

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

Ignacio García-Perrote Martínez
Universitat Pompeu Fabra
ignacio.garciaperrote@upf.edu

-

Las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o de sus equivalentes nacionales, pueden reducir la competencia en el mercado y causar daños a los clientes de los infractores y a las personas situadas en los eslabones subsiguientes en la cadena de producción y venta (i) por haber pagado un precio superior al que se hubiera fijado sin la infracción¹ y, en su caso, (ii) por las ventas perdidas por este cambio en los costes y precios². La consecuencia de este perjuicio es el nacimiento de una pretensión de daños a favor de estos damnificados.

Como en toda pretensión indemnizatoria, la demandante deberá acreditar la existencia de una conducta anticompetitiva³, un daño en su patrimonio y la relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio. La demandada, por su parte, tendrá que presentar argumentos de descargo para concluir que la infracción no ha causado el daño o, en caso de haberlo hecho, la cuantificación es errónea porque, por ejemplo, la demandante no ha tenido en cuenta que ha repercutido el perjuicio a sus clientes. Aunque cada una de estas cuestiones presente una

* Agradezco los comentarios de Carlos Gómez Ligüerre.

El autor es miembro del Grupo de Investigación en Derecho Patrimonial (2017 SGR 1636), dirigido por el Prof. Josep Ferrer Riba (Universitat Pompeu Fabra) financiado por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR), adscrita a la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Catalunya.

El autor, a su vez, es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2020), concedida por el AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo de Cataluña 2014-2020 CCI 2014ES05SFOP007 del Fondo Social Europeo.

El trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de I+D+I correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la sociedad “Responsabilidad civil y mercado. La compensación del daño económico”, del cual es investigador principal el Prof. Carlos Ignacio Gómez Ligüerre, subvencionado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER (DER2017-82673-R).

¹ En esencia, el daño sería el sobrecoste, esto es, la diferencia entre el precio pagado y el que habrían abonado si no se hubiera llevado a cabo la infracción. Este se corresponde con el daño emergente.

² Este daño se corresponde con el lucro cesante.

³ La prueba de este concreto elemento de la pretensión depende del tipo de acción. Si se trata de una acción de seguimiento, o *follow-on*, es decir, aquella acción interpuesta contra una empresa que ha sido previamente sancionada por una autoridad de la competencia por haber infringido el derecho de la competencia, el efecto vinculante de la decisión -firme- permite a la demandante centrarse en probar la existencia del daño, del nexo causal y la cuantificación. Si, por el contrario, la acción es *stand alone*, es decir, sin previa resolución administrativa sancionadora, la demandante deberá, además, probar la existencia de la infracción.

complejidad jurídica única, uno de los principales escollos reside en la cuantificación del perjuicio efectivamente sufrido.⁴

Con el fin de orientar a los órganos jurisdiccionales y a los posibles perjudicados que se plantean ejercitar una acción de daños contra el infractor del derecho de la competencia, la Comisión encargó a Oxera la elaboración de un estudio, preparado por un equipo de juristas dirigidos por el Dr. Assimakis Komninos, que vio la luz en 2009⁵. Inspirándose en el anterior, en 2013, la Comisión publicó una Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶ acompañada de una Guía Práctica^{7, 8}.

La aprobación de la 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 Europea⁹ (“Directiva de Daños”, de ahora en adelante) confirmó la legitimación activa de los compradores indirectos¹⁰, esto es, aquellos que adquieren el producto afectado por la infracción del cliente del infractor o de un comprador posterior, y la posibilidad del demandando de oponer la excepción por repercusión del sobre coste¹¹. Esto añade una compleja cuestión adicional a la cuantificación del perjuicio, que tratan de forma superficial los documentos anteriores: cómo puede calcularse qué parte del sobre coste ha sido repercutida y en qué medida ha provocado una reducción de las ventas.¹²

El artículo 16 de la Directiva de Daños contiene un mandato para la Comisión para que prepare una guía para orientar a los órganos jurisdiccionales y a las partes en la estimación del perjuicio repercutido.

⁴ La Comisión Europea reconoce esta realidad en la 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, apartado 9.

⁵ OXERA (2009), *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, diciembre de 2009, que puede encontrarse aquí: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

⁶ 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, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19–21 y puede encontrarse aquí: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52013XC0613(04)).

⁷ Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión: Guía Práctica – Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación de la Comisión, SWD(2013) 205, 11.6.2013. De ahora en adelante, “Guía Práctica”. La numeración utilizada en la cita es la de la versión [inglesa](#). Como puede verse, por ejemplo, en el documento en [castellano](#), consta todavía como borrador en el resto de idiomas de la Unión Europea.

⁸ No es extraño que la Comisión publique directrices y orientaciones para autoridades, tribunales y empresas. En el marco de la aplicación pública destacan las [Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal](#), las [Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado](#) y las [Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes](#).

⁹ OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

¹⁰ Artículo 14 de la Directiva de Daños.

¹¹ Artículo 13 de la Directiva de Daños.

¹² En el estudio de 2009 le dedican, principalmente, el apartado 4.4 (páginas 116 a 122) y en la Guía Práctica, los párrafos 161 a 171.

