del efecto precio relacionado con la repercusión, el efecto volumen puede calcularse de forma directa o indirecta. En las secciones 6.2 y 6.3 se exponen distintos métodos para cuantificar estos efectos.
- (73) Para cuantificar el perjuicio causado en el contexto de las acciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales por infracción del Derecho de competencia de la UE, también pueden emplearse otros planteamientos, como el método de simulación, que tiene en cuenta simultáneamente los efectos precio y volumen relacionados con la repercusión. El método de simulación se expone brevemente en la sección 5.2.

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

- (74) Como se ha explicado en la sección 2.2, la Directiva de daños y perjuicios cuenta con 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 los efectos de la repercusión. Por consiguiente, un primer paso de gran utilidad al cuantificar el efecto precio relacionado con la repercusión puede ser determinar la necesidad y la disponibilidad de los datos para establecer un supuesto contrafáctico.
- (75) Al decidir qué tipo de datos y de información es pertinente en un caso concreto, al juez puede resultarle útil tener en cuenta los conceptos generales de teoría económica explicados en la sección 3. Estos conceptos pueden ser también pertinentes si el juez necesita evaluar opiniones divergentes de los peritos económicos<sup>(67)</sup>. Por otra parte, el tipo de datos necesarios para calcular la repercusión requerirá, 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 un nivel diferente 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<sup>(68)</sup>.
- (76) El órgano jurisdiccional tal vez tenga que tomar en consideración elementos de prueba de carácter cualitativo y cuantitativo<sup>(69)</sup>. 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 de un vínculo entre los precios en las fases posteriores de la cadena y el sobrecoste en las fases anteriores resultante de la infracción.
- (77) No obstante, para establecer un supuesto contrafáctico y tener en cuenta los distintos factores que influyen en la repercusión, las pruebas cuantitativas pueden ser también útiles en muchos casos. 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 (como 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.
- (78) 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 ejemplo 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 de cobre A había acordado con sus competidores fijar los precios del cobre, que era el otro insumo esencial 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 sobrestimar 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 los costes de otros insumos que, si no se contabilizaran y repercutieran en la cadena de suministro, disminuirían artificialmente la repercusión estimada del sobrecoste provocado por el cártel.

<sup>(67)</sup> Véase el considerando 39.

<sup>(68)</sup> Véase el considerando 25.

<sup>(69)</sup> Véase el considerando 37 y los ejemplos expuestos en el recuadro 9 y el recuadro 10.

- (79) 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.

#### 4.2. El recurso a peritos económicos

- (80) En muchos casos en los que se evalúa la repercusión de los sobrecostes, puede que sea necesaria la intervención de peritos económicos en las acciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Las normas sobre las pruebas periciales varían de forma significativa entre los distintos Estados miembros<sup>(70)</sup>. En cualquier caso, a los órganos jurisdiccionales nacionales les puede resultar útil disponer de orientaciones en materia de principios generales e instrumentos relevantes para la participación de peritos económicos.
- (81) En una fase temprana del procedimiento, el órgano jurisdiccional, si la legislación nacional lo permite, puede facilitar un debate entre los peritos que representen a las partes interesadas. Estos debates pueden ir encaminados 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.

#### Recuadro 3

##### Ejemplo de un asunto con elementos de prueba aportados por peritos económicos<sup>(71)</sup>

En un asunto 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.

- (82) En algunas jurisdicciones, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden designar peritos económicos que asisten al juez en el cálculo de la repercusión. Así han procedido tradicionalmente a la hora de calcular el sobrecoste inicial. El órgano jurisdiccional podrá emplear un enfoque similar a la hora de calcular la repercusión, por ejemplo la utilización de métodos comparativos. La experiencia de recurrir a peritos designados por el órgano jurisdiccional para calcular el sobrecoste 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 económico.

#### Recuadro 4

##### Ejemplo de un asunto en el que el órgano jurisdiccional designa un perito económico<sup>(72)</sup>

En un asunto ante un tribunal alemán, este designó un perito económico. La tarea del perito consistía en proponer una metodología para, posteriormente, cuantificar el sobrecoste. Como primer paso, el perito propuso un método empírico para el cálculo de los sobrecostes. El planteamiento sugerido por el perito fue analizado por escrito y en las vistas celebradas antes de que el órgano jurisdiccional decidiese qué enfoque adoptar.

En la siguiente etapa se aplicó el método elegido y se calcularon los sobrecostes. 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 se dio la oportunidad a las partes interesadas 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.

<sup>(70)</sup> 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 a la hora 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.

<sup>(71)</sup> High Court of Justice of England and Wales (Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y País de Gales), sentencia de 4 de octubre de 2017, [2017] EWHC 2420 (Ch) (Emerald Supplies/British Airways Plc).

<sup>(72)</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior de Justicia Regional, Düsseldorf), sentencia de 26 de junio de 2009, en el asunto VI-2a Kart 2 – 06/08 (Zement).

- (83) 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>(73)</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>(74)</sup>.

## 5. CUANTIFICACIÓN Y CÁLCULO DE LOS EFECTOS PRECIO RELACIONADOS CON LA REPERCUSIÓN

- (84) Al calcular el efecto precio relacionado con la repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden basarse en distintos tipos de enfoques económicos en materia de cuantificación, en particular los métodos comparativos, pero también el método de la proporción de repercusión<sup>(75)</sup> o el método de simulación. Estos métodos, descritos en el presente capítulo, se basan en datos cuantitativos para calcular los efectos de la repercusión. En muchos casos, al calcular los efectos de la repercusión al órgano jurisdiccional puede resultarle útil evaluar también pruebas cualitativas, como documentos internos o pruebas orales de testigos. La disponibilidad de tales pruebas cualitativas puede desempeñar un papel importante al decidir si alguna y, en tal caso, cuál, de las técnicas puede ser utilizada por las partes para cumplir el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación aplicable<sup>(76)</sup>.

### 5.1. Métodos comparativos

- (85) Se puede computar el efecto 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. Al evaluar si se ha repercutido un sobrecoste del comprador directo, este método compara el precio fijado por el comprador directo durante el periodo de infracción con el precio fijado en el mercado o mercados de comparación.
- (86) Al calcular el efecto precio relacionado con la repercusión, el órgano jurisdiccional puede calcular las diferencias entre los precios o márgenes observados y los contrafácticos<sup>(77)</sup> utilizando los mismos métodos comparativos empleados para calcular el sobrecoste inicial. Aunque el concepto subyacente de estos métodos se describe detalladamente en la Guía Práctica, en las siguientes secciones se ofrecen también orientaciones sobre la aplicación de tales métodos en el contexto de la repercusión.
- (87) Los métodos comparativos presentan la ventaja de que utilizan datos reales recogidos en el mismo mercado o en un mercado similar<sup>(78)</sup>. Se basan en el hecho de que el supuesto comparativo puede considerarse representativo del escenario sin infracción. Estos métodos también han sido reconocidos y empleados por las autoridades de competencia de Europa para realizar análisis de carácter similar al cálculo de la repercusión, por ejemplo, al realizar una evaluación *ex post* de la política de competencia<sup>(79)</sup>.
- (88) Al emplear el método comparativo, idealmente se compararía el precio o los márgenes durante el periodo de infracción con el mismo mercado exacto sin la infracción. Sin embargo, naturalmente no es posible saber con exactitud cómo habría evolucionado un mercado si no hubiera habido una infracción. Por ejemplo, puede ocurrir que factores importantes que afecten a los precios fijados por el comprador directo, como variaciones de la demanda o precios de otros insumos, no tengan un efecto similar sobre los precios durante el periodo de la infracción y en el supuesto contrafáctico.

<sup>(73)</sup> De conformidad con el artículo 17, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia puede 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.

<sup>(74)</sup> Véase por ejemplo *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional Superior de Justicia, Düsseldorf), sentencia de 15 de abril de 2013, asunto VI-4 Kart 2 – 6/10 (OWi), y posteriormente *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia de Alemania), sentencia de 9 de octubre de 2018, asunto KRB 51/16 (Flüssiggas I) sobre las decisiones del *Bundeskartellamt* (la autoridad de competencia nacional alemana) de 14.12.2007, 26.2.2008, 12.2.2009 y 9.4.2009 en el asunto B11-20/50 (Flüssiggas), en el que el *Bundeskartellamt* tuvo en cuenta los ingresos adicionales obtenidos gracias a la infracción (*kartellbedingter Mehrerlös*) y las conversaciones sobre los diferentes métodos para calcular el sobrecoste.

<sup>(75)</sup> El método de la proporción de repercusión parte, entre otras cosas, del 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 la variación en dichos costes. Este supuesto puede ser arriesgado. Tal como se explica en los considerandos 121 y siguientes, el método de la proporción de repercusión solo debe utilizarse, por regla general, si es plausible esa hipótesis sobre la base de los hechos del caso.

<sup>(76)</sup> Véase, asimismo, el apartado 14 de la Guía Práctica.

