



Bruselas, XXX
[...] (2013) XXX draft

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

**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**

ÍNDICE

Parte 1 — Contexto y enfoque general para la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia.....	9
I. Contexto legal	9
A. El derecho a reparación.....	9
B. Las disposiciones nacionales sobre cuantificación y la presente Guía práctica.....	10
II. Planteamiento general para la cuantificación del daño en asuntos de competencia	12
III. Estructura de la Guía práctica.....	14
Parte 2 — Métodos y Técnicas	16
I. Generalidades	16
II. Métodos comparativos	17
A. Métodos para establecer un escenario sin infracción.....	18
(1) Comparación diacrónica en el mismo mercado	18
(2) Comparación con datos de otros mercados geográficos	21
(3) Comparación con datos de otros mercados de productos	23
(4) Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados	23
B. Aplicación del método en la práctica: técnicas para estimar el precio u otra variable económica en el escenario sin infracción.....	24
(1) Técnicas sencillas: datos obtenidos individuales, medias, interpolación y ajustes simples.....	25
(2) Análisis de regresión.....	28
a. Concepto y finalidad del análisis de regresión.....	28
b. Ejemplos e ilustraciones.....	29
c. Requisitos para aplicar el análisis de regresión.....	33
(3) Elección de las técnicas.....	36
III. Modelos de simulación, análisis basado en los costes y financiero y otros métodos	37
A. Métodos de simulación	37
B. Métodos basados en los costes y métodos financieros.....	40
C. Otros métodos	43
IV. Elección de los métodos.....	44
Parte 3 — Cuantificación del perjuicio causado por un aumento de precios.....	46
I. Efectos de las infracciones que dan lugar a una subida de precios	46
II. Cuantificación del coste excesivo	48
A. Cuantificación de los costes excesivos causados por cárteles	48
(1) Efectos de los cárteles	48

(2)	Coste excesivo inicial pagado por el cliente directo	50
a.	Comparación diacrónica.....	52
b.	Otros métodos comparativos.....	53
(3)	Repercusión de los costes excesivos	54
B.	Cuantificación de los costes excesivos causados por otros tipos de infracciones que ocasionan perjuicio por coste excesivo	58
III.	Cuantificación del perjuicio causado por el efecto de volumen.....	58
PARTE 4 — Cuantificación del perjuicio ocasionado por las prácticas de exclusión.....		60
I.	Efecto de las prácticas de exclusión.....	60
II.	Cuantificación del daño a los competidores	61
A.	Dimensión temporal de las prácticas de exclusión	61
B.	Planteamiento general de la cuantificación del lucro cesante.....	62
C.	Competidores existentes.....	64
(1)	Comparación diacrónica.....	64
(2)	Otros métodos comparativos.....	68
D.	Evitar la entrada de competidores	68
E.	Reparación por pérdidas futuras.....	70
III.	Cuantificación del daño a los consumidores.....	71
A.	Recuperación de pérdidas	71
B.	Perjuicio a los competidores como clientes de los infractores.....	73
Lista de asuntos citados		74

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

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

PANORÁMICA DEL CONTENIDO

		<i>Apartados</i>
PARTE 1	CONTEXTO Y ENFOQUE GENERAL PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA	0-(1)(A)(1)(B)
I.	CONTEXTO LEGAL	0-0
A.	<i>El derecho a reparación</i>	1-1
B.	El derecho a reparación en la legislación de la UE – principios de efectividad y de equivalencia [0].	
	<i>Disposiciones nacionales sobre cuantificación y la presente Guía práctica</i>	1-0
	Infracción y causa [1]; Contexto nacional y de la Unión en las reclamaciones de daños y perjuicios [2]; Planteamientos pragmáticos en la legislación nacional [□]; Objetivo de las directrices [□]; Estatuto jurídico de las directrices [5-0].	
II.	PLANTEAMIENTO GENERAL PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA	0-19
	Alcance del término «reparación por el perjuicio sufrido» [0,19]; Hipótesis de contraste [11]; Pruebas a las que tienen acceso los tribunales [12]; Fases clave en la cuantificación [11-14]; Incertidumbres inherentes a la cuantificación de daños y perjuicios [14-15].	
III.	ESTRUCTURA DE LA GUÍA PRÁCTICA	0-(1)(A)(1)(B)

PARTE 2	MÉTODOS Y TÉCNICAS	25-124
I.	GENERALIDADES Visión general de distintos métodos [0]; Métodos comparativos [0]; Otros métodos [28].	25-28
II.	MÉTODOS COMPARATIVOS Ejemplo de análisis de un método comparativo [0]; Ventajas del método comparativo [36];	0-94
A.	<i>Métodos para establecer una hipótesis de contraste</i>	37-57
	Comparación diacrónica en el mismo mercado	
(1)	Diferentes puntos de referencia para la comparación [38]; Ajustes de los datos [□]; Elección entre diferentes planteamientos [42]; Punto final de la infracción [42]; Mercados oligopolísticos [44].	37-46
	Comparación con datos de otros mercados geográficos	
(2)	Similitud suficiente entre mercados geográficos [49]; Mercados vecinos [52].	0-52
	Comparación con datos de otros mercados de productos	
(3)	Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados	0-54
(4)	Método de «diferencia en la diferencia» [55]; Ventajas e inconvenientes [57].	55-57
	<i>Aplicación del método en la práctica: técnicas para estimar el precio u otra variable económica en la hipótesis de contraste</i>	
B.	Posibilidad de utilizar directamente los datos disponibles [59]; Necesidad de hacer ajustes (causas alternativas) [60]; Elección entre diferentes planteamientos [61];	0-94
	Técnicas sencillas: datos obtenidos individuales, medias, interpolación y ajustes simples	
(1)	Datos disponibles [63]; Uso de medias [65]; Interpolación lineal [66]; Identificación de factores diferenciadores [0].	0-0
	Análisis de regresión	
	<i>Concepto y finalidad del análisis de regresión</i>	
(2)	Qué es un análisis de regresión [0]; Tipos de regresión [69].	0-87
a.	<i>Ejemplos e ilustraciones</i>	0-71
	Pasos básicos en un análisis de regresión [72-76]; análisis de regresión con variables	

	<p>múltiples (análisis multivariante) [76]; planteamiento predictivo [80].</p> <p><i>b.</i></p> <p><i>Requisitos para aplicar el análisis de regresión</i></p> <p>Datos obtenidos [0]; resolución de incertidumbre (significación estadística) [86-87]; «análisis en forma reducida» [87].</p> <p><i>c.</i></p> <p>Elección de las técnicas</p> <p>Elección de las técnicas de cuantificación y consideraciones de proporcionalidad [91-92].</p>	<p>72-80</p> <p>0-87</p>
(3)		0-94
III.	MODELOS DE SIMULACIÓN, ANÁLISIS BASADO EN LOS COSTES Y FINANCIERO Y OTROS MÉTODOS	0-120
<i>A.</i>	<p><i>Métodos de simulación</i></p> <p>Modelos de mercados oligopolísticos [97]; Uso de modelos de simulación [98]; Ejemplo [100]; Ventajas o inconvenientes del planteamiento [102].</p>	0-104
<i>B.</i>	<p><i>Métodos basados en los costes y métodos financieros</i></p> <p>Planteamiento básico [0]. Determinación de los costes relevantes [106]; Margen de beneficios [110]; Métodos financieros [113-115].</p>	0-115
<i>C.</i>	<p><i>Otros métodos</i></p>	117-120
IV.	ELECCIÓN DE LOS MÉTODOS	0-124
PARTE 3	CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO POR UN AUMENTO DE PRECIOS	0-178
I.	EFFECTOS DE LAS INFRACCIONES QUE DAN LUGAR A UNA SUBIDA DE PRECIOS	0-134
II.	<p>Clientes directos e indirectos [0]; Ejemplos de infracciones [126]; Dos tipos de daños: «coste excesivo» y «efecto de volumen»/«efecto de cantidad» [127].</p>	
<i>A.</i>	CUANTIFICACIÓN DEL COSTE EXCESIVO	0-173
(1)	<p><i>Cuantificación de los costes excesivos causados por cárteles</i></p> <p>Efectos de los cárteles</p> <p>Definición de infracciones de cártel [0]; Indicaciones empíricas/estudios económicos sobre</p>	<p>0-170</p> <p>0-144</p>