El primer paso para ello fue encargar a RBB Economics y Cuatrecasas la realización de un informe sobre la repercusión del sobrecoste (“Study on the Passing-on of Overcharges”¹³)¹⁴, publicado en octubre de 2016. Sobre la base de este documento, la Comisión preparó un borrador de las directrices¹⁵ y lo sometió a consulta pública para que cualquier interesado enviara los cometarios que considerara convenientes. Recibidas las contribuciones, la Comisión publicó el documento definitivo, mediante una comunicación, de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (“Directrices” de ahora en adelante).¹⁶

Las Directrices tienen el siguiente contenido. Primero, empiezan con una explicación del concepto de repercusión del sobrecoste, su contexto jurídico y sus características económicas (párrafos 8 a 64). Segundo, presentan los aspectos generales de la cuantificación del perjuicio repercutido y del lucro cesante por reducción de ventas (párrafos 65 a 83) y la información relativa a la elaboración de los informes periciales de cuantificación del daño (párrafos 74 a 83). Tercero, describen los métodos propuestos para cuantificar la repercusión del sobrecoste, las dificultades que presentan y su uso en casos resueltos en jurisdicciones europeas (párrafos 84 a 133) y los métodos de cuantificación del efecto volumen (párrafos 134 a 152). Cuarto, incluyen unas reflexiones respecto a la elección del método (párrafos 153 a 156). Finalmente, las cierran dos anexos con teoría económica sobre la repercusión (anexo 1, párrafos 157 a 192) y un glosario (anexo 2, párrafo 193).

En el presente trabajo resumiré el contenido de las diferentes partes e incorporaré pequeñas reflexiones. Finalizaré el trabajo con una breve conclusión.

1. La naturaleza del documento

Las Directrices están publicadas en una comunicación de la Comisión, un documento sin carácter vinculante que pretende sistematizar diferentes métodos para cuantificar el sobrecoste repercutido y el efecto volumen consecuencia del aumento de los precios. La propia Comisión reconoce la finalidad orientadora del documento y que en ningún caso altera “las normas vigentes emanadas del Derecho de la UE o de la legislación de los Estados Miembros”¹⁷.

Por su contenido, las Directrices complementan la Guía Práctica para la cuantificación del daño causado por las infracciones de derecho de la competencia publicada en 2013. De hecho, según la propia Comisión, los dos documentos “deben leerse conjuntamente”¹⁸ por su contenido. Mientras que las Directrices se centran exclusivamente en el perjuicio repercutido y el lucro cesante derivado de las ventas perdidas, la Guía Práctica propone, esencialmente, métodos para

¹³ Puede accederse al informe aquí: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.

¹⁴ La finalidad del informe de asistir a la Comisión en la preparación de las Directrices está explicitada en el párrafo 1 del informe: “This Study is aimed to assist the Commission in that work [the issuing of guidelines on how to estimate the share of pass-on of the overcharge to indirect purchasers]”.

¹⁵ Las versiones oficiales del borrador son la [inglesa](#), la [francesa](#) y la [alemana](#). No obstante, también publicaron una versión no auténtica en [castellano](#).

¹⁶ Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, C/2019/4899, OJ C 267, 9.8.2019, p. 4–43 ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019XC0809(01))).

¹⁷ Apartado 2 de las Directrices.

¹⁸ Apartado 3 de las Directrices.

cuantificar el sobrecoste consecuencia del cártel o del abuso de posición de dominio¹⁹, perjuicio cuya existencia es un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo la repercusión “aguas abajo”.

La división entre los ordenamientos jurídicos que deben regir los elementos constitutivos de la acción y elementos de aplicación defendida por distintos Abogados Generales²⁰ dan soporte a esta decisión. Estas Directrices no versan ni sobre la conducta reprochable del infractor del derecho de la competencia, ni sobre la realidad del perjuicio sufrido, ni sobre el nexo causal entre conducta y daño, sino que tratan la cuantificación de una conducta económica que afectará al alcance del daño. Por ello, se trata de un elemento regido por los derechos nacionales de los Estados miembros y la práctica de sus propios tribunales. Por esto, estas Directrices guían, pero no modifican la legislación interna.

Asimismo, su función es asistencial para la valoración de los informes periciales. Presenta, por este motivo, una lista no exhaustiva de métodos para calcular el daño y permite a los tribunales aceptar operaciones de cuantificación elaboradas con otras técnicas.

Por ello, considero adecuado el uso de un documento no vinculante. En otro caso, podría afectarse negativamente el derecho de las partes a presentar las pruebas que considere adecuadas con la información que conste en su poder o que pueda razonablemente obtener.

2. La cuantificación del perjuicio repercutido

La Comisión ilustra la repercusión con un sencillo ejemplo hipotético de un cártel de fijación de precios en el mercado del cobre y cómo se repercute el sobreprecio en el sector del automóvil. Describe la repercusión como el incremento del precio del producto que utiliza el insumo cartelizado.

En el ejemplo concreto, la empresa A es productora de cobre e integrante de un cártel consistente en la fijación del precio de este material a un nivel supracompetitivo. Esta sería la infractora. La empresa B se dedica a proveer piezas de automóvil y utiliza el cobre de la empresa A para la fabricación de los haces de cables. Esta sería la compradora directa. La empresa C es un fabricante de automóviles que adquiere los productos de B y sería la compradora indirecta. El sobrecoste es la diferencia entre el precio pagado por B y el que habría pagado sin la infracción. La conducta calificada como repercusión del sobrecoste es el incremento del precio de B a C.

La Comisión recuerda que la repercusión puede continuar más allá del primer comprador indirecto²¹ y que el aumento del precio puede ir acompañado, en función de las características del mercado, de una reducción de la demanda y de las ventas.²²

¹⁹ Es cierto, no obstante, que los apartados 161 a 171 de la Guía Práctica se ocupan de la repercusión del sobrecoste.