<sup>(77)</sup> En la sección 6.3, consagrada al cálculo del efecto volumen, se explica en mayor detalle el enfoque que utiliza datos relativos a los márgenes.

<sup>(78)</sup> Este hecho se pone de relieve en el apartado 37 de la Guía Práctica 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 los sobrecostes, considera que los métodos comparativos pueden ser preferibles a otros planteamientos, véase *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), sentencia de 26 de junio de 2009, asunto VI-2.a Kart 2-06/08, (*Zement*), apartados 469 y siguientes.

<sup>(79)</sup> Véase por ejemplo, «Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions», OCDE 2016.

- (89) Es fundamental tener presentes estos factores al considerar si un mercado de comparación dado es adecuado como supuesto contrafáctico. Como se explica más a fondo en la sección 5.1.1, se dispone de diversas técnicas para tomar en cuenta las diferencias entre el mercado afectado por la infracción y los mercados de comparación. 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 calcular la repercusión depende de los ordenamientos jurídicos nacionales <sup>(80)</sup>.

#### 5.1.1. Enfoques

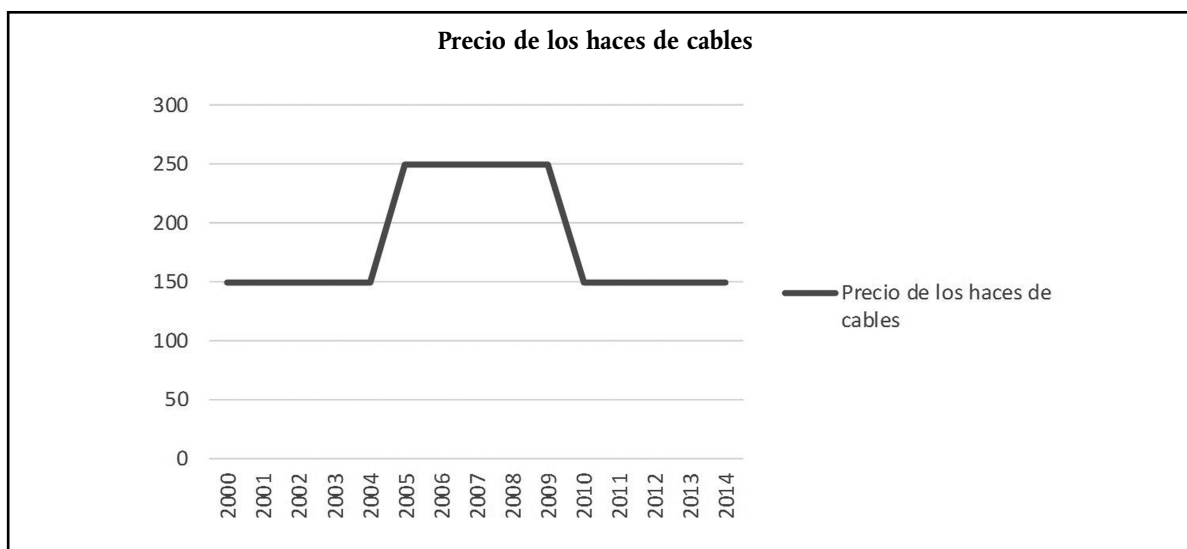
- (90) Cuando se utiliza el método comparativo para calcular el efecto de la repercusión, el precio fijado por el comprador directo o indirecto durante el periodo de infracción se compara con el supuesto en el que no se produce la infracción, o contrafáctico. El supuesto contrafáctico puede establecerse sobre la base de <sup>(81)</sup>:
- datos relativos a los precios o a los márgenes en este mercado antes y/o después de la infracción, que generalmente se denomina «enfoque de comparación temporal»;
  - datos relativos al mismo mercado (de productos), pero en una zona geográfica diferente, o a otro mercado de productos que se considere que evoluciona de manera similar al mercado en el que opera el comprador directo o indirecto, que generalmente se denomina enfoque transversal; o
  - una combinación de comparaciones diacrónicas y de comparaciones entre distintos mercados, que se suele denominar enfoque de «diferencias en diferencias».

#### 5.1.1.1. Enfoque de comparación temporal

- (91) Un enfoque frecuentemente utilizado al calcular los sobrecostos iniciales consiste en comparar los precios a lo largo del tiempo en el mismo mercado, es decir, antes, durante y después (ilustrada en el recuadro 5) <sup>(82)</sup>. Al aplicar este enfoque para calcular la repercusión, el mercado de comparación es exactamente el mismo mercado de productos que el mercado en el que operaba el comprador directo o indirecto cuando se produjo la infracción, pero analizado en diferentes momentos. Por lo tanto, el supuesto subyacente es que el mercado de productos en cuestión en el periodo en que no hubo infracción ofrece una buena aproximación al supuesto contrafáctico, es decir, la situación que habría imperado en el mercado de productos si no se hubiera producido la infracción durante el periodo de infracción. Este supuesto puede ser erróneo porque, en la práctica, no hay un mercado de comparación con independencia de la zona geográfica o el producto para tener en cuenta un elemento adicional de aislamiento en relación con el efecto derivado de la infracción.

#### Recuadro 5

#### Ejemplo ilustrativo de un enfoque de comparación temporal <sup>(83)</sup>



<sup>(80)</sup> En la Guía Práctica se aborda esta cuestión en el contexto del cálculo de los sobrecostos, véanse, por ejemplo, los apartados 37 y 59 a 95.

<sup>(81)</sup> Si para un supuesto contrafáctico se tienen en 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.

<sup>(82)</sup> Véase la Guía Práctica, apartados 38 a 48.

<sup>(83)</sup> 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.

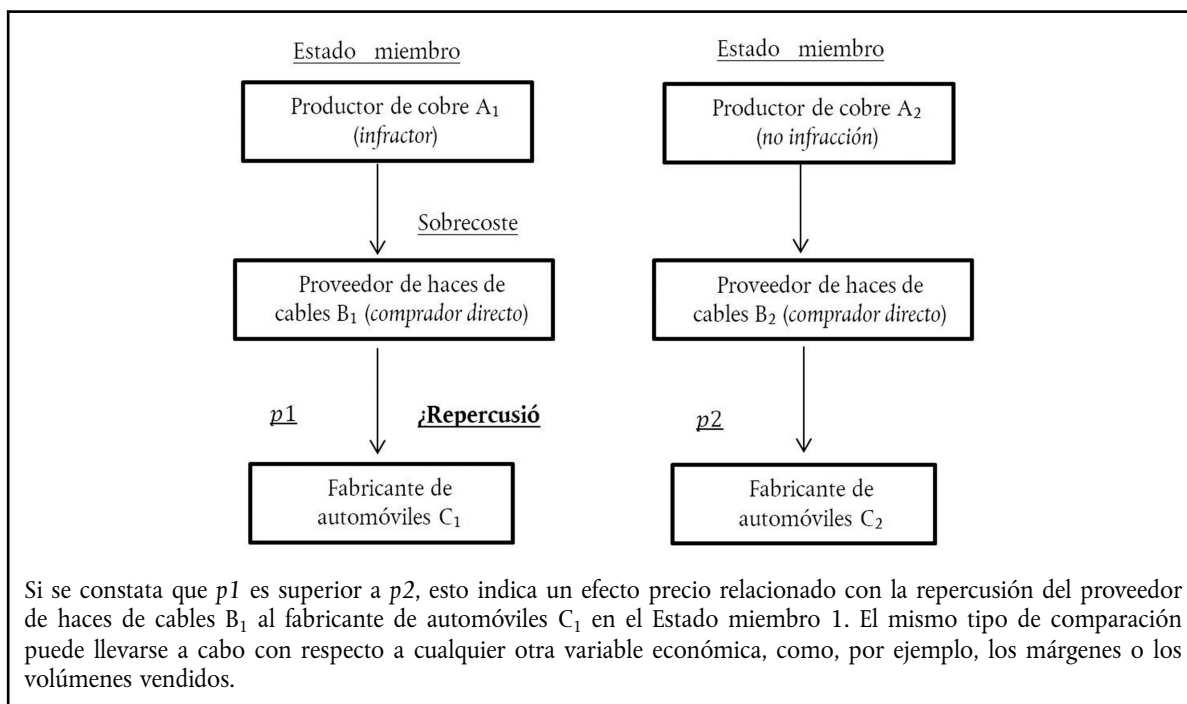
- (92) En el ejemplo ilustrado en el recuadro 5, se parte del principio de que la práctica ilegal de fijación de precios en el sector del cobre tuvo una duración de cinco años, de 2005 a 2010. En este periodo<sup>(84)</sup>, el sobrecoste inicial se repercutió al fabricante de automóviles C. Al aplicar 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 de un asunto en el que un demandante aplicó este enfoque figura en el recuadro 8.