<p>(2)</p> <p>Coste excesivo inicial pagado por el cliente directo</p> <p>a.</p> <p><i>Comparación diacrónica</i></p> <p>b.</p> <p>(3)</p> <p>Repercusión del coste excesivo</p> <p>B.</p> <p><i>Cuantificación de los costes excesivos causados por otros tipos de infracciones que ocasionan perjuicio por coste excesivo</i></p> <p>III.</p>	<p>los efectos globales de los cárteles [139-144].</p> <p>Introducción de un ejemplo práctico sobre el daño causado por los cárteles a los clientes directos [146].</p> <p>Aplicación de la comparación diacrónica en el ejemplo práctico [0]; conveniencia de utilizar precios posteriores a la infracción en la comparación [152].</p> <p>Otros métodos comparativos</p> <p>Comparación con precios de un mercado geográfico diferente [0]; precios de un mercado de un producto diferente [159].</p> <p>Repercusión del coste excesivo y disminución de las ventas/efecto de volumen [161]; Defensa «<i>passing-on</i>», o de daños repercutidos, y acciones interpuestas por un consumidor indirecto contra el infractor [163]; Planteamientos para fundamentar sus alegaciones de demandantes y demandados [165]; Características del mercado que pueden influir en el grado de repercusión del coste excesivo [(1)(a)(1)(b)].</p> <p><i>Cuantificación de los costes excesivos causados por otros tipos de infracciones que ocasionan perjuicio por coste excesivo</i></p> <p>CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO POR EL EFECTO DE VOLUMEN</p>	<p>0-159</p> <p><i>0-152</i></p> <p><i>0-159</i></p> <p>0-170</p> <p><input type="checkbox"/>-173</p> <p>174-178</p>
<p>PARTE 4</p>	<p>CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO POR PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN</p>	<p>0-215</p>
<p>I.</p> <p>II.</p> <p>A.</p> <p>B.</p> <p>C.</p>	<p>EFECTO DE LAS PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN</p> <p>Exclusión de los competidores del mercado: cierre del mercado [0]; Efectos de las prácticas de exclusión [180-181].</p> <p>CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LOS COMPETIDORES</p> <p><i>Dimensión temporal de las prácticas de exclusión</i></p> <p><i>Planteamiento general de la cuantificación del lucro cesante</i></p> <p>Formular la hipótesis de contraste [0]; Calcular el lucro cesante [188-189]; posibilidad de interponer demandas únicamente por parte del daño sufrido [190].</p> <p><i>Competidores existentes</i></p>	<p>0-182</p> <p>183-207</p> <p><i>0-186</i></p> <p><i>0-192</i></p> <p><i>0-0</i></p>

(1)	Comparación diacrónica Ejemplo práctico [0-0]; Uso de cuotas de mercado [0];	0-197
(2)	Otros métodos comparativos	0
D.	<i>Evitar la entrada de competidores</i> Problemas específicos [0]; Ejemplo práctico [201-0].	0-204
E.	<i>Reparación por pérdidas futuras</i>	0-207
III.	CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LOS CONSUMIDORES	0-215
A.	<i>Recuperación de pérdidas</i> Ejemplo de un asunto de precios predatorios [0-0]; Ejemplo de empresa excluida [212].	0-213
B.	<i>Perjuicio a los competidores como clientes de los infractores</i>	0-215

CUADRO DE EJEMPLOS ILUSTRATIVOS

El cártel de la harina [0], [146]

Denegación de suministro de un insumo esencial para solventes comerciales [0], [0], [0], [207]

El asunto del equipo médico [202], [204]

Recuperación en un asunto de precios predatorios [210], [213]

Parte 1 — Contexto y enfoque general para la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia

I. CONTEXTO LEGAL

A. *El derecho a reparación*

1. Cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene derecho a reparación por ese perjuicio. El Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que este derecho está garantizado por el Derecho primario de la UE¹. Reparación significa devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción. Por consiguiente, incluye la reparación no solo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses². Se entiende por daño emergente la disminución del patrimonio de una persona; lucro cesante significa que no se ha producido el incremento de ese patrimonio que se habría producido sin la infracción³.
2. Generalmente, las demandas civiles de reparación son juzgadas por órganos jurisdiccionales nacionales⁴. Ante la inexistencia de una normativa de la UE en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reparación garantizado por la legislación de la UE. Esta regulación, sin embargo, no debe hacer excesivamente difícil o imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la UE (principio de efectividad) ni debe ser menos favorable que las que regulan las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de derechos similares conferidos por el ordenamiento jurídico nacional (principio de equivalencia)⁵.

¹ Asunto C-453/99, *Courage*, Rec. 2001, p. I-6297, apartado 26. asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 60; Asunto C-360/2009, *Pfleiderer*, Rec. 2011, p. I-5161, apartado 36 y asunto C-199/11, *Comunidad Europea/Otis NV y otros*, Rec. 2012, pendiente de publicación. Estos asuntos se refieren al artículo 101 TFUE (antes artículo 81 del Tratado CE); no obstante, los mismos principios se aplican también al artículo 102 TFUE (antes artículo 82 del Tratado CE) – véase el asunto C-360/09 *Pfleiderer*, Rec. 2011, p. I-5161, apartado 36.

² Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 95.

³ Véanse las Conclusiones del Abogado General Capotorti en el asunto 238/78, *Ireks-Arkady GmbH/Consejo y Comisión*, Rec. 1979, p. 2955, apartado 9.

⁴ La competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales nacionales suele determinarse por el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p. 1). Este Reglamento ha sido sustituido recientemente por el Reglamento (UE) n° 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), que entrará en vigor en su mayor parte el 10 de enero de 2015. La legislación sustantiva aplicable en un asunto dado a menudo estará determinada por los Reglamentos de la UE, en particular, el artículo 6 del Reglamento (CE) n° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DO L 199 de 31.7.2007, p. 40. Las normas de procedimiento aplicables serán generalmente las vigentes en el país del órgano jurisdiccional que conociere del asunto (*lex fori*). Las acciones de daños y perjuicios pueden también ser dirimidas por tribunales arbitrales y por órganos jurisdiccionales de Estados no pertenecientes a la UE.

⁵ Asunto C-453/99, *Courage*, Rec. 2001, p. I-6297, apartado 29. Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 62.

B. Las disposiciones nacionales sobre cuantificación y la presente Guía práctica

3. En una demanda de compensación por el perjuicio sufrido por una infracción de los artículos 101 o 102 TFUE, los tribunales nacionales tienen que determinar si el demandante ha sido perjudicado por la infracción y, si ese es el caso, el importe que se le concederá como compensación por ese perjuicio⁶. Determinar esto – evaluar y probar la cuantía en las acciones – suele resultar difícil⁷. Generalmente, esta determinación solo es necesaria una vez que el órgano jurisdiccional nacional se ha pronunciado en lo relativo a otros requisitos jurídicos en una reclamación de daños y perjuicios, en particular a propósito de la existencia de una infracción y la relación causal entre la infracción y el daño sufrido por el demandante⁸.
4. El marco jurídico en el que los órganos jurisdiccionales abordan la cuantificación del perjuicio sufrido está definido por el Derecho de la UE y el Derecho nacional, incluidas normas sobre:
 - qué daños se repararán y las disposiciones generales de responsabilidad por las que se rigen las demandas de reparación;
 - los requisitos de dicha causalidad o proximidad que vinculan el acto ilegal y el daño; el Tribunal de Justicia ha aclarado al respecto que, puesto que no existen normas a nivel de la UE en la materia, corresponde al Derecho nacional regular las modalidades de aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad⁹;
 - el marco de procedimiento en el que se dirimen las demandas por daños y perjuicios; las normas nacionales habitualmente disponen la atribución de la carga de la prueba y de las responsabilidades respectivas de las partes para presentar alegaciones factuales al tribunal¹⁰;
 - el nivel probatorio adecuado, que puede variar entre distintas fases del procedimiento, y puede también ser distinto en cuestiones de responsabilidad por daños y perjuicios y en aquellas sobre la cuantía de los mismos;
 - en qué medida y de qué manera están habilitados los tribunales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o consideraciones de equidad; y
 - la admisibilidad y el papel de las pruebas en litigios civiles y su evaluación (y en particular, las pruebas periciales).
5. Dentro de sus respectivos marcos jurídicos, los legisladores y los órganos jurisdiccionales han adoptado a menudo planteamientos pragmáticos a la hora de determinar el importe que se concederá por daños y perjuicios, por ejemplo

⁶ Esta Guía práctica solo se ocupa de la evaluación del daño en el contexto de demandas de compensación financiera (pecuniaria). Aunque la presente Guía no aborda específicamente la determinación de la concesión de reparación en otras acciones civiles, puede aportar pistas útiles a la hora de hacer tal determinación, en particular por lo que se refiere a acciones de restitución.

⁷ Para más detalles, véase el apartado 11 y ss. en la Sección II.

⁸ Artículo 16 del Reglamento 1/2003. La presente Guía no aborda específicamente la cuestión de si determinadas prácticas infringen los artículos 101 o 102 TFUE.

⁹ Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartados 61 y 64; asunto C-453/99, Courage, Rec. 2001, p. I- 6297, apartado 29.