²⁰ En concreto, el AG Van Gerven en sus conclusiones de 27 de octubre de 1993 en el asunto C-128/92, Banks, apartados 50 y ss.; la AG Kokott en sus conclusiones de 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12, Kone, apartado 23; el AG Wahl en sus conclusiones de 6 de febrero de 2019 en el asunto C-724/17, Skanska, apartado 40; y la AG Kokott en sus conclusiones de 29 de julio de 2019 en el asunto C-435/18, Otis y otros, apartado 44.

²¹ Apartado 11 de las Directrices. Esta extensión es también consecuencia del amplio reconocimiento de legitimación activa para los perjudicados por ilícitos concurrentes en el artículo 1 de la Directiva de Daños y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99,

De acuerdo con la Comisión, y como se observa en el ejemplo anterior, las infracciones del derecho de la competencia tienen dos efectos. Por un lado, el efecto precio o sobrecoste que hace referencia a “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”²³ o, dicho de otra forma, a la “diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido”²⁴ sin la infracción. Este se corresponde con el daño emergente. Por otro lado, el efecto volumen, descrito de forma genérica como “perjuicio causado por el hecho de que se compren menos productos o servicios como consecuencia del sobrecoste”²⁵, entre las que se cuenta la disminución de pérdidas causada por la repercusión y que se corresponden con el lucro cesante.

La repercusión del sobrecoste afecta tanto al efecto precio como al efecto volumen²⁶: minoraría el daño emergente por el aumento de los precios e incrementaría el lucro cesante por la reducción de las ventas.

Por ello, la repercusión puede esgrimirse de forma defensiva y ofensiva. En el primer caso, se trata de una excepción opuesta por el infractor para reducir la cuantía de la indemnización y evitar una compensación excesiva. La parte demandada tendrá la carga de probar la existencia y el grado de repercusión.²⁷

En el segundo caso, es el fundamento de la pretensión del comprador indirecto, con independencia del nivel en que se halle, cuyo perjuicio se corresponde con la cantidad que le han repercutido, así como con las ventas que haya, en su caso, perdido. Sin perjuicio de la presunción de repercusión²⁸, la presunción de que los cárteles causan daños²⁹ y de la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de estimar el perjuicio³⁰, la demandante tendrá la carga de probar el daño, el vínculo causal y la cuantía.³¹

En los dos casos, los órganos jurisdiccionales han de tener facultades para estimar la cuantía de la repercusión.³² La Comisión, no obstante, recuerda que no tienen plena libertad para hacerlo,

Courage, apartado 26; sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a 298/04, Manfredi, apartado 61; sentencia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, Otis, apartado 43; sentencia de 5 de junio de 2013, asunto C-557/12, Kone, apartado 22; sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska, apartado 26; sentencia de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17, Cogeco, apartado 40; y sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis y otros, apartado 23).

²² Apartado 10 de las Directrices.

²³ Apartado 15 de las Directrices.

²⁴ Artículo 2.20 de la Directiva de Daños.

²⁵ Apartado 15 de las Directrices.

²⁶ Apartado 16 de las Directrices.

²⁷ Apartados 18 y 21 de las Directrices y art. 13 de la Directiva de Daños. Esta decisión es acorde con los principios generales de la asignación de la carga de la prueba según los cuales la demandante debe probar aquello que sea favorable a su pretensión, mientras que la demandada tiene la carga de demostrar aquellos argumentos que obstan la pretensión de la parte actora.

²⁸ Artículo 14.2 de la Directiva de Daños.

²⁹ Artículo 17.2 de la Directiva de Daños.

³⁰ Artículo 17.1 de la Directiva de Daños.

³¹ Si se trata de una acción de seguimiento o *follow-on*. Si es una acción *stand alone*, la demandante deberá probar también la infracción del derecho de la competencia.

³² Artículo 12.5 de la Directiva de Daños.

sino que están limitados por tres principios. Por un lado, el principio de resarcimiento, según el cual la indemnización debe “devolver a la víctima a la situación en la que se habría encontrado si no se hubiera producido la infracción”³³. Por otro lado, los principios de equivalencia y efectividad, según los cuales no puede ejercerse la pretensión a través de “normas y procedimientos nacionales (...) menos favorables (...) que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional”³⁴ y los procedimientos deben concebirse “de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción del derecho de la competencia”³⁵.

El respeto a estos principios en el ejercicio de la facultad de estimar el perjuicio implica (1) que la imposibilidad de cuantificar no puede ser una causa de desestimación de la pretensión³⁶, (2) que los órganos jurisdiccionales llevarán a cabo esta tarea con la información de que dispongan y (3) que la aproximación debe ser plausible³⁷.

A pesar de que los mercados del ejemplo no son los mismos exactamente, la representación gráfica del fenómeno de la repercusión peca de excesivamente lineal. La construcción puede inducir a error respecto a qué debe entenderse por traslado relevante del sobrecoste y contradecir qué se entiende por repercusión desde un punto de vista económico. La consecuencia de esta percepción, a mi entender, equivocada puede ser doble. Por un lado, si un sujeto que ha repercutido ejerce una pretensión de daños y el órgano jurisdiccional inadmite de pleno la excepción alegada por la parte demandada, en caso de estimación total, la demandante recibirá una indemnización superior al perjuicio efectivamente sufrido.

Por otro lado, algunos compradores indirectos podrían ver afectado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si se inadmite su demanda por entender que no tiene una pretensión contra los infractores.³⁸ Esto podría provocar una restricción artificial de las personas con legitimación activa al limitarla a aquellos que se encuentren en un eslabón inferior del mismo mercado. También podría constituir una infracción del mandato de la Directiva de Daños de conceder una pretensión a todos los afectados por una infracción con independencia del nivel de la cadena de producción en que se encuentren, pues en su definición no se aprecia límite alguno. La corrección de esta concepción errónea puede encontrarse en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Otis y otros”³⁹. Allí, el tribunal reconoce legitimación activa a entidades que no participan en el mercado afectado por la infracción, sin perjuicio de que tenga que demostrar la concurrencia del resto de requisitos para la concesión de la indemnización.