#### 5.1.1.2. Enfoque transversal

- (93) En algunos casos, puede resultar difícil observar la evolución de los precios a lo largo del tiempo en los mercados de la infracción o de comparación. En tal caso, podría emplearse otro método comparativo, un método que compare diferentes mercados geográficos. El supuesto subyacente de este enfoque es que el otro mercado geográfico es similar al mercado de la infracción en todos los aspectos salvo en cuanto a la infracción. También en este caso, este supuesto es arriesgado.
- (94) Por ejemplo, como se indica en el recuadro 6 un órgano jurisdiccional nacional puede tener en cuenta la comparación de los precios pagados por el fabricante de automóviles C<sub>1</sub> durante el periodo de la infracción en el Estado miembro 1 (p<sub>1</sub>), con el precio medio pagado por los fabricantes de automóviles similares en el Estado miembro 2, es decir, en un mercado geográfico distinto no afectado por la infracción (p<sub>2</sub>). Este método recibe el nombre de «comparación entre distintos mercados»<sup>(85)</sup>.

Recuadro 6

#### Ejemplo ilustrativo de un enfoque transversal



#### 5.1.1.3. Enfoque de «diferencias en diferencias»

- (95) Desde un punto de vista económico, el método más exacto de los métodos comparativos es el que combina el enfoque de comparación temporal y el enfoque transversal. Este método es el enfoque de «diferencias en diferencias»<sup>(86)</sup>. Se centra en la evolución de la variable económica de que se trate en el mercado afectado por la repercusión durante un periodo determinado (diferencia a lo largo del tiempo en el mercado de repercusión), y 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).

<sup>(84)</sup> Téngase en cuenta, sin embargo, que la cuestión de la repercusión diferida, mencionada en el anexo 1, puede ser de importancia a la hora de comparar los precios durante el periodo de la infracción con los precios antes y después.

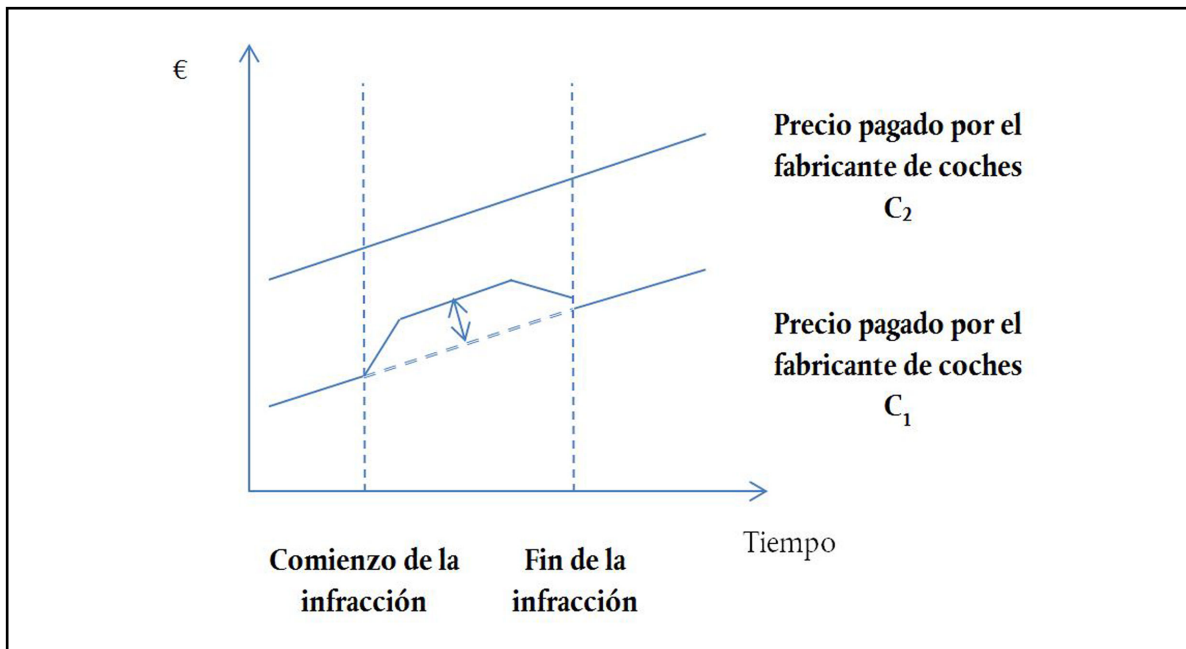
<sup>(85)</sup> Este método se ha utilizado con frecuencia para determinar el sobrecoste inicial en las acciones por daños y perjuicios; véanse, por ejemplo, los asuntos citados en la nota 45 a pie de página de la Guía Práctica.

<sup>(86)</sup> Véase también el considerando 112.

(96) El recuadro 7 ilustra el enfoque de «diferencias en diferencias»

Recuadro 7

**Ilustración del enfoque de «diferencias en diferencias»**



- (97) Supongamos, en el caso en el que están basados el recuadro 5 y el recuadro 6, que 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 considerando 8, todo perjuicio que sufra  $C_1$  se deriva de la repercusión de sobrecostos del proveedor de haces de cables  $B_1$ . Utilizar un enfoque de «diferencias en diferencias» supondría valorar la evolución del precio pagado por el fabricante de automóviles  $C_1$  en el Estado miembro 1 (el mercado con un efecto precio relacionado con la repercusión) durante un periodo 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 precio relacionados con la repercusión) en el mismo periodo de tiempo. La comparación muestra la diferencia entre estas dos diferencias diacrónicamente, lo que ofrece una estimación de la variación 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 precio relacionado con la repercusión de otras influencias sobre el precio de los haces de cables comunes a ambos mercados.
- (98) Cabe ilustrar este método a través de una variante del caso en el que se basan el recuadro 6 y el recuadro 7. 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. Un análisis del mercado no afectado en el Estado miembro 2 durante el mismo periodo puede mostrar 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 (del plástico) también afectase al Estado miembro 1, y siempre y cuando todas las demás condiciones sean iguales, 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.
- (99) Por tanto, una ventaja importante del enfoque de «diferencias en diferencias» es que puede descartar los cambios que no guardan relación con el efecto precio relacionado con la repercusión que se produjeran durante el mismo periodo 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 de «diferencias en diferencias». La aplicación de tales técnicas se describe con más detalle en la sección 5.1.2.



### 5.1.2. Aplicación de los enfoques comparativos en la práctica

- (100) Existen diversas técnicas para calcular el efecto precio relacionado con la repercusión basándose en el enfoque comparativo. Determinados factores, como un incremento de los costes de las materias primas del ejemplo anterior, pueden influir solo en el mercado de comparación 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.
- (101) 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.
- (102) En un análisis de regresión, se examinan una serie de datos observados para la variable de estudio y las variables influyentes probables. 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 que en algunos casos puede indicar una influencia causal de una variable sobre la otra <sup>(87)</sup>.
- (103) Las diferentes técnicas de que se dispone para ajustar los datos de comparación se describen con más detalle en la Guía Práctica <sup>(88)</sup>. Mediante ejemplos e ilustraciones, la Guía Práctica ofrece orientaciones sobre los conceptos, enfoques y condiciones de aplicación de las diferentes técnicas. Debe servir de base para abordar las cuestiones relativas a los enfoques disponibles para aplicar los métodos comparativos.
- (104) El órgano jurisdiccional debe ser consciente de que la utilización del análisis de regresión puede aumentar el grado de precisión del cálculo de un perjuicio y puede, por tanto, ayudar a cumplir el nivel probatorio requerido <sup>(89)</sup>. Los órganos jurisdiccionales nacionales han estudiado el valor probatorio de las pruebas estadísticas, como el análisis de regresión, en asuntos en los que se ha concedido una indemnización por daños <sup>(90)</sup>.
- (105) En general, el valor probatorio de las pruebas estadísticas depende de su capacidad para evitar el riesgo de los denominados errores de tipo 1, es decir, concluir que hay un efecto de repercusión cuando en realidad no existe, y los denominados errores de tipo 2, es decir, concluir que no existe un efecto de repercusión cuando sí lo hay. Para hacer frente a estos riesgos, un modelo estadístico puede aplicar los conceptos de significación estadística y poder estadístico. El concepto de significación estadística implica poner el listón alto para que se considere que existe un efecto de repercusión. Un enfoque muy utilizado consiste en establecer un riesgo del 5 % para un error de tipo 1, utilizando un denominado intervalo de confianza del 95 % <sup>(91)</sup>. No obstante, los modelos de regresión también pueden reducir el riesgo de errores de tipo 2 <sup>(92)</sup>. En un caso concreto en el que se calcule la repercusión, corresponde al órgano jurisdiccional decidir si un modelo de regresión que le ha sido presentado evita los riesgos de errores de tipo 1 y de tipo 2 hasta el punto de que el modelo tenga valor probatorio.
- (106) La importancia potencial de ajustar los datos de comparación utilizando técnicas cuantitativas, como el análisis de regresión, puede ejemplificarse con una sentencia de un órgano jurisdiccional alemán, que figura en el recuadro 8.

#### Recuadro 8

#### Asunto lunas de automóviles en Alemania <sup>(93)</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 del demandante llevaron a cabo un análisis de la evolución de los precios antes, durante y después del periodo de existencia del cártel. No se realizaron ni análisis de regresión ni de correlación, sino que los peritos trataron de establecer un nexo 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 las pautas de los precios.