¹⁰ Véase, a modo de ejemplo de atribución de esta carga en asuntos de competencia, Kammergericht Berlin (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín), decisión de 1 de octubre de 2009 en el asunto n° 2 U 10/03 Kart (Vitaminpreise).

estableciendo presunciones. La atribución de la carga de la prueba, por ejemplo, puede cambiar una vez que una parte ha aportado cierta cantidad de hechos y pruebas. La legislación de los Estados miembros también puede disponer que el beneficio ilícito obtenido por la empresa o empresas infractoras desempeñe un papel — ya sea directa o indirectamente — al estimar el daño sufrido por las partes perjudicadas¹¹.

6. El objetivo de la presente Guía práctica será más bien poner a disposición de órganos jurisdiccionales y partes en las demandas por daños y perjuicios indicaciones económicas y prácticas que puedan ser de utilidad al aplicar las normas y prácticas nacionales. Para ello, la Guía da indicaciones sobre el perjuicio causado por prácticas contrarias a la competencia prohibidas por el Tratado e información sobre los principales métodos y técnicas disponibles para cuantificarlo¹². Estas orientaciones pueden ayudar al demandante a presentar alegaciones factuales al tribunal relativas al importe de los daños alegados y puede asistir al demandado al defender su posición frente a las alegaciones del demandante. Las orientaciones pueden también ayudar a las partes a resolver de manera consensuada sus litigios, ya sea dentro o fuera del contexto del procedimiento judicial o de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
7. La presente Guía práctica es puramente informativa, no es vinculante para los tribunales nacionales y no altera las normas jurídicas aplicables en los Estados miembros en las demandas por daños y perjuicios basadas en infracciones de los artículos 101 o 102 TFUE¹³.
8. En particular, si el uso de alguno de los métodos y técnicas descritos en esta Guía práctica y, en tal caso, cuál, se considera adecuado para ser utilizado en un asunto determinado depende de la legislación nacional aplicada de conformidad con los citados principios de efectividad y de equivalencia del Derecho de la UE. Las consideraciones relevantes a este respecto probablemente incluyan:
 - si determinado método o técnica cumple el nivel exigido por el Derecho nacional;
 - si la parte a la que corresponde la carga de la prueba dispone de datos suficientes para aplicar el método o técnica; y
 - si la carga y los costes que conlleva son proporcionales al valor de los daños y perjuicios que se solicitan.

Pueden surgir excesivas dificultades para ejercer el derecho a solicitar la reparación de daños y perjuicios garantizada por la legislación de la UE y, por consiguiente, inquietud en cuanto al principio de efectividad, por ejemplo, por los costes desproporcionados o los requisitos excesivamente severos en cuanto al grado de certeza y precisión de una cuantificación del daño sufrido¹⁴.

9. Nada en esta Guía práctica debe entenderse como un alegato en contra del uso de planteamientos más pragmáticos, ni como una mayor o menor exigencia en cuanto al

¹¹ Véase el apartado 146 en la parte 3.

¹² Al preparar esta Guía a la Comisión le han sido de utilidad diversos estudios realizados fuera, así como las observaciones de expertos externos; véase <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Tampoco afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros y personas físicas o jurídicas en virtud del Derecho de la UE.

¹⁴ Véanse también los apartados 14 y 15.

nivel probatorio o el nivel de detalles de los hechos presentados exigidos a las partes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En realidad, puede ser suficiente con que las partes presenten hechos y pruebas sobre la cuantía de los daños y perjuicios menos detallados que los métodos y técnicas abordados en esta Guía práctica.

10. Cabe también señalar que las perspectivas económicas del perjuicio causado por infracciones contrarias a la competencia y los métodos y técnicas para cuantificarlo pueden ir cambiando con la investigación teórica y empírica y la práctica judicial en este ámbito. Por tanto, esta Guía no debe considerarse exhaustiva.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA

11. La reparación del daño sufrido pretende devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no se hubieran infringido los artículos 101 o 102 TFUE: la situación actual de la parte perjudicada debe compararse con la situación en la que habría estado de no ser por la infracción. A esta evaluación se la denomina a veces análisis del factor distintivo único.
12. La cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción. Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real. A este escenario de referencia se lo denomina «escenario sin infracción» o «hipótesis de contraste».
13. En un asunto concreto, el punto de partida para determinar si la infracción ha perjudicado de hecho al demandante y, en caso afirmativo, la cuantía de ese perjuicio, son las particularidades del asunto en cuestión y las pruebas de que disponga el tribunal (incluidas las decisiones de las autoridades de competencia). La (presunta) infracción concreta en cuestión y cómo afecte a un mercado particular se sitúa en el principio de cualquier determinación de la cuantía del daño causado por la infracción.
14. En un asunto concreto, los tribunales nacionales pueden utilizar pruebas directas relevantes para la cuantificación del daño, tales como documentos presentados por una empresa infractora sobre incrementos acordados de precios o evaluar la evolución de su situación en el mercado. También puede utilizarse el interrogatorio de testigos. La disponibilidad de tales pruebas puede desempeñar un papel importante cuando un tribunal decida si alguno y, en tal caso, cuál, de los métodos y técnicas expuestos a continuación pueden ser utilizadas por las partes para cumplir el nivel probatorio requerido con arreglo a la legislación aplicable.
15. El tipo de daño por el que el demandante solicita reparación determina qué clase de variables económicas (como precios, volumen de ventas, beneficios, costes o cuotas de mercado) deben ser tenidas en cuenta. Por ejemplo, en un cártel que dé lugar a precios más elevados para los clientes de los participantes en el mismo, deberá estimarse un precio sin la infracción para establecer un punto de comparación con el precio realmente pagado por dichos clientes. En un asunto de abuso de posición dominante que excluya del mercado a los competidores, los beneficios no percibidos por esos competidores pueden medirse comparando su volumen de negocios y sus márgenes de beneficios reales con el volumen de negocios y los márgenes de beneficios que probablemente habrían generado sin la infracción.

16. Es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 o 102 TFUE. Los precios, los volúmenes de ventas y los márgenes de beneficios dependen de una serie de factores e interacciones complejas, a menudo estratégicas, entre los participantes en el mercado que no es fácil estimar. Así pues, la estimación del hipotético escenario sin infracción se basará, por definición, en una serie de supuestos¹⁵. En la práctica, la indisponibilidad o la inaccesibilidad de los datos a menudo vendrá a sumarse a esta limitación intrínseca.
17. Por estas razones, la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor «verdadero» del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones¹⁶. Las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar estas limitaciones inherentes en la cuantificación del perjuicio en demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE de acuerdo con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de manera que el ejercicio del derecho a solicitar daños y perjuicios garantizado por el Tratado no sea excesivamente difícil o imposible en la práctica.
18. Esta Guía expone una serie de métodos y técnicas que se han desarrollado en la economía y la práctica jurídica para establecer un escenario de referencia adecuado y estimar el valor de la variable económica de estudio (por ejemplo, en un cártel de precios, el precio que probablemente se habría cobrado por el producto si no se hubiera producido la infracción)¹⁷. Estos métodos y técnicas están basados en distintos planteamientos y pueden variar en cuanto a los supuestos subyacentes y la diversidad y detalle de los datos necesarios. Difieren también en la medida en que controlan otros factores que no sean la infracción que pueden haber afectado a la situación del demandante. Como resultado, la aplicación de estos métodos y técnicas puede ser más o menos difícil, laboriosa y costosa.
19. Una vez estimado el valor de la variable económica pertinente (tales como el precio, los márgenes de beneficios o el volumen de ventas) en el escenario sin infracción hipotético, es necesario compararla con las circunstancias reales (es decir, el precio realmente pagado por la parte perjudicada) para cuantificar el perjuicio causado por la infracción de los artículos 101 o 102 TFUE.

¹⁵ El Tribunal de Justicia ha reconocido los límites e implicaciones de tal evaluación de una situación hipotética (en el contexto de cuantificar el lucro cesante en una acción de daños y perjuicios contra la Comunidad Europea en el sector agrícola): «el lucro cesante no es el fruto de un simple cálculo matemático, sino el resultado de una operación de valoración y de análisis de datos económicos complejos. El Tribunal de Justicia debe en efecto valorar unas actividades económicas de naturaleza en gran parte hipotética. Dispone por tanto, al igual que el Juez nacional, de un margen de apreciación considerable, tanto en lo que respecta a las cifras y datos estadísticos que hay que tomar en consideración, como, sobre todo, en lo relativo a su utilización para el cálculo y valoración del perjuicio», véanse los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90 Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 79.

¹⁶ A modo de ejemplo de la reconstrucción de una hipótesis de contraste por un tribunal nacional y las cuestiones que plantean los supuestos subyacentes véase, por ejemplo, *Competition Appeal Tribunal (Tribunal de Apelación de la Competencia, Reino Unido)*, decisión de 28 de marzo de 2013 en el asunto n° 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig*).

¹⁷ Véase la parte 2.

20. La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción¹⁸. Estos efectos son la depreciación monetaria¹⁹ y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición²⁰. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados.