³³ Apartado 31 de las Directrices.

³⁴ Así está definido el principio de equivalencia en el artículo 4 de la Directiva de Daños.

³⁵ Así está definido el principio de efectividad en el artículo 4 de la Directiva de Daños.

³⁶ Apartado 33 de las Directrices.

³⁷ Las implicaciones (2) y (3) están recogidas en el Apartado 34 de las Directrices.

³⁸ Cuestión distinta y situación en la que no se vería vulnerado ningún derecho fundamental sería que no pudiesen probar los elementos de la pretensión. En este caso, la referencia es exclusiva a la admisión de la demandada y el inicio del procedimiento.

³⁹ Sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-435/18, Otis y otros. En este caso, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial elevada en el marco de uno de los procesos civiles iniciados por el ejercicio de una pretensión de daños contra los integrantes del cártel austríaco de ascensores y escaleras mecánicas. Concretamente, la actora es una entidad administrativa que subvencionó parcialmente la construcción de edificios con ascensores cuyo precio estaba cartelizado.

La facultad de estimación, reconocida en la Directiva de Daños y enfatizada en las Directrices, permite avanzar hacia un escenario de compensación efectiva cuando haya quedado acreditado la existencia de un perjuicio y/o de una repercusión, pero la cuantificación continúe siendo excesivamente difícil o prácticamente imposible. Mientras que no se pone en duda esta posibilidad en caso de ejercicio de la pretensión por parte de los compradores indirectos, hay dudas respecto a esta facultad cuando se opone la excepción.⁴⁰

Por un lado, la letra de la Directiva y de algunas normas de transposición, como la española, parecen estar a favor de permitir la estimación del perjuicio repercutido para reducir el daño emergente. Por otro lado, esta posibilidad puede ser contraria al principio de efectividad, puesto que puede tornar imposible el éxito de las acciones al estimar “falsas excepciones” y generalizar la infracompensación de los compradores directos e indirectos y la impunidad de los infractores. Ahora bien, los requisitos específicos para la admisión de la defensa pueden paliar este efecto. Por ello, considero que también debe permitirse la estimación en este contexto siempre que la demandada haya cumplido con el estándar de prueba de la existencia de la repercusión.

3. Los elementos de prueba

Cualquiera de los métodos que propone la Comisión -y que próximamente presentaré- requiere un complejo análisis jurídico y económico.

Los elementos de prueba que pueden utilizar las partes para acreditar la existencia y la extensión de la repercusión son de dos clases:

- a) Por un lado, las pruebas cualitativas, que permiten comprender las estrategias de la empresa en relación con los precios. Entre otras nos encontramos con (1) contratos, (2) documentos internos, (3) informes financieros y contables, (4) declaraciones de testigos, (5) informes periciales y (6) informes sectoriales o estudios de mercado.⁴¹
- b) Por otro lado, las pruebas cuantitativas, utilizadas para aproximar la cuantía de la repercusión y para aplicar técnicas econométricas. Estas serían: (1) precios de venta, precios minoristas y precios pagados por los consumidores finales del producto relevante y en el mercado comparativo, (2) informes financieros, (3) informes periciales, (4) precios regulados, en su caso, (5) volumen de ventas, (6) descuentos y (7)

⁴⁰ En el caso concreto de España, no parece que haya duda según la legislación aplicable: la facultad de estimar el perjuicio repercutido debe hacerse “con arreglo a derecho” (art. 78.2 Ley de Defensa de la Competencia), mientras que esta mención expresa no se encuentra cuando la ley faculta a los tribunales a estimar el daño sufrido por la demandante (art. 76.2 Ley de Defensa de la Competencia). Esta distinción puede ser una forma de compensar la asimetría informativa y para evitar el exceso de falsos negativos, esto es, de admisiones de la existencia de repercusión donde no ha podido haberla. Ver, en este sentido, el considerando 46 de la Directiva de Daños. En contra de esta opinión, Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA (2020), “La defensa de la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del Derecho de la Competencia: problemas de prueba”, *Almacén de Derecho*, 15.06.2020, <https://almacendederecho.org/la-defensa-de-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia-problemas-de-prueba>, consultado el 03.07.2020.

⁴¹ Esta lista está extraída del apartado 37 (primer guión) de las Directrices.

otros costes del insumo cartelizado y el resto de elementos de coste del producto o servicio ofrecido.⁴²

Los informes periciales, en función de la legislación nacional, puede ser elaborados por expertos designados por las partes, por el órgano jurisdiccional o por todos los anteriores. Sin perjuicio de la posible tacha del perito parcial, el poder de convicción del informe dependerá del cumplimiento con las buenas prácticas en este ámbito, es decir, “si expone los supuestos relevantes y las predicciones de sensibilidad a las variaciones de estos supuestos”⁴³, así como si parte de presupuestos aceptables.