<sup>(87)</sup> Los análisis de regresión se explican detalladamente en la Guía Práctica, apartados 69 y siguientes.

<sup>(88)</sup> *Ibid*, capítulo II B.

<sup>(89)</sup> Véase, asimismo, el apartado 92 de la Guía Práctica.

<sup>(90)</sup> Véase por ejemplo un asunto del Reino Unido: High Court of Justice of England and Wales (Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y País de Gales), sentencia de 9 de octubre de 2018, [2018] EWHC 2616 (Ch) (Britned/ABB), autorización para apelar.

<sup>(91)</sup> El uso de intervalos de confianza al calcular los daños se explica también en la Guía Práctica, apartados 86 y siguientes.

<sup>(92)</sup> Existe cierta correlación entre los dos tipos de error en el siguiente sentido; para un determinado tamaño de la muestra de datos, reducir aún más el riesgo de errores de tipo 1 (es decir, utilizar un intervalo de confianza más estricto, del 99 % en lugar del intervalo del 95 %) generalmente aumenta el riesgo de errores de tipo 2. En general, limitar ambos tipos de error solo es posible aumentando el tamaño de la muestra. Por tanto, en la práctica, es importante evaluar si los métodos se aplican a un conjunto de datos suficientemente grande.

<sup>(93)</sup> *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional de Düsseldorf), sentencia de 19 de noviembre de 2015, asunto 14d O 4/14, (Lunas de automóviles en Alemania).

El órgano jurisdiccional consideró, sin embargo, que este análisis no demostró una relación causal directa suficiente entre el precio de estos dos productos. Esto se debió sobre todo a los datos utilizados en el análisis de los peritos del demandante y al hecho de que este análisis no tuvo debidamente en cuenta otros efectos sobre los precios, así como las tendencias del mercado. El órgano jurisdiccional también tuvo en cuenta las condiciones de mercado en el caso en cuestión para desestimar los argumentos relativos a la repercusión.

- (107) Ahora bien, las técnicas basadas en el análisis econométrico pueden conllevar, en algunos casos, costes considerables. 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. Por otra parte, en la mayoría de los casos el órgano jurisdiccional puede también considerar conveniente evaluar las pruebas cualitativas, como pruebas directas de la repercusión, incluso cuando se utilizan métodos cuantitativos descritos en la presente sección.
- (108) Al calcular 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 documentos internos, el órgano jurisdiccional debe ser consciente de que las empresas de distintos sectores industriales, o 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 derivarán de determinadas variaciones de los costes. Por ejemplo, en algunos casos los compradores pueden vincular los ajustes de precios a los cambios en determinados índices que pueden no verse afectados por la conducta contraria a la competencia de los infractores, por ejemplo los índices de precios al consumo. En otros casos, los compradores pueden tratar de alcanzar determinados objetivos de rendimiento, por ejemplo aplicar un margen específico a los precios de los productos que suministran. En principio, la primera de estas políticas puede hacer pensar que no existe repercusión, mientras que la segunda sugiere que el comprador repercutiría toda variación de los costes.
- (109) 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.
- (110) A continuación se ofrecen ejemplos de casos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales han tenido en cuenta pruebas cualitativas.

#### Recuadro 9

##### **Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — *Cheminova* (2015) <sup>(94)</sup>**

En esta sentencia, el órgano jurisdiccional declaró que un fabricante de plaguicidas había repercutido el 50 % del sobrecoste inicial a los clientes indirectos. Esta conclusión se basó en la teoría económica. 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 por el cliente directo, se afirmaba que debía considerarse que el mercado era competitivo en lugar de monopolístico. El cliente directo alegó, entre otras cosas, que en el mercado competían un gran número de productos y que la existencia de cuotas de mercado moderadas apuntaba a un mercado competitivo. No obstante, debido a las circunstancias concretas del asunto, el órgano jurisdiccional discrepó de este enfoque.

#### Recuadro 10

##### **Cálculo de la repercusión sobre la base de pruebas cualitativas — *DOUX Aliments* (2014) <sup>(95)</sup>**

En esta sentencia, el órgano jurisdiccional declaró que el demandante había acreditado que no existía 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. 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.

<sup>(94)</sup> Sø- og Handelsretten (Alto Tribunal Marítimo y Mercantil de Dinamarca), sentencia de 15 de enero de 2015, asunto SH2015.U-0004-07 (Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV y otros).

<sup>(95)</sup> Cour d'Appel de Paris (Tribunal de Apelación de París), sentencia de 27 de febrero de 2014, asunto 10/18285 (SNC Doux Aliments Bretagne y otros contra Société Ajinomoto Eurolysine).

- (111) Al aplicar métodos comparativos en el cálculo de los sobrecostes, los órganos jurisdiccionales también han aplicado en ocasiones lo que se conoce con el nombre de «descuento prudencial». Esto significa que han ajustado un importe que tendría suficientemente en cuenta las incertidumbres en el cálculo a partir de los datos observados<sup>(96)</sup>. If the implementation of econometric analysis is not feasible, such an approach may also be applied for the estimation of passing-on. 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.

### 5.1.3. Dificultades

- (112) Al calcular el efecto precio relacionado con la repercusión, el órgano jurisdiccional podrá considerar, en particular, técnicas que tengan en cuenta, en la mayor medida posible, factores distintos de los derivados de la infracción. Una de esas técnicas es el método de «diferencias en diferencias». Esta requiere información o datos de un mercado de comparación (por ejemplo, otro mercado geográfico) y series cronológicas de datos 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.
- (113) 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 utilizar los mismos insumos. En tal caso, 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.
- (114) En otras circunstancias, puede que el mercado de comparación esté indirectamente afectado por el sobrecoste inicial. En el ejemplo del cártel del cobre del recuadro 6, el proveedor de haces de cables B<sub>1</sub> adquiere cobre del infractor A<sub>1</sub>. A pesar de que el proveedor de haces de cables B<sub>2</sub> en el mercado de comparación no compra al infractor A<sub>1</sub>, los proveedores de haces de cables B<sub>2</sub> y B<sub>1</sub> pueden ser competidores en los mismos mercados geográficos descendentes. Esto implica que si el proveedor de haces de cables B<sub>1</sub> 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<sub>2</sub> puede haberse visto afectado indirectamente por la infracción, por lo que no puede constituir un factor de comparación adecuado<sup>(97)</sup>.
- (115) Por lo que respecta a la comparación diacrónica, puede ser difícil identificar con suficiente precisión el periodo en el que el mercado resultó afectado por determinada infracción. Las partes pueden presentar una decisión adoptada por una autoridad de competencia que mencione un periodo de infracción, es decir, que indique las fechas de inicio y finalización de la infracción. Sin embargo, puede que este periodo no coincida con el periodo en que un mercado resultara realmente afectado por la infracción. También es importante señalar que determinar las fechas, tanto del periodo de la infracción como del periodo en que el mercado resultó afectado, puede tener un fuerte impacto sobre el resultado del análisis. Es posible que, en realidad, el efecto de la infracción no se limite al periodo establecido en dicha decisión<sup>(98)</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<sup>(99)</sup>. Por otra, la fecha de finalización establecida en una decisión de infracción puede ser anterior a la de finalización de la infracción.
- (116) Además, los efectos de una infracción tal vez no se circunscriban a su periodo 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 aplicado de no ser por la infracción, sin participar en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia de la UE<sup>(100)</sup>.

<sup>(96)</sup> Véase, asimismo, el apartado 95 de la Guía Práctica.

<sup>(97)</sup> Este efecto se asemeja a los efectos paraguas sobre los precios mencionados en el considerando 32.

<sup>(98)</sup> Véase, asimismo, el apartado 43 de la Guía Práctica.

<sup>(99)</sup> Los órganos jurisdiccionales nacionales tal vez podrían considerar que la carga de la prueba relativamente elevada que tienen que soportar las autoridades de competencia en sus procedimientos de infracción no se utiliza de hecho en detrimento de la víctima de una infracción del Derecho de competencia, cuando dichos órganos jurisdiccionales calculen el daño en una acción por daños y perjuicios de dicha víctima.

<sup>(100)</sup> 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 Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe), sentencia de 11 de junio de 2010 en el asunto 6 U 118/05, también citada en la Guía Práctica, apartado 44.

- (117) La posibilidad de que los compradores situados en distintos niveles de la cadena de suministro puedan retrasar la repercusión de un sobrecoste puede afectar también a la comparación de forma significativa<sup>(101)</sup>. El ejemplo del recuadro 1 puede ilustrar este extremo. Supongamos que el fabricante de automóviles C negocia los 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 que hayan finalizado 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.
- (118) 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 periodo 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.
- (119) El uso del análisis de regresión al emplear el enfoque comparativo puede aumentar la exactitud del cálculo del efecto de la repercusión. Un juez debe ser consciente de que, aunque estos tipos de modelos de regresión ofrecen una estimación directa del efecto de la repercusión, no cuantifican hasta qué punto cada uno de los factores teóricos que afectan a la repercusión, tratados en la sección 3 (es decir, la naturaleza de los costes de los insumos y la naturaleza de la demanda del producto), han contribuido al efecto. Una ventaja de utilizar el análisis de regresión es que es menos probable hacer supuestos erróneos relativos a la teoría económica. Aunque este desglose cuantitativo por factores de los efectos estimados de la repercusión no suele ser necesario para calcular el efecto de la repercusión, cabe señalar que las técnicas descritas en la sección 5.2.3 pueden ofrecer un desglose cuantitativo de los factores.