III. ESTRUCTURA DE LA GUÍA PRÁCTICA

21. La base de una demanda por daños y perjuicios es la alegación de que una infracción de los artículos 101 o 102 TFUE tuvo consecuencias adversas para la situación del demandante. En términos generales, pueden distinguirse dos categorías principales de efectos lesivos de tales infracciones:

- (a) Las infracciones pueden dar lugar a un aumento de los precios pagados por los clientes de las empresas infractoras²¹. Entre las infracciones que producen este efecto están las infracciones de cártel del artículo 101 del TFUE, como la fijación de precios, el reparto de mercado o los cárteles que limitan la producción. Los abusos de posición dominante a tenor del artículo 102 TFUE también pueden tener el mismo efecto.

El aumento de los precios significa que los clientes que compran el producto o el servicio afectado²² pagan un precio excesivo. Además, un aumento de los precios puede asimismo dar lugar a una menor demanda y puede conllevar un lucro cesante para los clientes que utilizan el producto en sus propias actividades comerciales²³.

- (b) Las empresas pueden también infringir los artículos 101 y 102 TFUE mediante prácticas ilegales que excluyen a los competidores de un mercado o reducen su cuota de mercado²⁴. Ejemplos típicos son los abusos de posición dominante mediante el estrechamiento de márgenes, los precios predatorios o la vinculación, o ciertos acuerdos verticales de exclusividad entre proveedores y

¹⁸ Asunto C-271/91, Marshall, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31. asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97; Comisión Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM(2008) 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña (SEC(2008) 404), apartado 187.

¹⁹ Asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 40. Conclusiones del Abogado General Tesouro en el asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T-25/89, Brazzelli Lualdi, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40.

²⁰ Véanse las Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105.

²¹ Cuando la infracción afecta a la actividad de compra de las empresas infractoras, el efecto correspondiente será la disminución en los precios de compra que estas empresas tienen que pagar a sus proveedores. Para más detalles, véase el apartado 134 de la parte 3, sección 1.

²² Para facilitar la presentación, en adelante solo se hará referencia a «productos» afectados por una infracción; no obstante debe entenderse que también se refiere a los «servicios» afectados.

²³ Para más detalles, véase el apartado 128 y ss. de la parte 3, sección 1.

²⁴ Asunto C-209/10 Post Danmark, pendiente de publicación, apartados 22, 23 y 24.

distribuidores que infringen la legislación de competencia²⁵. Tales prácticas tienen un efecto significativo sobre los competidores, que se ven perjudicados puesto que pierden oportunidades de negocio y beneficios en ese mercado. Cuando se consigue la exclusión de los competidores y disminuye la presión de la competencia en un mercado, los consumidores también saldrán perjudicados, generalmente por la subida de los precios.

22. Las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE pueden tener además otros efectos lesivos, por ejemplo, un impacto adverso sobre la calidad de los productos y la innovación. La Guía práctica se centra en las dos categorías principales de perjuicios y las categorías de partes perjudicadas²⁶ descritas en el apartado 21. Los métodos y técnicas descritos en la Guía práctica pueden, no obstante, ser de utilidad también en demandas por daños y perjuicios relativas a otros tipos de daños y otras partes perjudicadas.
23. La parte 3 de la Guía aborda específicamente la cuantificación del tipo de perjuicio contemplado en el apartado 21, letra a). Esta parte incluye una descripción de los efectos básicos sobre el mercado de los incrementos de precios resultantes de una infracción e ilustra cómo pueden cuantificarse estos tipos de daños (en particular el daño resultante del pago de un precio excesivo y el asociado con una reducción de la demanda).
24. La parte 4 de la Guía aborda específicamente la cuantificación del tipo de perjuicio contemplado en el apartado 21 b). Esta parte incluye una descripción de los posibles efectos de la exclusión de competidores del mercado e ilustra con ejemplos cómo pueden cuantificarse estos tipos de daños (en concreto, el lucro cesante del competidor excluido y el perjuicio para los consumidores).
25. Los principales métodos y técnicas disponibles para cuantificar el daño resultante de las infracciones de los artículos 101 o 102 TFUE son comunes a todos los tipos de daños causados por tales infracciones. Por consiguiente, la parte 2 de la Guía da una visión general de estos métodos y técnicas, ofrece más información sobre los supuestos básicos en que se basan estos métodos y explica su aplicación en la práctica.

²⁵ Acuerdos verticales son aquellos celebrados entre empresas de distintos niveles de la cadena de suministro.

²⁶ La Guía práctica no aborda específicamente la situación de otras personas distintas de las mencionadas en el apartado 21, las letras a) y b), aunque otras personas (por ejemplo, los proveedores de los infractores o los clientes de otros competidores que respetan la ley) puedan también ser perjudicadas por infracciones que den lugar a precios excesivos o a la exclusión de competidores; véase también la nota a pie de página 106.

Parte 2 — Métodos y Técnicas

I. GENERALIDADES

26. Existen diversos métodos para elaborar un escenario sin infracción a efectos de cuantificar el daño en acciones de daños y perjuicios en asuntos de competencia.
27. Los métodos más utilizados por las partes y los órganos jurisdiccionales consisten en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma. Estos métodos comparativos toman los datos (precios, volúmenes de ventas, márgenes de beneficio y otras variables económicas) observados en el periodo no afectado o en los mercados no afectados como una indicación del escenario hipotético sin la infracción. A veces se afina la aplicación de estos métodos utilizando técnicas econométricas, que combinan teoría económica con métodos estadísticos o cuantitativos para identificar y medir relaciones entre variables. En la sección II se describen diversos métodos y técnicas comparativos para aplicar estos métodos (apartados 32 a 95).
28. Los métodos que no son comparativos se abordan en la sección III (apartados 96 a 121). Uno de ellos utiliza modelos económicos adaptados al mercado real para simular los probables resultados del mercado que se hubieran producido sin la infracción. Estos modelos recurren a la teoría económica para explicar el funcionamiento probable de un mercado habida cuenta de sus principales características (es decir, el número de competidores, la forma en que compiten entre sí, el grado de diferenciación del producto o los obstáculos a la entrada). Otro de los métodos es el basado en los costes, que utiliza los costes de producción del producto afectado y un margen de beneficio «razonable» para estimar el hipotético escenario sin infracción o planteamientos financieros que toman como punto de partida los resultados financieros del demandante o del demandado.
29. Cada uno de estos métodos y técnicas tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes, que pueden hacerlos más o menos adecuados para estimar el perjuicio sufrido en unas circunstancias concretas. En particular, se diferencian en la medida en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que controlan otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado al solicitante de los daños y perjuicios. Por otra parte, los métodos y técnicas se diferencian en cuanto a su sencillez de utilización y el tipo y la cantidad de datos requeridos.
30. Aunque estos métodos pretenden reconstruir cómo habría evolucionado el mercado en cuestión sin la infracción, pruebas más directas de que dispongan las partes y los tribunales (por ejemplo, documentos internos de las empresas infractoras sobre incrementos de precios acordados), también pueden aportar, con arreglo a las disposiciones jurídicas nacionales aplicables, información útil para evaluar la cuantía de los daños y perjuicios en un asunto concreto²⁷.

²⁷ Véase un ejemplo de este planteamiento en Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunal Superior de Justicia regional, Karlsruhe), decisión de 11 de junio de 2010, en el asunto nº 6 U 118/05, en el que los aumentos de precios acordados de las empresas infractoras de un cártel se utilizaron específicamente, con arreglo a las normas legales aplicables sobre la atribución de responsabilidades en el establecimiento de los hechos y el establecimiento de indicios razonables, para determinar la concesión de daños y perjuicios. Esta parte de la decisión fue confirmada por un recurso de apelación por el

31. En la sección IV se exponen unas consideraciones sobre la elección del método, que generalmente dependerá de las características específicas del asunto y de los requisitos con arreglo a la legislación aplicable.

II. MÉTODOS COMPARATIVOS

32. Para apreciar cómo funcionan en la práctica los métodos comparativos, es conveniente considerar un ejemplo (totalmente ficticio) de una hipotética acción por daños y perjuicios basada en un cártel que infrinja el artículo 101 TFUE²⁸.

El cártel de la harina

Supongamos que la autoridad nacional de competencia ha establecido que todas las compañías harineras de un Estado miembro concreto han fijado los precios de la molienda de cereales y de la producción de harina.

Una panificadora que compraba regularmente harina en los últimos años interpone una denuncia por daños y perjuicios contra una de las compañías harineras. La panificadora alega que la infracción ha producido un aumento ilegal de los precios de la harina que compraba a esa compañía harinera. La panificadora solicita una indemnización por este recargo en los precios que ha estado pagando durante los últimos años.

33. La cuestión clave por lo que se refiere a la cuantificación del perjuicio en el citado ejemplo es saber a qué precio habría pagado la harina la panificadora demandante si no hubiera habido una infracción. Si se utiliza para ello un método comparativo, se comparará el precio en el escenario de la infracción con un escenario sin infracción establecido basándose en datos observados de precios ya sea:

- en el mismo mercado en un momento anterior y/o posterior a la infracción (1);
o
- en un mercado geográfico distinto pero similar (2); o
- en un mercado de productos distinto pero similar (3).