Tanto la demandante como la demandada tienen la obligación de utilizar toda aquella documentación que obre en su poder para fundamentar su pretensión. Asimismo, cuentan con las nuevas normas de exhibición de medio de prueba para poder alcanzar los estándares de prueba de sus respectivas alegaciones.⁴⁴ Esta última posibilidad, no obstante, puede verse coartada por los límites de razonabilidad y proporcionalidad de la exhibición derivados del artículo 5 de la Directiva de Daños.⁴⁵

Este derecho a solicitar la exhibición incluye documentos que obren en poder de la futura contraparte y de terceros. La solicitud debe ser determinada en cuanto a su contenido y puede alcanzar documentos “que contengan información confidencial”⁴⁶. El órgano jurisdiccional velará para que la exhibición sea proporcional y proteja los intereses legítimos de la parte requerida. Puede, incluso, implantar medidas para la protección de la información confidencial. Las partes también pueden obtener información de dos fuentes alternativas adicionales. Por un lado, del expediente de la autoridad de la competencia⁴⁷, si bien la Comisión reconoce en las Directrices que es “una medida de último recurso” con un alcance limitado y que puede ser más “relevante para la cuantificación del sobre coste”⁴⁸ que de la cuota repercutida, pues en este estadio podemos hallarnos, al menos, dos niveles por debajo de la infracción en la cadena de producción y alejados del objeto de la investigación. Por otro lado, las resoluciones judiciales dictadas en el marco de otros procedimientos vinculados a la misma infracción.⁴⁹ La influencia, en este caso, dependerá del órgano que la ha dictado.⁵⁰

⁴² Esta lista está extraída del apartado 37 (segundo guión) de las Directrices.

⁴³ Apartado 39 de las Directrices.

⁴⁴ Arts. 5 y 6 Directiva de Daños y, en España, arts. 283 bis a) a h) Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁵ Siempre sin perjuicio de la necesidad de respetar los principios de efectividad y equivalencia. El primero, en concreto, puede favorecer a los compradores indirectos que ejerzan sus pretensiones indemnizatorias contra los infractores, pues este ejercicio no puede tornarse excesivamente difícil ni imposible como consecuencia de los problemas derivados de la cuantificación.

⁴⁶ Apartado 43 de las Directrices.

⁴⁷ Apartado 44 de las Directrices.

⁴⁸ Apartado 44 de las Directrices.

⁴⁹ Apartado 45 de las Directrices.

⁵⁰ Sobre la aportación de sentencias como prueba en las acciones de daños, recomiendo la lectura de las siguientes entradas de Francisco Marcos en Almacén de Derecho: Francisco MARCOS (2020), “Aportación de sentencias como prueba en los litigios causados por el cártel de los fabricantes de los camiones (I), (II) y (III)”, *Almacén de Derecho*, 16.03.2020, <https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-i>; 18.03.2020, <https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-ii-precedentes-judiciales>; y 31.03.2020, <https://almacendederecho.org/aportacion-de-sentencias-como-prueba-en-los-litigios-de-danos-causados-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones-y-iii-sentencias-extranjeras>.

Por su complejidad, este es uno de los elementos clave en la alegación de la repercusión, especialmente de forma defensiva. En caso de que los informes no convenzan al órgano jurisdiccional, como he expuesto antes, el tribunal podrá estimar el perjuicio sufrido – incluyendo aquí la cantidad repercutida- siempre que las partes hayan cumplido con el esfuerzo probatorio esperado y exigible.

4. La teoría económica de la repercusión

La Comisión explica algunas circunstancias relevantes para la posibilidad de la repercusión. Para ello, recurre a la teoría económica y, en concreto, presenta los siguientes factores: la naturaleza de los costes, la elasticidad de la demanda, la intensidad de la competencia en el mercado del repercutidor, los costes de ajuste de precios, la proporción de coste afectado por la infracción en el precio y el poder de la demanda.⁵¹

La naturaleza de los costes afectados por la infracción es un factor determinante para la posibilidad de repercutir y la medida en que ocurra. Los costes pueden ser fijos, que no varían en función de la producción, o variables, en caso de que se vean afectados si cambia la cantidad de insumos producidos. Mientras que en el corto plazo únicamente los segundos podrán ser repercutidos, a largo plazo los dos podrían trasladarse. Como regla general, los sobrecostes que afecten a costes variables son los relevantes a efectos de una posible repercusión.⁵²

La elasticidad de la demanda es el segundo factor a tener en cuenta en la decisión de trasladar el sobrecoste. En función de la posición del comprador directo en el mercado y del tipo de producto o servicio, la reacción de la demanda ante un cambio de precio será más o menos sensible. Una demanda elástica reducirá las probabilidades de la repercusión, porque los clientes cambiarán de proveedor y perderá sensiblemente su demanda. Ahora bien, una demanda inelástica incrementa la probabilidad de traslado, porque la posibilidad de movimientos en el lado de la demanda es escasa o, cuanto menos, menor.

La estructura del mercado del comprador directo repercutidor y la intensidad de la competencia en ese mercado son también dos condicionantes para la repercusión. La afectación del sobrecoste es el primer elemento a considerar. La probabilidad de trasladar con éxito depende de la extensión en el mercado del sobrecoste: el alcance sectorial tiene más visos de ser repercutido que uno específico. La competencia en el mercado es el segundo elemento, porque la ferocidad de las interacciones en el mercado reducirá todavía más la posibilidad de repercutir el sobrecoste específico, mientras que la incrementará en el caso del sobrecoste sectorial.

La proporción que representa el coste afectado también es relevante. La repercusión de un sobrecoste que afecta en pequeña medida al precio en un mercado competitivo puede no ser rentable y, por tanto, acabar absorbido por quien lo haya sufrido.

Los costes de ajuste de precios y el poder de la demanda también son factores a tener en cuenta. Los primeros son aquellos costes que se asocian al proceso de ajuste cuando la empresa va a modificar sus precios y, en función de su magnitud y del precio cuál sería el precio con

⁵¹ Apartado 51 y siguientes de las Directrices.