## 5.2. Otros métodos

### 5.2.1. Enfoque de la proporción de repercusión

- (120) En la sección anterior se describen los métodos y técnicas de los enfoques comparativos para calcular el efecto precio relacionado con la repercusión del sobrecoste. En general, el enfoque comparativo 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 periodo de la infracción. Sin embargo, depende, entre otras cosas, de la disponibilidad de datos relativos a estos precios en uno o varios mercados de comparación. Esta información puede estar disponible en muchos casos. Sin embargo, si la información sobre los precios reales en el mercado de la infracción y en el mercado o mercados de comparación 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 por otros métodos, como el enfoque de la proporción de repercusión.
- (121) Este enfoque de la proporción de repercusión puede aplicarse analizando de qué manera las variaciones anteriores de los costes de una empresa han influido en sus precios antes o después del periodo de la infracción. Por ejemplo, en el ejemplo del recuadro 1, 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 periodo de la infracción, el órgano jurisdiccional podría combinar este porcentaje de repercusión estimado con información sobre el sobrecoste y las ventas.
- (122) Sin embargo, el enfoque de la proporción de repercusión 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 del insumo afectado se reflejan en los precios en los mercados descendentes. Por tanto, es esencial que el órgano jurisdiccional sea consciente de que el enfoque de la proporción de repercusión se basa en el supuesto de que, durante el periodo de la infracción, las variaciones de los costes de los insumos se reflejan en los precios en fases posteriores de la cadena. Si dicha hipótesis es inexacta, este enfoque puede generar estimaciones engañosas que constaten una repercusión de sobrecostes que no se ha producido en la realidad.

<sup>(101)</sup> 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.

- (123) Cuando se utilice el enfoque de la proporción de repercusión, el órgano jurisdiccional generalmente tratará de calcular la repercusión sobre la base de cómo se han reflejado previamente en los precios, en las fases posteriores de la cadena, 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 las fases posteriores. En el hipotético caso indicado en el considerando 8 y modificado y explicado posteriormente en los considerandos 78 y 98, esto 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.
- (124) 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. 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 repercuta 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 del insumo menos significativo afectado, tal enfoque debe sustentarse en una hipótesis que puede ser aventurada, es decir, que los incrementos del coste marginal se repercuten en un porcentaje idéntico, con independencia de la fuente del incremento de los costes. Por otra parte, si un método comparativo, es decir, el cálculo basado en los precios reales, no constata ninguna repercusión estadísticamente significativa, esto puede considerarse como prueba en apoyo de la tesis de que no ha tenido lugar repercusión alguna. Dicho de otro modo, el hecho de no haber detectado ninguna repercusión por el método comparativo no es un argumento suficiente ni válido por sí mismo para adoptar un método de proporción de la repercusión.
- (125) Tal como se explica en el anexo 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 ajustes de precios, y, por lo tanto, prefiera esperar hasta que los incrementos del coste marginal se acumulen por encima de cierto umbral antes de modificar sus precios.
- (126) A la hora de evaluar las pruebas indirectas de la repercusión de las variaciones del coste de los componentes que no se vean afectados por el sobrecoste, es conveniente tener también en cuenta las pruebas cualitativas que puedan demostrar que la repercusión de pequeños incrementos de costes se ajusta, en ese caso concreto, a la práctica comercial del comprador directo o indirecto.
- (127) En ciertos casos, se dispone de información sobre los precios fijados por el comprador directo durante el periodo de infracción, y solo durante ese periodo. El enfoque de la proporción de repercusión puede arrojar resultados engañosos también en tales escenarios. Esto se debe a que identificaría los efectos precio relacionados con la repercusión sobre la base de las variaciones en los costes del insumo que ha estado sujeto a una infracción del Derecho de la competencia. En muchos casos, no es improbable que, durante el periodo de infracción, las variaciones en los costes de dicho insumo sean sustancialmente inferiores al aumento del coste derivado de la infracción. Como se ha explicado, los pequeños incrementos del coste tal vez no se repercutan en la misma medida que incrementos mayores y, por tanto, considerar variaciones de precios y costes relativamente pequeños durante el periodo de infracción podría dar lugar a un cálculo impreciso del efecto de la repercusión.

#### 5.2.2. Aplicación en la práctica del enfoque de la proporción de repercusión

- (128) El enfoque de la proporción de repercusión requiere información sobre el sobrecoste inicial y la proporción de repercusión pertinente. 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>(102)</sup>.
- (129) Una ventaja del método comparativo reside en que permite establecer un supuesto contrafáctico. Como se ha mencionado en el considerando 66, 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 de la proporción de repercusión 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>(103)</sup>. Por ejemplo, en el ejemplo del recuadro 1, 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 haber afectado al precio en el nivel posterior, como, por ejemplo, las fluctuaciones en la demanda de los fabricantes de automóviles. Si el órgano jurisdiccional no tuviera en cuenta dichos factores adicionales, es más que probable que el porcentaje de repercusión arrojaré resultados sesgados.

<sup>(102)</sup> Véase la Guía Práctica, apartados 26 y siguientes.

<sup>(103)</sup> Véanse los considerandos 101 y siguientes. El concepto de análisis de regresión se explica de forma detallada en la Guía Práctica, capítulo II (2).

- (130) 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. 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.
- (131) No obstante, es esencial ser consciente 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. A tal efecto, el órgano jurisdiccional puede tomar en consideración los conceptos pertinentes de la teoría económica, como se explica en la sección 2.3 y en el anexo 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 enfoque de la proporción de repercusión no sea el adecuado.

### 5.2.3. Método de simulación

- (132) La Guía Práctica presenta también el denominado enfoque de simulación como otra forma de cuantificar el daño causado por una infracción del Derecho de la competencia<sup>(104)</sup>. Este enfoque puede utilizarse también para calcular el efecto precio y volumen relacionado con la repercusión. Tiene en cuenta simultáneamente los efectos precio y volumen relacionados con la repercusión. Para utilizar este método, un perito económico tendrá que desarrollar un modelo de competencia en la fase de la cadena de distribución en la que opera el demandante y simular el efecto del sobrecoste pertinente sobre los beneficios del demandante durante el periodo de infracción. Por ejemplo, el perito puede comprobar cómo pueden afectar al grado de repercusión diferentes curvaturas de la curva de la demanda. Sobre la base de las especificaciones por el lado de la demanda y por el lado de la oferta, pueden calcularse los precios de equilibrio en el mercado de referencia. Por otra parte, en una siguiente fase, es posible evaluar cómo se ven afectados estos precios por un sobrecoste.
- (133) Es importante que el juez sea consciente de que este enfoque requiere datos extensivos sobre precios y cantidades en el mercado en cuestión. Por otra parte, se basa en supuestos sobre el comportamiento de las empresas y los consumidores, que pueden ser aventurados y difíciles de validar. Así pues, al aplicar este método, en muchos casos puede resultar difícil cumplir el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación aplicable.

## 6. CUANTIFICACIÓN Y CÁLCULO DE LOS EFECTOS VOLUMEN

### 6.1. Introducción

- (134) Cuando hay un efecto precio relacionado con la repercusión, implica necesariamente, al menos en teoría, un efecto volumen<sup>(105)</sup>. Por consiguiente, si se toma en cuenta el efecto precio sin el efecto volumen, se puede subestimar el perjuicio real. Por lo tanto, para evitar una reparación excesiva o insuficiente, calcular el efecto volumen es tan esencial como estimar el efecto precio relacionado con la repercusión, siempre que el comprador reclame una indemnización por lucro cesante debido al efecto volumen<sup>(106)</sup>.
- (135) Como se ilustra en el recuadro 11, el efecto 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 considerando 69, el tercer paso de la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados por un sobrecoste es calcular la magnitud del efecto volumen.