También se puede combinar una comparación diacrónica (de distintos periodos de tiempo) con una comparación de distintos mercados geográficos o de producto (4).

34. En el ejemplo del cártel de la harina, la aplicación de los métodos se centra en los precios. Sin embargo, igualmente se pueden utilizar estos métodos para estimar otras variables económicas tales como cuotas de mercado, márgenes de beneficios, tasa de remuneración del capital, valor de los activos o nivel de costes de una empresa. Qué variable económica resultará más útil considerar a efectos de la cuantificación de daños y perjuicios dependerá de las circunstancias del asunto en cuestión.
35. Los datos utilizados en una comparación de mercados o una comparación diacrónica pueden ser datos relativos a la totalidad del mercado (es decir, el precio medio de la harina cobrado a todas las panificadoras de un mercado geográfico adyacente) o solo a determinados participantes en un mercado específico (por ejemplo, el precio que pagan por la harina grupos de clientes determinados, como los compradores mayoristas en un mercado adyacente).

Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) en su decisión de 28 de junio de 2011 en el asunto nº KZR 75/10.

²⁸ Este ejemplo se desarrolla en el apartado 147.

36. También podría ser conveniente, sobre todo en asuntos relativos a prácticas de exclusión, comparar datos referentes a un único participante en el mercado. Un ejemplo de una comparación de este tipo entre empresas individuales, por ejemplo, la parte perjudicada y una empresa de comparación suficientemente similar, puede ser la comparación entre los beneficios logrados por una empresa que intente entrar en un mercado nuevo en el que se enfrente a prácticas de exclusión que infrinjan las normas de competencia de la UE y los beneficios que haya obtenido una empresa comparable recién llegada a un mercado geográfico distinto pero similar que no se haya visto afectado por prácticas contrarias a la competencia. Las secciones A.1 a 4 tratan de la comparación efectuada tanto con datos agregados de mercado como datos a nivel de empresa²⁹.
37. El punto fuerte de todos los métodos comparativos radica en el hecho de que utilizan datos de la vida real que se observan en el mismo mercado o en un mercado similar³⁰. Los métodos comparativos parten de la premisa de que el escenario de contraste puede considerarse representativo del probable escenario sin infracción y de que la diferencia entre los datos de la infracción y los datos elegidos como comparación se debe a la infracción. Características importantes del mercado que pueden desempeñar un papel al considerar si dos mercados son suficientemente similares son el grado de competencia y de concentración de dichos mercados, el coste y las características de la demanda y los obstáculos a la entrada. Depende de los ordenamientos jurídicos nacionales que el nivel de similitud entre el mercado en el que se produce la infracción y el mercado de comparación o entre periodos de tiempo sea considerado suficiente para que los resultados de dicha comparación se utilicen en la cuantificación del perjuicio³¹. Cuando hay diferencias importantes entre los periodos de tiempo o los mercados considerados, existen diversas técnicas para explicar esas diferencias³².

A. Métodos para establecer un escenario sin infracción

(1) Comparación diacrónica en el mismo mercado

38. Un método utilizado frecuentemente consiste en comparar la situación real durante el periodo en el que produjo efectos la infracción con la situación en el mismo mercado antes de que la infracción produjera efectos o después de que hubieran cesado³³. Por

²⁹ La comparación con datos a nivel de empresa de otra compañía podría hacerse, teóricamente, no solo para empresas que operen en otro mercado geográfico o de producto como se expone en las secciones 2-4, sino también con datos de empresas que operen en el mismo mercado de producto o geográfico que la parte perjudicada. En la práctica, estas comparaciones «intra mercado» no desempeñan un papel significativo, posiblemente porque dentro del mismo mercado puede ser difícil encontrar otra empresa suficientemente comparable que no se haya visto afectada por la infracción. Por ello, en las siguientes secciones no se vuelven a abordar dichas comparaciones dentro de un mercado.

³⁰ Este aspecto lo pone de manifiesto, por ejemplo el Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia, Alemania) en su decisión de 19 de junio de 2007, en el asunto n° KRB 12/07 (Cártel mayorista de papel).

³¹ Para más detalles, véase el apartado 94. A modo de ejemplo de las cuestiones que pueden surgir al evaluar la comparabilidad de los datos, véase *Tribunal Administratif de Paris* (Tribunal Administrativo de París), decisión de 27 de marzo de 2009, (*SNCF v Bouygues*).

³² Para más detalles, véanse los apartados 59-95 de la Sección B.

³³ Véase, por ejemplo, *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de Apelación, Milán), decisión de 11 de julio de 2003, (*Bluvacanze*) y *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de Apelación, Milán), decisión de 3 de febrero de 2000, asunto n° I, 308 (*Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (en ambos asuntos, se compara antes, durante y después); *Landgericht Dortmund* (Audiencia regional, Dortmund), decisión de 1 de abril de 2004, en el asunto n° 13 O 55/02 *Kart* (*Vitaminpreise*) (comparación durante y después); *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Audiencia territorial de

ejemplo, cuando una empresa abusó de su posición dominante excluyendo a un competidor del mercado en 2004 y 2005, el método podría comparar los beneficios del competidor durante el periodo de la infracción con sus beneficios en 2002 y 2003 cuando todavía no se había producido la infracción³⁴. Otro ejemplo sería un cártel de fijación de precios (como el del ejemplo del cártel de la harina antes citado) que duró desde 2005 a 2007 en el que el método podría comparar el precio pagado por los clientes del cártel durante el periodo de infracción con el precio pagado por los clientes en un periodo posterior a la infracción, tal que 2008 y 2009³⁵.

39. Existen, en principio, tres puntos de referencia distintos que pueden utilizarse para la comparación diacrónica del periodo de infracción³⁶:
- un periodo *anterior* a la infracción no afectado por esta (comparación «antes y durante» — en el ejemplo del cártel de la harina: la comparación de los precios pagados por la harina en el mismo mercado *antes* de que la infracción tuviera efectos con los precios afectados por la infracción);
 - un periodo *posterior* a la infracción no afectado por esta (comparación «durante y después» — en el ejemplo del cártel de la harina: comparación de los precios afectados por la infracción con los precios pagados en el mismo mercado después de que hubiera terminado la infracción); y
 - un periodo no afectado *anterior y posterior* a la infracción (comparación «antes, durante y después»).
40. Para elegir con conocimiento de causa un punto de referencia y el tipo de datos generalmente habrá que conocer bien el sector en cuestión y habrá que tomar el asunto concreto en cuestión como punto de partida. También influirá en la elección la disponibilidad de datos y los requisitos de las normas aplicables en cuanto al nivel probatorio y la carga de la prueba.
41. Una ventaja común a los métodos que comparan, diacrónicamente, datos del *mismo* mercado geográfico y de producto es que las características de ese mercado, tales como el grado de competencia, la estructura del mercado, las características de los costes y de la demanda pueden ser más comparables que cuando se comparan mercados geográficos o de productos distintos.
42. Sin embargo, también en las comparaciones diacrónicas ocurre que algunas diferencias entre dos series de datos no solo se deben a la infracción. En esos casos, puede ser conveniente hacer ajustes a los datos obtenidos en el periodo de comparación para explicar las diferencias con el periodo de la infracción³⁷ o elegir un periodo o mercado de comparación distinto. Por ejemplo, en el caso de una infracción de larga duración, suponer que los precios de 10 años antes no habrían cambiado en todo ese tiempo de no haber sido por la infracción probablemente es excesivo y puede inclinar la balanza, por ejemplo, a favor de una comparación con el

Graz), decisión de 17 de agosto de 2007 en el asunto n° 17 R 91/07 p (Autoescuela) (en la que se acepta una comparación durante y después).

³⁴ Para ejemplos más detallados de la aplicación del método en asuntos de prácticas de exclusión, véase la parte 4.

³⁵ Para ejemplos más detallados de la aplicación del método en asuntos de infracciones que dan lugar a un precio excesivo, véase la parte 3.

³⁶ Al método de comparación diacrónica también se le denomina «método del antes y el después» o «método de parámetros».

³⁷ Sobre estos ajustes y, en particular, la posibilidad de utilizar el análisis de regresión, véanse los apartados 59-95 de la Sección B.

periodo anterior a la infracción y el periodo posterior a la infracción. En casos de periodos de infracción prolongados, tal vez sea oportuno abordar las cuestiones prácticas de comparabilidad de los datos que resultan de los cambios con datos tal como los hayan registrado las empresas (por ejemplo, cambios en las prácticas contables o en el programa informático organizativo).