⁵² Apartado 160 de las Directrices (Anexo 1).

sobrecoste a trasladar, la repercusión será más o menos rentable.⁵³ Respecto a la segunda, cualquier cambio en el precio supondrá tener que negociar con sus clientes, así como unas posibles pérdidas iniciales mientras se reajusta el mercado, que podrán perjudicar más al oferente si existen productos sustitutivos proporcionados por la competencia.

La teoría económica de la repercusión también afirma que la trasladar un sobrecoste “aguas abajo” suele llevar aparejada una reducción en las ventas. Esta se conoce como “efecto volumen”. Los principales elementos que pueden influir la magnitud del lucro cesante son la sensibilidad de la demanda⁵⁴ y la reacción de los competidores ante el sobrecoste, en caso de ser sectorial.

Este apartado y el anexo son, en mi opinión, claves para el análisis de los informes periciales aportados por las partes. Tanto los órganos jurisdiccionales como los abogados de las partes pueden recurrir a los argumentos de la teoría económica para poner en tela de juicio la robustez del informe en función de sus fundamentos y presupuestos antes si quiera de recurrir a la crítica a la cuantificación presentada y a los datos utilizados para alcanzarla.

5. La cuantificación de los efectos de la repercusión

La cuantificación del sobrecoste sufrido, del repercutido y de las ventas perdidas puede realizarse de forma secuencial y utilizando los mismos métodos.⁵⁵ En los tres casos, es necesario utilizar un escenario contrafáctico con la situación del mercado sin la infracción⁵⁶ para “asilar los efectos de la infracción de otros factores que afectan al precio”⁵⁷ y así determinar con mayor exactitud del perjuicio causado.

Para ello, las partes recurrirán a peritos económicos, que utilizarán las pruebas cuantitativas y cualitativas -a su disposición u obtenidas tras solicitar el acceso a fuentes de prueba en poder de la demandada o de terceras personas- para elaborar este escenario sin infracción y proporcionar una cuantificación. Los tribunales valorarán los informes, en concreto, sus presupuestos, su metodología y su concordancia con la teoría económica, para dotarles de credibilidad y, en su caso, estimar su propuesta.

5.1. Métodos para cuantificar el sobrecoste repercutido

La Comisión propone tres métodos para la cuantificación del perjuicio repercutido: los comparativos, el cálculo de la proporción de repercusión y la simulación del mercado. La característica común de todos ellos es que permiten calcular la cuantía a partir de datos cuantitativos.⁵⁸

⁵³ Apartados 186 y 187 de las Directrices (Anexo 1).

⁵⁴ Por tanto, la elasticidad de la demanda puede afectar no sólo al daño emergente y su posible reducción por la repercusión, sino también al lucro cesante porque “la magnitud del efecto volumen se ve directamente afectada por la sensibilidad de los precios de la demanda” (Apartado 169 de las Directrices (Anexo 1)).

⁵⁵ Apartados 69 a 73 de las Directrices.

⁵⁶ Como el mismo mercado sin infracción no puede observarse, se trata de un escenario hipotético. Apartado 67 de las Directrices.

⁵⁷ Apartado 66 de las Directrices.

⁵⁸ Apartado 84 de las Directrices.

a. Métodos comparativos

El uso de los métodos comparativos consiste en calcular la proporción repercutida mediante la comparación del precio durante el periodo de infracción en el mercado afectado con el precio fijado en el mismo mercado o en un mercado similar, que harían de escenario contrafáctico. En los dos casos, idealmente, debería tratarse de mercados no afectados por la infracción.⁵⁹

Los métodos comparativos pueden enfocarse de tres formas: comparación temporal o diacrónica, comparación geográfica o entre diferentes mercados y una combinación de las anteriores, conocida como “diferencias en diferencias”.

La comparación diacrónica consiste en estudiar y observar la evolución del precio en el mercado afectado en diferentes momentos, esto es, antes de que se cometiera la infracción, durante esta y después. En este caso, el supuesto contrafáctico sería el mismo mercado (y, supuestamente, el más próximo a la realidad).

En la comparación geográfica o enfoque transversal, se compara el mercado afectado con otro mercado geográficamente diferente. Las características similares compartidas por los mercados, salvo por la existencia de infracción, justificaría el uso del comparativo como escenario contrafactual.

El enfoque de “diferencias en diferencias” combina la comparación temporal y geográfica. En este, se compara cómo ha evolucionado una variable seleccionada a lo largo del tiempo en el mismo mercado y en un mercado no afectado durante el mismo periodo temporal. El enfoque comparte las justificaciones de los anteriores y, además, permite “descartar los cambios que no guardan relación con el efecto precio relacionado con la repercusión que se produjeran durante el mismo periodo”⁶⁰.

La Comisión reconoce que, en la práctica, la comparación resultante de estos enfoques puede precisarse, si los datos a disposición de las partes lo permiten, mediante el uso de técnicas econométricas, como sería el análisis de regresión⁶¹. Si el recurso al análisis econométrico no es posible por sus costes, puede ajustarse la cuantía repercutida tras la comparación con el uso de pruebas cualitativas, como la política de precios⁶². Asimismo, cuando el recurso a la econometría no sea viable, puede optarse por aplicar un descuento prudencial, esto es, “ajustar un importe que tendría suficientemente en cuenta las incertidumbres en el cálculo a partir de los datos observados”⁶³.

⁵⁹ Apartado 88 de las Directrices.

⁶⁰ Apartado 99 de las Directrices.