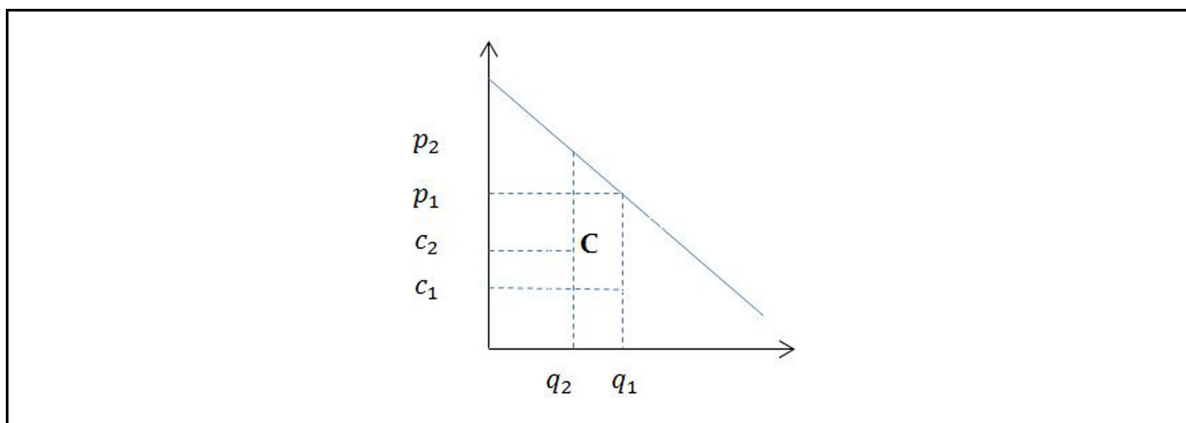
<sup>(104)</sup> Véase la Guía Práctica, apartados 96 y siguientes.

<sup>(105)</sup> Dado que el comprador suele enfrentarse a una curva de demanda con pendiente descendente. La intuición económica en la que se sustenta se explica con más detalle en el anexo 1.

<sup>(106)</sup> Los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la UE han confirmado en varias ocasiones la importancia de calcular el efecto volumen. Por ejemplo, un órgano jurisdiccional alemán, el Oberlandesgericht de Karlsruhe (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe), en su sentencia de 9 de noviembre de 2016 en el asunto U 204/15 Kart (2) (Grauzementkartell), 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.

## Recuadro 11

## El efecto volumen



- (136) El efecto volumen corresponde a la diferencia entre  $q_1$  y  $q_2$ . El área C representa el lucro cesante derivado de la pérdida de ventas. Puede calcularse multiplicando el volumen perdido por el margen de beneficios ( $p_1 - c_1$ ) que el comprador habría obtenido de no haber sido por la infracción, sin repercusión de sobrecostes.
- (137) El cálculo del efecto 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. Para calcular estos factores es necesario disponer de datos sobre parámetros distintos de los necesarios para la estimación del efecto precio relacionado con la repercusión. Dependiendo de los datos disponibles, pueden emplearse diferentes métodos, que se explican con más detalle a continuación. En cuanto al cálculo del efecto precio relacionado con la repercusión, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta pruebas cualitativas de naturaleza directa al calcular el efecto volumen<sup>(107)</sup>. La existencia de tales pruebas puede desempeñar un papel importante cuando un órgano jurisdiccional decida si alguno, y cuál, de los diferentes métodos expuestos con más detalle a continuación ha de utilizarse en un caso concreto.
- (138) Hasta la fecha, el efecto volumen solo ha sido calculado por los órganos jurisdiccionales nacionales en un número limitado de casos. En el recuadro 12 se cita un ejemplo. En este caso, un perito económico designado por el órgano jurisdiccional utilizó datos tanto cualitativos como cuantitativos para calcular el efecto volumen.

## Recuadro 12

Cálculo de los efectos volumen – *Cheminova* (2015)<sup>(108)</sup>

Como se explica en el recuadro 9, este asunto se refiere a las ventas de plaguicidas en Dinamarca. El órgano jurisdiccional concluyó que el comprador directo había repercutido la mitad del sobrecoste inicial. Sobre la base de la evaluación de un perito designado por el órgano jurisdiccional, se calculó asimismo el efecto volumen. El perito calculó el efecto volumen como el margen contrafáctico multiplicado por el número de ventas que no se habían realizado debido a la repercusión.

Para calcular el número de ventas que no se habían realizado durante el periodo de infracción, el perito utilizó una versión modificada del enfoque de la elasticidad que se explica más a fondo en la sección 6.3. Puesto que no se disponía de datos cuantitativos sobre precios y volumen, el perito derivó una medida de la elasticidad haciendo el promedio de las elasticidades halladas en 23 estudios de mercado sobre plaguicidas. Además, el perito calculó el margen contrafáctico ajustando el margen realizado durante el periodo de infracción. Sobre esta base, el órgano jurisdiccional concluyó que los daños derivados del efecto volumen equivalían al 20 % del importe del sobrecoste.

<sup>(107)</sup> Por ejemplo, documentos internos del comprador directo o indirecto que expliquen cómo ha afectado un aumento de precio del producto objeto de la infracción durante la infracción al volumen suministrado.

<sup>(108)</sup> Sø- og Handelsretten (Alto Tribunal Marítimo y Mercantil de Dinamarca), sentencia de 15 de enero de 2015, asunto SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV y otros*).

## 6.2. Enfoque comparativo

### 6.2.1. Información necesaria

- (139) El enfoque comparativo a los fines de calcular el efecto 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. Sin embargo, es importante señalar que el margen precio-coste observado no es el margen que se requiere para calcular el efecto volumen. Por ejemplo, si el comprador repercute la mitad del sobrecoste, se reducirá su margen, lo que implica que el margen observado será inferior que en el escenario contrafáctico. En este caso, la utilización del margen observado entraña una subestimación de la magnitud del efecto volumen.
- (140) Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe ser consciente de que el margen pertinente para calcular el efecto 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.
- (141) Los márgenes pertinentes para la evaluación de los efectos volumen vienen definidos por los precios de los productos de referencia de 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 consideraran evitables, el órgano jurisdiccional puede ordenar la divulgación de los precios de los productos de referencia. 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.

### 6.2.2. Métodos y dificultades

- (142) El lucro cesante asociado con el efecto volumen puede calcularse por comparación multiplicando el margen contrafáctico por la reducción de los volúmenes de ventas derivada de la repercusión de los sobrecostes.
- (143) Con los datos pertinentes facilitados por el comprador, 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, normalmente sería necesario emplear uno de los enfoques anteriormente descritos para tener en cuenta los factores no relacionados con la infracción, por ejemplo un análisis de regresión.
- (144) Si no se dispone de los datos necesarios para aplicar el enfoque de «diferencias en diferencias», puede contemplarse alguna otra técnica de las descritas anteriormente, en concreto, 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 los factores que varían entre los distintos mercados o periodos de tiempo.
- (145) Los métodos comparativos parten de la premisa de que el periodo 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. Esta premisa no es fácil de verificar puesto que los márgenes de una empresa pueden verse afectados por un gran número de factores y decisiones estratégicas.

## 6.3. Enfoque de elasticidad

- (146) El efecto volumen también puede calcularse mediante la combinación del aumento de los precios observado como consecuencia del efecto precio relacionado con la repercusión con una estimación de la sensibilidad al precio de la demanda pertinente. 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 precios indica la variación porcentual de la cantidad demandada asociada con un aumento en el precio del uno por ciento <sup>(109)</sup>.

### 6.3.1. Métodos e información requerida

- (147) En general, la reducción de volumen, ilustrada por el descenso de las ventas de  $q_1$  a  $q_2$  en el recuadro 11, se verá afectada por el incremento de los precios de la propia empresa, así como por la evolución de los precios de los competidores, dado que las empresas compiten en precios. 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 evalúa este método, el efecto volumen <sup>(110)</sup> se calcula multiplicando la pérdida de volumen por el margen contrafáctico.

<sup>(109)</sup> Véase también el anexo 1, considerando 169.

<sup>(110)</sup> El efecto volumen se ilustra en el área C del recuadro 11 y del recuadro 14.



- (148) Los datos necesarios a la hora de calcular el efecto volumen por referencia al 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. Los efectos volumen tanto de la elasticidad de los precios a nivel de la empresa como de la elasticidad de precios transversal podrían calcularse mediante la elasticidad de los precios del mercado. En tales circunstancias, el efecto volumen puede calcularse sobre la base del margen contrafáctico, la elasticidad de la demanda a nivel del mercado y los precios ( $p_1$ ) y las cantidades observados ( $q_2$ ).
- (149) El margen contrafáctico también puede calcularse utilizando el enfoque comparativo. 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>(11)</sup>.
- (150) Otro enfoque simplificado puede consistir en utilizar conceptos de la teoría económica para calcular el efecto volumen. Este enfoque puede basarse en el precio fijado por el comprador directo durante el periodo de infracción (el efecto precio relacionado con la repercusión) y el volumen contrafáctico. Puesto que la capacidad de una empresa para subir los precios depende de lo sensible que sea a los precios la demanda de su producto, generalmente se prevé una relación inversa entre el margen de una empresa y la elasticidad de la demanda ante los precios de su producto. Sobre esta base, la elasticidad al precio de su producto y el margen contrafáctico pueden anularse. Puesto que la información sobre el precio fijado por el comprador directo (el efecto precio relacionado con la repercusión) ya se conocerá en esta fase de un asunto, el único dato adicional necesario para calcular el efecto volumen es el volumen contrafáctico.