43. Cuando se disponga de datos, la opción entre una comparación «antes y durante», «durante y después» o «antes, durante y después» puede estar determinada por una serie de factores. Es muy poco probable encontrar un periodo de referencia en el que las circunstancias del mercado representen exactamente lo que habría ocurrido en el periodo de infracción si esta no hubiera existido. Solo se puede identificar un periodo de tiempo suficientemente similar que permita un probable escenario sin infracción razonablemente aproximado. Entre los factores que hay que considerar al respecto puede estar la incertidumbre en cuanto a qué periodos no se vieron realmente afectados por la infracción. Algunas infracciones comienzan, o cesan, gradualmente; y a menudo hay dudas en cuanto al comienzo exacto de una infracción y, sobre todo, de los efectos que produce. De hecho, las decisiones de las autoridades de competencia mencionan regularmente pruebas que sugieren que la infracción puede haber comenzado antes del periodo establecido como periodo de infracción a los efectos de la decisión³⁸. El análisis econométrico de los datos obtenidos puede ser una forma de identificar cuándo comenzaron o cesaron los efectos de la infracción.
44. El término de una infracción y sus efectos puede ser más fácil de establecer que su comienzo, pero aquí también pueden surgir dudas en cuanto a si el periodo inmediatamente posterior al término de la infracción no ha resultado afectado por el comportamiento contrario a la competencia³⁹. Por ejemplo, cuando hay cierta demora hasta que las condiciones del mercado vuelven al nivel de cuando no había infracción, utilizar datos del periodo inmediatamente posterior a la infracción podría subestimar el efecto de la misma. También puede ocurrir que, durante un breve periodo tras el término de un cártel, los precios sean especialmente bajos, puesto que las empresas pueden emprender temporalmente estrategias agresivas de precios hasta que se alcance en el mercado el equilibrio «normal», es decir, de no infracción.
45. Concretamente, en mercados oligopolísticos puede plantearse otra cuestión, a saber, que los participantes en un cártel puedan utilizar el conocimiento adquirido mediante la operación del cártel para coordinar su conducta después sin infringir el artículo 101. En esa situación, es probable que los precios posteriores a la infracción sean más elevados que sin la infracción y pueden servir únicamente para hacer una estimación del límite inferior del perjuicio sufrido. El periodo anterior a la infracción puede ser un punto de referencia más adecuado cuando las características centrales del mercado cambiaron radicalmente hacia el final del periodo de infracción debido a factores exógenos (por ejemplo, un fuerte aumento de los costes de las materias primas o un incremento de la demanda del producto)⁴⁰.

³⁸ Es posible que una autoridad de competencia limite la apreciación de una infracción a un periodo determinado, aunque de hecho la infracción pueda haber tenido una duración mayor.

³⁹ Véase la decisión del *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal Superior de Justicia regional, Karlsruhe) de 11 de junio de 2010 en el asunto n° 6 U 118/05, como ejemplo en el que un tribunal nacional dictaminó que los precios cobrados los cinco meses después de que terminara la infracción seguían estando influidos por el cártel.

⁴⁰ Durante el breve periodo de la infracción tras un cambio de este tipo, los datos posteriores a la infracción pueden ser un punto de comparación más adecuado, puesto que tal vez reflejen mejor las características del mercado después del cambio. Sin embargo, cuando el cambio en las características

46. No obstante, aun cuando haya dudas sobre si un determinado periodo anterior o posterior a la infracción estuvo afectado por la infracción, en principio, este periodo podría seguir sirviendo como periodo de referencia para obtener una estimación fiable del perjuicio mínimo que se habrá sufrido (estimación del «límite inferior» o «daño mínimo»)⁴¹.
47. En determinadas circunstancias, el escenario sin infracción puede estimarse adecuadamente basándose en dos periodos de referencia (antes y después de la infracción), por ejemplo, utilizando la media de estos periodos o utilizando otras técnicas para reflejar una tendencia en la evolución de las circunstancias del mercado durante la infracción⁴². Los datos anteriores a la infracción podrían también utilizarse como periodo de referencia hasta un determinado punto durante la infracción cuando se produjo un cambio significativo en las circunstancias del mercado, y los datos posteriores a la infracción como el periodo de referencia a partir de entonces.
48. Además, la elección de los datos puede contribuir a crear una base suficientemente similar para la comparación: puede haber situaciones en las que los datos agregados tales como los precios medios del sector (o las medias para determinados grupos o empresas) sean suficientemente representativos⁴³, mientras que en otras situaciones sería más adecuado utilizar únicamente datos de operaciones de la empresa perjudicada anteriores o posteriores a la infracción, o la media de los datos relativos a empresas similares. Por ejemplo, cuando la parte perjudicada pertenece a un grupo específico de operadores del mercado, como los clientes mayoristas (frente a los consumidores finales), los precios anteriores o posteriores a la infracción pagados por los clientes mayoristas pueden ser un punto de referencia adecuado.

(2) Comparación con datos de otros mercados geográficos

49. Otro método comparativo consiste en examinar datos obtenidos en distintos mercados geográficos⁴⁴ con la finalidad de estimar un escenario sin infracción⁴⁵.

del mercado fue causado por la propia infracción (por ejemplo, cuando debido a una exclusión contraria a la competencia varios competidores abandonaron el mercado), el periodo posterior a la infracción evidentemente no es un punto de comparación adecuado para estimar la situación que habría existido sin la infracción.

⁴¹ Si durante la infracción factores exógenos han producido una disminución de los precios (por ejemplo, un descenso acusado de los costes de los insumos del infractor), la inferencia de un límite inferior se podría refutar.

⁴² Por ejemplo, la interpolación o el análisis de regresión. Para diversas técnicas de aplicación de métodos comparativos, véanse los apartados 59-95 de la sección B.

⁴³ Para más detalles sobre el uso de las medias en la aplicación de planteamientos comparativos, véase el apartado 70 de la parte 2, sección II.

⁴⁴ Para los conceptos del mercado de referencia (geográfico y de producto), véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

⁴⁵ Este método también se conoce como «método del parámetro de referencia» o «método transversal». Estos términos se utilizan también para referirse al método comparativo que examina los datos obtenidos en mercados de productos distintos pero similares, véanse los apartados 54-55 en la sección 3.

Para ejemplos del uso de métodos comparativos que consideran distintos mercados geográficos, véase, por ejemplo, *Cour d'Appel de Paris* (Tribunal de Apelación, París), decisión de 23 de junio de 2003 (Lescarcelle-De Memoris/OGF); *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid*, decisión de 11 de noviembre de 2005 en el asunto nº 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. contra Telefónica de España S.A.), confirmado por la *Audiencia Provincial de Madrid*, decisión de 25 de mayo de 2006 en el asunto nº 73/2006; *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 19 de junio de 2007 en el asunto nº KBR 12/07 (Cártel mayorista de papel) (en el contexto de evaluar las ganancias ilícitas de los miembros del cártel a efectos de calcular una multa).

Estos pueden ser datos obtenidos en la totalidad del mercado geográfico de comparación o solo en relación con determinados participantes en el mercado. Por ejemplo, en el caso del cártel de la harina citado en el apartado 32, los precios pagados por la panificadora demandante durante el periodo de infracción podrían compararse con el promedio de los precios pagados por panificadoras similares en un mercado geográfico diferente al que no hubiera afectado la infracción. El mismo tipo de comparación puede hacerse con respecto a cualquier otra variable económica, como cuotas de mercado, márgenes de beneficios, tasa de remuneración del capital, valor de los activos o nivel de costes de una empresa. Una comparación con los resultados comerciales de empresas que trabajan en otro mercado geográfico no afectado por la infracción⁴⁶ será especialmente relevante en casos de conducta excluyente.

50. Cuanto más parecido sea un mercado geográfico (excepto a efectos de la infracción) al mercado afectado por la infracción, más probable es que sea adecuado como mercado de comparación. Esto significa que los productos con los que se comercia en los dos mercados geográficos comparados deben ser los mismos o, como mínimo, suficientemente similares. También las características competitivas del mercado geográfico de comparación deben ser similares a las características del mercado afectado, excepto por la infracción. Este puede muy bien ser un mercado que no sea perfectamente competitivo.
51. El método consistente en la utilización de mercados geográficos de comparación para inferir un escenario sin infracción se utiliza, en la práctica, principalmente cuando la infracción se refiere a mercados geográficos de ámbito local, regional o nacional⁴⁷. Cuando el mercado en el que se produce la infracción y el mercado geográfico de comparación son zonas vecinas, posiblemente en el mismo país, la probabilidad puede ser mayor de que sean suficientemente similares a efectos de la comparación⁴⁸.
52. El mercado de comparación no necesariamente ha de ser siempre suficientemente similar en su totalidad. Cuando, por ejemplo, los precios que paga un grupo de clientes (como los mayoristas) o los beneficios obtenidos por una empresa competidora (por ejemplo, un nuevo competidor) en el mercado de comparación se utilizan como referencia, es importante que la posición en el mercado de este grupo de clientes o de este competidor sea suficientemente similar a la la parte perjudicada en el mercado de la infracción.
53. La elección de un mercado geográfico de comparación puede también estar influida por las dudas en cuanto al ámbito geográfico de una infracción. Los mercados geográficos en los que se ha producido una infracción similar, no son, en principio, candidatos adecuados para ser tomados como mercados de comparación. Por otra parte, los mercados adyacentes en los que no se ha producido una infracción similar puede que aún así hayan estado influidos por las prácticas contrarias a la

⁴⁶ La empresa que sirve de comparación puede, en principio, ser también una empresa presente en el mercado de la infracción, siempre y cuando sus resultados no estuvieran significativamente influidos por la conducta excluyente. Aun cuando la empresa que sirve de comparación no estuviera directamente afectada por la infracción, puede haber estado afectada indirectamente, por ejemplo al conseguir cuotas de mercado de un competidor excluido. El riesgo de estar influida directa o indirectamente por la infracción es menor si la comparación se efectúa con una empresa similar activa en otro mercado geográfico. Algunas de las características que podrían ser relevantes al considerar la suficiente similitud de las empresas son su tamaño, estructura de costes, clientes y características del producto que venden.