⁶¹ En el apartado 101 de las Directrices está definido como “técnica estadística que ayuda a analizar las pautas en la relación entre variables económicas”.

⁶² Apartado 108 de las Directrices. Ahora bien, en el apartado 109 de las Directrices, la Comisión añade la siguiente advertencia lógica: “Por otra parte, al evaluar las políticas de precios, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta si se ha aplicado realmente la política de precios de la empresa de que se trate (...)”.

⁶³ Apartado 111 de las Directrices.

Aunque el método comparativo pueda ser el más próximo a la realidad por presentar un escenario contrafáctico basado en datos de mercados existentes⁶⁴, no está exento de dificultades que pueden cuestionar la validez del resultado aportado.

Primero, puede ser difícil encontrar un mercado que no esté afectado directa o indirectamente por la infracción. En función del alcance de la conducta anticompetitiva, los productos de los mercados comparables pueden contener los mismos insumos cartelizados o insumos cuyo precio esté incrementado como respuesta a la infracción.

Segundo, la dificultad de identificar con precisión el periodo de afectación en el mercado. Aunque la decisión de la autoridad de la competencia señala un periodo de infracción, pueden darse tres escenarios que tornen estas fechas inexactas. Por un lado, es posible que la conducta anticompetitiva se iniciara antes del periodo establecido y/o finalizara con posterioridad a él. Por otro lado, los efectos de la conducta pueden persistir a pesar de haberle puesto fin. Finalmente, los operadores en el mercado pueden retrasar la repercusión del sobrecoste, en el supuesto de poder ejecutarla.

b. Método de la proporción de repercusión

El enfoque de la proporción de la repercusión es el segundo método propuesto por la Comisión y consiste en el análisis de la influencia de las variaciones en los costes de una empresa en los precios fijados antes o después del periodo de infracción.

Este cálculo parte de la premisa de que las variaciones en los costes se repercuten en idéntica proporción con independencia de la relevancia del coste y de la magnitud del cambio en los precios. A diferencia del método comparativo, este no permite la determinación de la existencia de una repercusión efectiva ni la observación del reflejo de las variaciones en el precio establecido en el mercado aguas abajo, sino que presenta una cuantía repercutida basada en que los cambios en los costes afectarán en todo caso a los precios de venta de la demandante.

El insumo afectado por la infracción concurrencial es un componente del coste marginal. Ahora bien, y esto es una flaqueza de este método, no significa que cualquier modificación afecte al precio fijado por tres motivos. Primero, la viabilidad de la repercusión depende de la importancia relativa del insumo en el coste del producto.⁶⁵ Segundo, los costes de ajustes de precio modificarán el momento y el alcance de la repercusión.⁶⁶ Tercero, la política comercial del comprador que supuestamente ha repercutido debe contemplar la posibilidad de repercutir los incrementos en sus costes.⁶⁷

La Comisión pone de manifiesto otro problema de este método. Si no se tienen en cuenta las variaciones en los precios como consecuencia de otros factores o componentes de los costes no relacionados con la infracción, los resultados serán inexactos y llevar a la errónea consideración de que se ha producido la repercusión.

⁶⁴ Apartado 120 de las Directrices.

⁶⁵ Apartado 124 de las Directrices.

⁶⁶ Apartado 125 de las Directrices.

⁶⁷ Apartado 126 de las Directrices.

c. Método de simulación

Finalmente, la Comisión propone la simulación como último método para cuantificar el perjuicio repercutido. Para ello, hay que desarrollar un modelo de la situación del mercado en la fase en la que opera la demandante y permite calcular el perjuicio (daño emergente y lucro cesante) sufrido por la demandante, así como determinar el grado de traslado aguas abajo.

El principal problema es la cantidad de datos sobre el mercado (esencialmente, de precios) necesaria para elaborar una simulación próxima a la realidad.

5.2. Los métodos propuestos para cuantificar el lucro cesante

El efecto volumen hace referencia a las ventas perdidas causadas por el incremento del precio consecuencia de la repercusión. El concepto de daño asociado es, por tanto, el lucro cesante. De acuerdo con la Comisión, su cuantificación es tan relevante como la del daño emergente para asegurar el pleno resarcimiento y “evitar una reparación excesiva o insuficiente”⁶⁸.

La cuantificación del efecto volumen requiere evaluar, por un lado, la medida en que ha variado la cantidad vendida como consecuencia del aumento del precio y, por otro lado, el margen contrafactual.

La Comisión propone tres métodos diferentes para cuantificar el efecto volumen: el método comparativo, el enfoque de la elasticidad y la simulación.

a. El método comparativo

Para calcular el efecto volumen, es necesario contar con información sobre (1) la cantidad del producto que ha vendido la empresa afectada por el sobrecoste, (2) el volumen que hubiera vendido en el escenario contrafáctico y (3) el margen que hubiera obtenido en el escenario sin infracción, esto es, sin sobrecoste y sin repercusión.

Siguiendo este método, el cálculo consiste en la multiplicación del margen del escenario contrafáctico por la reducción del volumen de ventas o las ventas perdidas como consecuencia de la repercusión. Aquí, igual que en el caso del cálculo del perjuicio repercutido mediante la comparación, el mercado comparativo puede ser el mismo antes o después de la infracción, un mercado geográficamente distinto o una unión de los dos aplicando la “diferencia en diferencias”.

El principal problema de este enfoque es hallar un mercado similar respecto a sus características más relevantes para el cálculo de los beneficios. Entre otras, estas serían el nivel de competencia existente y la estructura de costes de las empresas.⁶⁹

⁶⁸ Apartado 134 de las Directrices.