### 6.3.2. Dificultades

- (151) 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 una estimación precisa del efecto volumen.
- (152) 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 precio relacionado con la repercusión y el efecto volumen <sup>(12)</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 precio relacionado con la repercusión, el segundo, y el cálculo del efecto volumen relacionado con la repercusión, el tercero.

## 7. ELECCIÓN DEL MÉTODO

- (153) La elección de un método para calcular los efectos precio y volumen relacionados con la repercusión generalmente dependerá de una serie de aspectos. 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 estimada es la media de los dos resultados, como tampoco sería oportuno considerar que los resultados contradictorios se anulan mutuamente, por lo 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>(13)</sup>.
- (154) Las diferentes técnicas para calcular los efectos precio y volumen relacionados con la repercusión expuestas en las secciones 5 y 6 varían en complejidad y en los datos necesarios, desde análisis basados en pruebas cualitativas, por una parte, a técnicas econométricas <sup>(14)</sup> basadas en datos cuantitativos, por otra. Usar diferentes técnicas también implica diferentes grados de exactitud al calcular los diversos efectos.

<sup>(11)</sup> Véase por ejemplo *Sø- og Handelsretten* (Alto Tribunal Marítimo y Mercantil de Dinamarca), sentencia de 15 de enero de 2015, asunto SH2015.U-0004-07 (*Cheminova A/S/Akzo Nobel Functional Chemicals BV y otros*).

<sup>(12)</sup> Véase el considerando 69.

<sup>(13)</sup> Véase, asimismo, el apartado 125 de la Guía Práctica.

<sup>(14)</sup> El concepto de técnicas econométricas se explica en mayor detalle en la sección 5 y en el anexo 2.

- (155) En este contexto, no hay ninguna técnica que pueda ser considerada más adecuada que otra. El uso de técnicas econométricas es un ejemplo. 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 para las partes, terceras partes y el órgano jurisdiccional. Estos costes pueden ser desproporcionados con respecto al importe de los daños y perjuicios de que se trate.
- (156) A la hora de calcular los efectos de la repercusión, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden utilizar pruebas directas relevantes para el caso. 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 precio y 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 de las técnicas cuantitativas que se exponen en las secciones anteriores, o cuál de ellas, puede ser utilizada por las partes para alcanzar el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación en vigor <sup>(115)</sup>.

## 8. ANEXO 1 — TEORÍA ECONÓMICA

### 8.1. Introducción

- (157) 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 considerando 49 y siguientes, son distintos los factores que pueden influir en el grado de repercusión, 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.

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

- (158) Tal como se explica en el considerando 46, 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.
- (159) 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 13). 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 13

#### Ejemplos de costes marginales y fijos

Para explicar los conceptos de costes marginales (variables) y fijos, resulta útil considerar el ejemplo del cobre en el recuadro 1.

En dicho 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 el 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.

- (160) Por regla general, el punto de partida relevante para evaluar los efectos de la repercusión será el impacto del sobrecoste sobre los costes marginales o variables del comprador.

<sup>(115)</sup> Esto también se señala en la Guía Práctica, apartado 14.

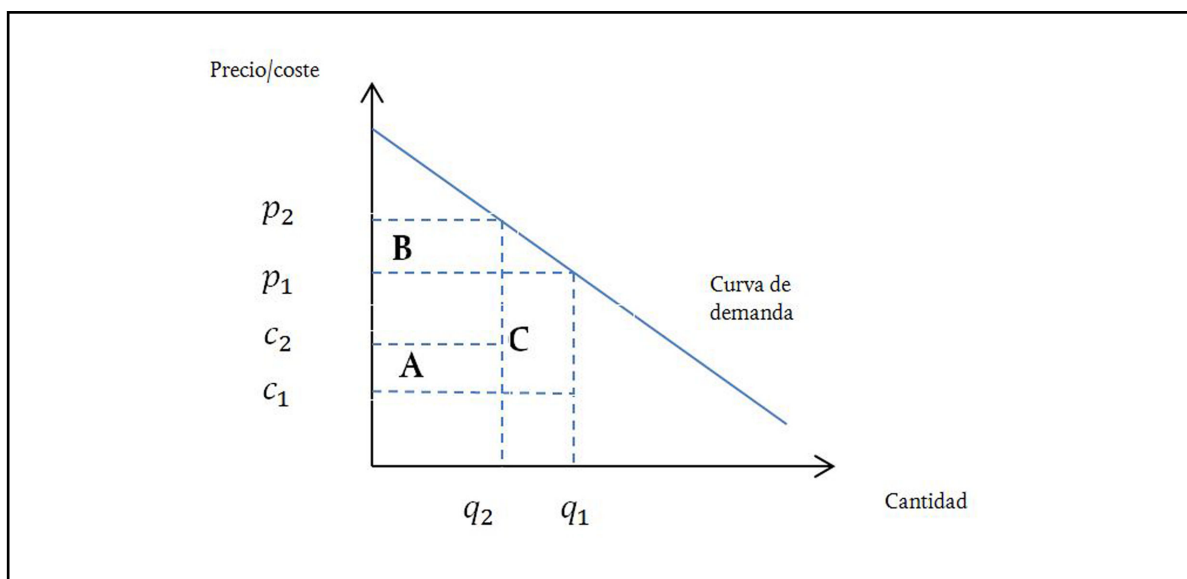
- (161) Los contratos entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de suministro, en los que se establecen las condiciones en las que las empresas suministran sus productos o servicios a los compradores, pueden afectar a componentes considerados tanto costes variables como fijos. Así, por 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 una acción por daños y perjuicios en la que se alegue una repercusión de sobrecostes, es importante determinar si los componentes del precio afectados por la infracción son costes fijos o no desde el punto de vista del comprador.
- (162) El intervalo de tiempo 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 intervalo 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 intervalo de tiempo relevante en un caso concreto, puede ser conveniente que el órgano jurisdiccional tome en consideración información procedente de los documentos internos de las partes, por ejemplo, información sobre los costes que tienen en cuenta las empresas en sus decisiones en materia de precios.
- (163) Las consideraciones relativas a los costes fijos y variables son de especial importancia cuando se calcula el efecto volumen, pues ello requiere evaluar el margen de las empresas implicadas en el caso de que se trate.

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

- (164) 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 cómo funcionan los mercados. 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.
- (165) Lo más habitual es que, 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.
- (166) La curva de demanda inversa de pendiente descendente estándar se ilustra en el recuadro 14 <sup>(116)</sup>. En este recuadro, el área A corresponde al sobrecoste ocasionado por la infracción. El aumento de precio que perjudica al comprador directo se tiene en cuenta como un aumento de los costes de los insumos de este comprador. Viene determinado por  $c_2 - c_1$ . El efecto precio relacionado con la repercusión se representa en el área B, mientras que su efecto volumen se ilustra en el área C. Como puede verse, un nivel de precios relativamente elevado, ( $p_2$ ) corresponde a una cantidad suministrada relativamente baja, ( $q_2$ ).

Recuadro 14

#### Curva de demanda estándar – Efectos precio y volumen



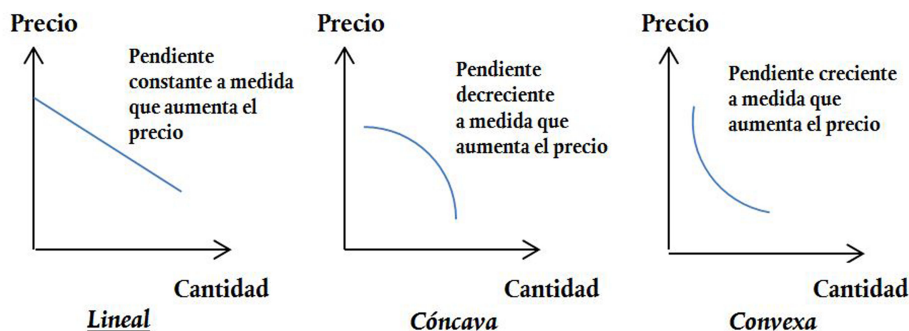
<sup>(116)</sup> El gráfico muestra los precios (eje vertical) como función de la cantidad demandada (eje horizontal). Esta curva de demanda suele denominarse «curva de demanda inversa», mientras que una curva que represente la demanda en el eje vertical como función de los precios en el eje horizontal recibe simplemente el nombre de «curva de demanda». En los siguientes ejemplos gráficos se muestran curvas de demanda inversas. No obstante, para simplificar se las denomina «curvas de demanda».