⁴⁷ No obstante, puede también utilizarse cuando el mercado de referencia sea de ámbito más amplio que el nacional, siempre que pueda encontrarse un mercado de comparación suficientemente similar.

⁴⁸ Véase, no obstante, el apartado 53.

competencia del mercado de la infracción (por ejemplo, porque los precios en el mercado adyacente aumentaron debido a los precios del mercado de la infracción y a la menor presión competitiva ejercida por este mercado). Una comparación con tales mercados no mostrará toda la magnitud del perjuicio sufrido, pero puede, no obstante, constituir una buena base para establecer una estimación del límite inferior del perjuicio causado en el mercado de la infracción. Esto significa que una parte en una demanda por daños y perjuicios puede, en principio, optar sin problemas por basarse en la comparación con un mercado geográfico que estuviera influido por la misma infracción, u otra similar, especialmente cuando dicha influencia probablemente haya sido bastante escasa.

(3) Comparación con datos de otros mercados de productos

54. La comparación de mercados geográficos es similar al planteamiento consistente en examinar un mercado de un producto diferente⁴⁹ con características de mercado similares⁵⁰. Por ejemplo, en un asunto de conducta excluyente en el que se excluya parcialmente a una empresa que vende un producto, el margen de beneficios obtenido por esa empresa en el mercado de la infracción puede compararse con el margen de beneficios de otro producto comercializado (por la misma empresa u otra similar) en un mercado de producto distinto pero similar.
55. Las consideraciones debatidas en el contexto de mercados de comparación geográficos probablemente también son pertinentes, *mutatis mutandis*, para la opción de un mercado de producto de comparación adecuado. Con frecuencia, se relacionarán con el grado de similitud entre los dos mercados de producto. En particular, el producto de comparación deberá ser elegido cuidadosamente teniendo en cuenta la naturaleza de los productos comparados, cómo se comercializan y las características del mercado, por ejemplo en cuanto al número de competidores, su estructura de costes y el poder adquisitivo de los clientes⁵¹. También pueden influir las dudas en cuanto a si un mercado de producto de comparación potencial estuvo afectado por la infracción o por otra infracción similar del artículo 101 o del artículo 102 TFUE.

(4) Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados

56. Cuando se disponga de suficientes datos, será posible combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados. Este planteamiento se denomina a veces método de «diferencia en la diferencia» porque examina la evolución de la variable económica relevante (por ejemplo, el precio de la harina) en el mercado de la infracción durante un periodo determinado (diferencia diacrónica en el mercado de la infracción) y la compara con la evolución de la misma variable durante el mismo periodo en un mercado de comparación no afectado (diferencia diacrónica en el mercado sin infracción)⁵². La comparación muestra la diferencia entre estas dos diferencias diacrónicamente. Se obtiene así una estimación del cambio en la variable producido por la infracción que excluye todos aquellos factores que afectaron tanto a

⁴⁹ Para los conceptos del mercado de referencia (geográfico y de producto), véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

⁵⁰ A veces este método también se denomina «método del parámetro de referencia» o «método transversal» (puesto que es el método comparativo que considera distintos mercados geográficos).

⁵¹ La similitud será más probable si los dos productos comparados se comercializan en el mismo mercado geográfico. No obstante, las circunstancias pueden ser también suficientemente similares cuando se comparan los mismos productos u otros similares de mercados geográficos diferentes.

⁵² Puede ser un mercado de comparación geográfico o de producto.

la infracción como al mercado de comparación de la misma manera. El método es, por tanto, una forma de aislar los efectos de la infracción de otras influencias sobre la variable relevante común a ambos mercados.

57. Un simple ejemplo derivado del cártel de la harina antes citado puede ilustrar el método: supongamos que una comparación antes, durante y después pone de manifiesto un aumento de precio de 40 EUR por saco de 100 Kg. de harina en el Estado miembro en el que actuó el cártel desde 2005 hasta 2008. Examinando un mercado geográfico no afectado durante el mismo periodo se observa que los precios de la harina aumentaron 10 EUR por saco de 100 Kg. debido a un aumento de los costes de un insumo (cereales). Suponiendo que el aumento de los costes del insumo afectara también al mercado de la infracción, una comparación de la distinta evolución de los precios en el mercado de la infracción y en el mercado de comparación indicaría la diferencia de precio motivada por el cártel de la harina. En el ejemplo, sería de 30 EUR por unidad.
58. El punto fuerte del método de «diferencia en la diferencia» es, por consiguiente, que puede eliminar los cambios no relacionados con la infracción que se produjeron durante el mismo periodo de tiempo que la infracción⁵³. No obstante, se basa en gran medida en el supuesto de que estos otros cambios afectaron a ambos mercados de forma similar⁵⁴. Las consideraciones sobre la aplicación de los métodos de comparación diacrónica y de mercados, en particular la necesidad de que los mercados en cuestión sean suficientemente similares, también son relevantes para el método de diferencia en la diferencia. Desde un punto de vista práctico, este método exigirá generalmente una serie de datos de distintos mercados y periodos de tiempo que tal vez no siempre sea fácil obtener; sin embargo, con una cantidad de datos menor todavía se podrán inferir estimaciones aproximadas o de límite inferior⁵⁵.

B. *Aplicación del método en la práctica: técnicas para estimar el precio u otra variable económica en el escenario sin infracción*

59. Una vez elegido un método comparativo adecuado para establecer un escenario sin infracción, se dispone de diversas técnicas para aplicar este método en la práctica. Estas técnicas difieren principalmente en el grado en que se basan en datos individuales o promedio (por ejemplo, precios observados), y en el grado en que se aplican ajustes a los datos obtenidos en el mercado⁵⁶ o el periodo de comparación. Como consecuencia, estas técnicas difieren en la cantidad de datos que requieren para ponerse en práctica.

⁵³ Frente a una simple comparación de mercados, el método de «diferencia en la diferencia» tiene también la ventaja de ignorar las diferencias fijas entre los mercados (tales como las diferencias debidas a costes constantemente inferiores de los insumos en uno de los mercados).

⁵⁴ Si, por ejemplo, los aumentos de precios no relacionados con la infracción fueron superiores en el mercado afectado que en el mercado de comparación durante el periodo de la infracción, la aplicación del método de diferencia en la diferencia utilizando simples promedios sobrestimaría la cuantía de los daños. Una aplicación econométrica del método de diferencia en la diferencia puede ayudar a controlar esos factores.

⁵⁵ A modo de ejemplo de un tribunal nacional que establece un límite inferior en la estimación de cuantía de los daños y perjuicios (aunque no utilice el método de diferencia en la diferencia sino el método de comparación diacrónica), véase *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín), decisión de 1 de octubre de 2009 en el asunto n° 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Como se menciona en el apartado 35, los datos utilizados en esas comparaciones de mercados o diacrónicas pueden ser datos relativos a la totalidad del mercado o solo a determinados participantes en un mercado específico.