⁶⁹ Apartado 145 de las Directrices.

b. El enfoque de elasticidad y la simulación

El enfoque de la elasticidad consiste en combinar “el 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”⁷⁰.

En función de la elasticidad de la demanda⁷¹ y la evolución de los precios en el mercado relevante, el volumen de ventas de la empresa reproductora se verá afectado en mayor o menor medida. Este método evalúa la afectación a los precios de los operadores en el mercado y la sensibilidad de su demanda. El cálculo efectivo del efecto volumen consiste en multiplicar “la pérdida de volumen por el margen contrafáctico”⁷².

Hallar el margen contrafáctico requiere tener acceso a una cantidad ingente de datos que pueden no estar a disposición de la demandante en el caso concreto. Por ello, considera la Comisión que puede ser suficiente el recurso a otras fuentes de prueba como anteriores estudios de mercado o documentos internos.

Finalmente, también puede recurrir al uso de modelos económicos para simular el mercado sin infracción basándose en el precio fijado y el precio que hubiera fijado ausente la infracción. En este caso, el paso final para cuantificar el perjuicio será identificar cuál sería el volumen contrafáctico.

Los principales problemas de estos métodos son la información necesaria y el partir de premisas acertadas para desarrollar un modelo realmente parecido al hipotético escenario sin cártel. Aunque la Comisión prevé el recurso a información antigua, señala que no siempre es adecuado pues la información obtenida puede ser imprecisa, especialmente cuando “el mercado del asunto de que se trate es diferente al descrito en los estudios en términos de estructura de mercado”⁷³.

En mi opinión, la Comisión acierta en la propuesta de estos métodos de cuantificación. Primero, recurre a los mismos que ya propuso en la Guía Práctica y así dirige a las posibles demandantes y demandadas hacia el uso de un método específico.

Segundo, proporciona herramientas a los tribunales y a los peritos de las partes contrarias para que puedan comentar críticamente tanto el procedimiento seguido como el resultado presentado en los diferentes informes. Tercero, permite a los jueces valorar la dificultad para cuantificar en cada caso concreto, en relación con la información que tenían las partes a su disposición, para valorar si han cumplido con los requisitos de actividad investigadora y probatoria y, por tanto, el tribunal puede optar por estimar el perjuicio.

Cuarto, ilustra a los órganos jurisdiccionales sobre el funcionamiento de cada método para, en función de la documentación que tenga disponible, poder decantarse por uno de ellos y hacer

⁷⁰ Apartado 146 de las Directrices.

⁷¹ La “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” (apartado 146 Directrices).

⁷² Apartado 147 de las Directrices.

⁷³ Apartado 151 de las Directrices.

una estimación razonable del sobrecoste, de la parte repercutida y, en su caso, del lucro cesante.

6. La elección del método

La elección definitiva del método utilizado para cuantificar los elementos del daño (sobrecoste inicial, repercusión y efecto volumen) dependerá de la información a disposición de cada parte y de aquella que pueda razonablemente obtener de la otra o de terceras personas.

No es extraño que las partes opten por enfoques diferentes que proporcionen resultados divergentes. En estos casos, la Comisión recomienda “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”⁷⁴. Asimismo, la Comisión también recuerda que la exactitud cambia en función de la técnica de cuantificación por la información necesaria para proporcionar un resultado.

Finalmente, la Comisión presenta dos conclusiones. Por un lado, no puede considerarse que un método de cuantificación, incluido o no en las Directrices, sea mejor que el resto.⁷⁵ Por otro lado, las pruebas directas también pueden ser suficientes (i) para el cálculo del perjuicio repercutido y del lucro cesante, con algunos ajustes, sin tener que recurrir a análisis econométricos o de regresión, y (ii) para decidir qué informe presentado tiene mayor poder de convicción para el órgano jurisdiccional.⁷⁶

7. Conclusiones

A la vista de su contenido, considero que la publicación de las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto es, además del cumplimiento del mandato de la Directiva de Daños, una necesidad para las víctimas que se planteen ejercer individual o colectivamente sus pretensiones y para los órganos jurisdiccionales que deberán resolver las acciones interpuestas.

También creo que es un documento útil desde el punto de vista de la demandada para la preparación de la excepción de repercusión del sobrecoste. Ahora bien, la experiencia en los tribunales españoles pone en duda su uso por dos motivos. Primero, el argumento principal de defensa era la inexistencia de daño y, a ojos de algunos tribunales, es incompatible con la excepción alegada como argumento subsidiario.⁷⁷ Segundo, porque la mayoría de los rechazos de la excepción se ha debido a una alegación abstracta sin ulterior intento de cuantificación y, por tanto, con un incumplimiento de la carga de la prueba.

Aunque este documento no provocará un incremento en el número de pretensiones ejercitadas, puede incentivar a que algunos compradores indirectos ejerzan sus acciones de daños. Si prueban los presupuestos y los tribunales optan por estimar el perjuicio, estas Directrices pueden ayudarles con este trabajo. Así cumplirían con los objetivos de las acciones de daños

⁷⁴ Apartado 153 de las Directrices.

⁷⁵ Apartado 155 de las Directrices.

⁷⁶ Apartado 156 de las Directrices.

⁷⁷ Por ejemplo, la SJM Pontevedra 188/19, de 16 de octubre, ECLI:ES:JMPO:2019:1145, FJ 4.

derivados de ilícitos concurrenciales⁷⁸: no sólo compensarían a más víctimas, sino que también disuadirían a las compañías de cometer infracciones y fomentarían la competencia en el mercado.

⁷⁸ Sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17, Skanska, apartados 25 y 45.