- (167) La sensibilidad de la demanda a los precios se suele denominar «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 ante los precios de -0,5 de la demanda de una empresa significa que un incremento del 1 % en los precios 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.
- (168) Al evaluar la repercusión de un sobrecoste de un comprador directo a un comprador indirecto, la demanda a la que se enfrenta el comprador directo es la que presenta interés. El comprador indirecto podría reducir su demanda en respuesta a un incremento de precios del comprador directo.
- (169) La magnitud del efecto 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 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.
- (170) 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 este 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 la demanda».
- (171) La curvatura de la 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, carece de curvatura y la pendiente es constante. En el caso de demanda convexa, 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 hipotético puede ser la demanda de agua potable en el desierto, ya que es posible que un cliente medio sea cada vez menos sensible a un incremento de precios a medida que disminuye la cantidad disponible. En cambio, ese cliente puede ser cada vez más sensible a un incremento de precios a medida que aumenta la cantidad disponible.
- (172) Si la curva de demanda es cóncava, tal y como se muestra en el centro del recuadro 15, 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 sustitutivo 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.
- (173) La curvatura de la curva de demanda puede tener un impacto significativo sobre la repercusión de los sobrecostos. 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 %

Recuadro 15

### Otras curvaturas de la 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.

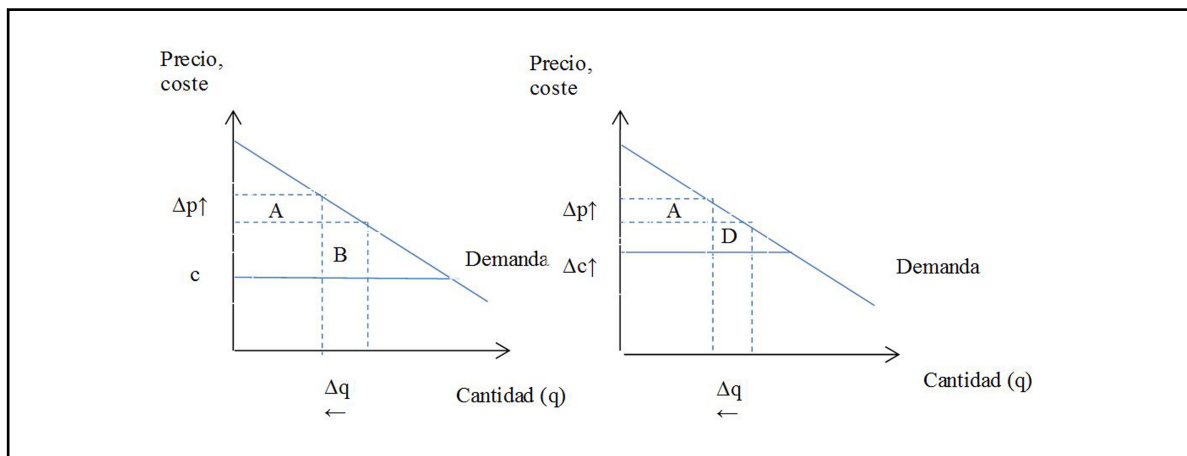


#### 8.4. Decisión de una empresa en materia de precios

- (174) Como se ha explicado anteriormente en los considerandos 52 y 53, el interés de una empresa en repercutir los sobrecostes a sus compradores viene determinado por el tipo de demanda y costes de que se trate <sup>(17)</sup>. Según la teoría económica, una empresa solo adaptará sus precios si ello hace 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 de la transacción 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.
- (175) Esta transacción se ilustra en el recuadro 16. 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 16. El correspondiente 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 beneficio perdido por la reducción resultante en los volúmenes de ventas compensará el incremento de los márgenes obtenidos de las ventas restantes.
- (176) 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 infringiendo el artículo 101 del TFUE, ello puede alterar los términos de la transacción descritos en el considerando 176. Un aumento de los costes del comprador 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 ventas. El lucro cesante debido a la reducción de las ventas cuando se han incrementado los costes está representado por el área D que figura en la parte derecha del recuadro 16. 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 16

#### Transacción entre el incremento de precios y la pérdida de ventas



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

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

- (177) 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 imperantes y no influye en los precios del mercado, que se situarán en los costes marginales de producción, o muy cerca de ellos. 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 el sector o de si los productos vendidos por empresas diferentes son sustitutos cercanos o no.

<sup>(17)</sup> 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).

- (178) 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 en un porcentaje del 100 % a los clientes directos. 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). Por el contrario, en situación de monopolio o en varios supuestos intermedios, la repercusión de un sobrecoste puede no equivaler a un porcentaje del 100 %, sino que puede situarse por debajo o por encima de este umbral, incluso en un porcentaje de repercusión del 0 %.
- (179) 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 o en 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 pueden 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 todos los productos plenamente intercambiables.
- (180) Esta sustituidad imperfecta podría resultar en una reducción de la presión competitiva sobre los proveedores que no tengan 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 los considerandos 178 y siguientes, una menor competencia reducirá el porcentaje de repercusión del sobrecoste en el sector, a medida que aumenta la diferenciación de los productos de los compradores directos, y el porcentaje de repercusión del sobrecoste en el sector al que han estado sometidos se aproximará al porcentaje que se da en una situación en 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.

#### 8.5.2. *Sobrecoste y repercusión a nivel de sector o a nivel de empresa*

- (181) 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. 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.
- (182) 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.
- (183) 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, incluso en este caso, un sobrecoste a nivel sectorial puede afectar de manera distinta a los competidores.

#### 8.6. **Algunos otros factores que afectan a la repercusión**

- (184) 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.
- (185) 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 fase 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

- (186) Por otra parte, como se menciona en el considerando 56, las empresas pueden incurrir en los denominados costes de los ajustes de precios 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. Estas empresas esperarían, por ejemplo, hasta que el incremento de los costes marginales se acumule por encima de un determinado umbral y no ajustarían el precio hasta que se alcanzara ese nivel. En determinados casos, el sobrecoste puede constituir un aumento tan pequeño de los costes marginales que el comprador afectado puede considerar que no le resulta rentable repercutirlo. En cambio, la existencia de costes de ajustes de precios también puede dar lugar a una repercusión que sea superior al sobrecoste inicial<sup>(118)</sup>. Este puede ser el caso si el comprador directo estuviera a punto de cambiar sus precios si no hubiera sobrecostes. Así pues, un pequeño sobrecoste puede de por sí desencadenar un gran aumento de precios que refleje no solo el sobrecoste sino todos los demás aumentos acumulados desde el último ajuste de precios. Aunque estos otros aumentos de costes no puedan atribuirse al infractor, un órgano jurisdiccional nacional puede querer tener en cuenta el hecho de que, en un escenario así, incluso un sobrecoste relativamente pequeño puede dar lugar a un aumento de precios significativo.
- (187) Otro ejemplo de cómo pueden afectar los costes de ajustes de los precios al grado de repercusión está relacionado con la existencia de la denominada «fijación de precios psicológicos». En muchos mercados, en general mercados minoristas, son habituales precios ligeramente inferiores a una cifra redonda, por ejemplo 99 EUR o 19 900 EUR. Los consumidores pueden percibir estos precios como inferiores a lo que realmente son. El uso de esta estrategia de fijación de precios puede hacer más probable que un comprador directo opte por no repercutir un sobrecoste, ya que la variación de precio, por ejemplo de 19 900 EUR a 20 000 EUR, produciría un descenso significativo en la demanda del comprador directo. En la sección 5.2.1 se analizan en mayor profundidad las posibles repercusiones de la existencia de costes de ajustes de precios sobre el cálculo de los efectos de la repercusión.
- (188) Además, en determinadas circunstancias, un comprador indirecto puede utilizar su poder de negociación para limitar la capacidad de un comprador directo de repercutir un sobrecoste. Se denomina «poder de negociación de la demanda» a la capacidad de negociación del comprador indirecto<sup>(119)</sup>. 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.
- (189) En términos generales, el poder de la demanda no impedirá la repercusión si hay un sobrecoste a nivel de sector pero sí afectará al grado de repercusión. Por una parte, es posible imaginar un escenario en el que el poder considerable de la demanda obligue a los compradores directos a aceptar 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 produciría un porcentaje de repercusión del 100 % en caso de sobrecoste.
- (190) Como el grado de poder de la demanda y sus implicaciones sobre la repercusión dependerán 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.
- (191) 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. Por otra parte, en tal supuesto, el comprador directo que se enfrenta a un sobrecoste puede tener un incentivo para repercutir la totalidad del sobrecoste dentro de su 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.
- (192) En determinados sectores, el precio ofrecido por el comprador directo o indirecto puede estar sujeto a regulación, como, por ejemplo, la regulación de tarifas 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 precio relacionado con la repercusión puede ser escaso o nulo. Sin embargo, como también se menciona en el considerando 48, el perjuicio derivado de una infracción del Derecho de la competencia de la UE también puede afectar a factores distintos del precio. En cambio, 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.

<sup>(118)</sup> Cabe señalar que la teoría económica también muestra que, incluso sin ningún coste de ajustes de los precios, una repercusión puede ser mayor que el sobrecoste inicial. Este es el caso, por ejemplo, cuando la curva de la demanda es suficientemente convexa (véase la argumentación en la sección 8.3).

<sup>(119)</sup> 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.

**9. ANEXO 2 — GLOSARIO**

(193) En el presente anexo se presenta un compendio de los términos económicos 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, la forma en que 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.
  - Costes marginales: aumento del coste total derivado de producir una unidad adicional.
  - Análisis de regresión: véase técnica econométrica.
  - 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.
  - Costes variables: costes que varían en función de la cantidad producida.
-