60. Una posibilidad al aplicar métodos comparativos es utilizar datos de comparación directamente en la forma en que se obtienen y estimar sobre esta base un valor para la variable económica en cuestión en el escenario sin infracción (en el ejemplo anterior, el precio de la harina). Cuando se dispone de más de un dato (por ejemplo, el precio de la harina en una serie de operaciones en un mercado geográfico de comparación), pueden combinarse por medio de un cálculo de promedios de uno o varios valores para el escenario sin infracción. Estos valores promedio para los escenarios sin infracción podrían entonces compararse con los valores promedio realmente obtenidos durante la infracción, es decir, los precios realmente pagados por la harina (véase con más detalle en la sección 1).
61. Cuando determinados factores (como un aumento de los precios de la materia prima) han influido únicamente en el mercado o periodo de comparación o solo en el mercado o periodo de la infracción, debe considerarse, dependiendo del nivel probatorio necesario y de las normas aplicables en cuanto a causalidad, si es necesario hacer ajustes a los datos obtenidos para que tengan en cuenta estas influencias. Puede tratarse de simples ajustes de los datos en casos en los que el factor de influencia y la magnitud de sus efectos pueda determinarse y tenerse en cuenta con relativa facilidad (véase la sección 1). Pueden lograrse ajustes más sofisticados de los datos de comparación obtenidos con técnicas econométricas, en particular mediante el uso del análisis de regresión, que se describe en la sección 2. Dependerá de la legislación aplicable⁵⁷ el que corresponda al demandado o al demandante alegar, fundamentar y probar estos ajustes.
62. En un asunto dado, la elección entre las diversas técnicas depende de las circunstancias específicas del asunto y de las normas jurídicas aplicables, teniendo en cuenta las distintas ventajas y desventajas de estas técnicas, por ejemplo por lo que se refiere a su precisión y a los requisitos en cuanto a los datos que conllevan (véase la sección 3).
- (1) Técnicas sencillas: datos obtenidos individuales, medias, interpolación y ajustes simples**
63. Dependiendo de los requisitos con arreglo a la legislación nacional aplicable y de las circunstancias del asunto, especialmente el grado de similitud entre el mercado de la infracción y el mercado o periodo de comparación, los datos obtenidos podrán compararse directamente, es decir, sin otros ajustes, con los datos obtenidos en el mercado de la infracción⁵⁸.
64. La cantidad de datos obtenidos para la variable de estudio (en el ejemplo del cártel de la harina, el precio de la harina) en los mercados de comparación o en los periodos de comparación puede oscilar desde solo uno o muy pocos datos obtenidos (es decir, el precio observado en unas cuantas operaciones) a un gran número de datos. En mercados sujetos a licitaciones, por ejemplo, las subastas pueden ser muy poco frecuentes y en el momento de la estimación de los daños y perjuicios tal vez solo se disponga de los precios observados en una licitación posterior a la infracción. La situación puede ser similar en sectores en los que son habituales los contratos a largo

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín), decisión de 1 de octubre de 2009, en el asunto n° 2 U 10/03 Kart., como ejemplo de la atribución de las obligaciones de establecimiento de los hechos en la cuantificación del daño.

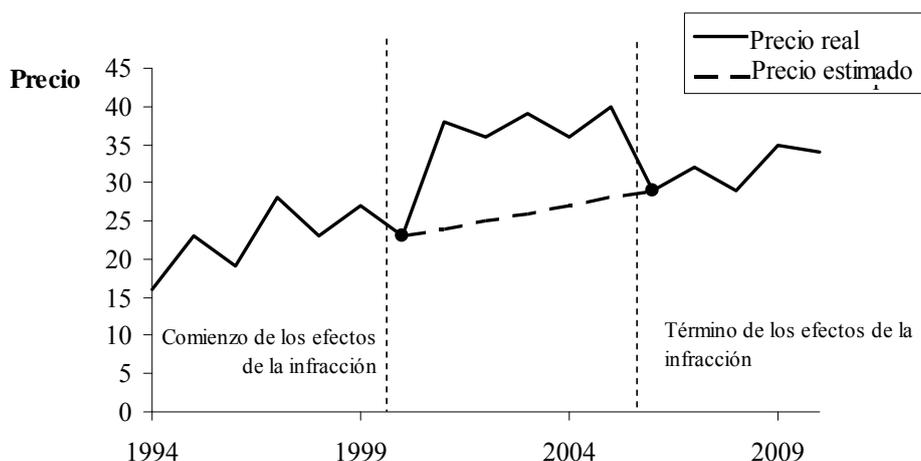
⁵⁸ Por ejemplo, la comparación diacrónica puede basarse en la simple observación de los precios antes y durante la infracción. Véase un ejemplo de las implicaciones legales de dicho método en *Corte Suprema di Cassazione* (Tribunal Supremo, Italia), decisión de 2 de febrero de 2007 en el asunto n° 2305 (Fondiarria SAI SpA/Nigriello).

plazo. Puede resultar adecuado utilizar estimaciones de daños y perjuicios basadas en datos obtenidos únicos cuando sean suficientemente representativos del periodo considerado.

65. Cuando del examen de los mercados o periodos de comparación resulta un número mayor de datos obtenidos, por ejemplo, los precios pagados por la parte perjudicada en una serie de operaciones posteriores a la infracción, o los precios pagados por una serie de clientes en otro mercado geográfico, estos datos obtenidos pueden utilizarse ya sea individualmente o en forma de promedios⁵⁹.
66. Puede estar indicado el uso de diversas formas de promedios o de otras formas de agregación de datos, siempre y cuando sea una comparación entre semejantes. Por ejemplo, cuando un mayorista solicite daños y perjuicios por haber comprado un producto en enero, mayo, julio y octubre de 2009 a los participantes en un cártel de precios y cuando el método elegido sea la comparación con otro mercado geográfico, el promedio de los precios mensuales pagados en ese mercado por el mismo tipo de cliente (mayorista) durante los mismos meses puede ser un punto de referencia adecuado (es decir, comparar datos de enero con datos de enero, datos de mayo con datos de mayo, y así sucesivamente). Comparar datos de los mismos meses tendrá en cuenta, por ejemplo, las diferencias estacionales a lo largo de un año, haciendo así la comparación más fiable. Sin embargo, si hay pequeñas variaciones mensuales, el precio medio en el mercado de comparación para la totalidad del año 2009 puede considerarse un indicador adecuado. También puede ocurrir que los datos anuales u otros datos promedio (por ejemplo, datos agregados del sector) sean sencillamente la única información disponible. Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden permitir, por lo general, que las partes se basen en datos promedio y, al mismo tiempo, brindar al demandado la ocasión de mostrar que existen diferencias significativas, y pueden requerir la utilización de datos desagregados cuando se disponga de ellos.
67. Otra técnica sencilla para inferir un valor de comparación de una serie de datos obtenidos es la interpolación lineal. Cuando una comparación diacrónica ha dado series de precios de antes y después de la infracción, el precio «sin infracción» o «de contraste» durante el periodo de infracción puede estimarse trazando una línea entre el precio anterior a la infracción y el precio posterior a la infracción, como muestra la gráfica que figura a continuación. A partir de esta línea, puede leerse un valor de comparación de cada uno de los puntos relevantes en el tiempo durante el periodo de infracción. Comparada con el cálculo de un valor único medio del precio durante la totalidad del periodo de infracción, la interpolación permite, por tanto, tener en cuenta en cierta medida las tendencias en la evolución de los precios a lo largo del tiempo que no son debidas a la infracción. La lectura de los datos de comparación a partir de la línea interpolada dará, por tanto, resultados más exactos que si se utiliza un valor medio para el periodo, por ejemplo, en asuntos en los que se reclaman daños y perjuicios resultantes de operaciones (u otros acontecimientos) que solo se

⁵⁹ A los efectos de esta Guía práctica, el término «promedio» se utiliza refiriéndose a la media, es decir, el promedio calculado dividiendo la suma de observaciones entre el número de observaciones. Puede haber, no obstante, situaciones en las que resulte más indicado utilizar otros conceptos estadísticos descriptivos (por ejemplo, la mediana o la moda). Por ejemplo, si en un mercado de 25 compañías, 21 cobran un precio de 50 EUR y cuatro cobran un precio de 75 EUR, el precio modal de 50 EUR (el precio más frecuente en la muestra) puede ser más representativo del precio de mercado que la media de 54 EUR (en este ejemplo, el precio modal equivale al precio mediano, que es el precio que cobra la empresa situada en el centro de la clasificación).

produjeron hacia el comienzo o el final del periodo de infracción⁶⁰. La siguiente gráfica ofrece un ejemplo sencillo de interpolación lineal (la línea de puntos muestra el precio interpolado sin la infracción y la línea continua los precios realmente observados):



La extrapolación lineal funciona de forma similar a la interpolación salvo que la línea es continua a partir de los datos solo anteriores o solo posteriores a la infracción⁶¹.

68. Puede haber situaciones en las que sea bastante sencillo identificar un factor diferenciador entre un mercado (o periodo) de infracción y un mercado (o periodo) de comparación y hacer el correspondiente ajuste al valor de los datos obtenidos de comparación. Por ejemplo, determinados efectos estacionales que se producen en un mercado o efectos debidos a variaciones en los precios de los insumos o de los tipos de cambio pueden seguir una pauta y tener una magnitud que en algunos casos se entienden fácilmente a partir de los registros comerciales internos de una parte o de otras fuentes, tales como declaraciones periciales. En esos casos, por ejemplo, la línea recta obtenida en una interpolación lineal simple deberá ajustarse para reflejar dichas pautas⁶².

(2) Análisis de regresión

a. Concepto y finalidad del análisis de regresión

69. El análisis de regresión consiste en técnicas estadísticas que ayudan a investigar pautas en la relación entre variables económicas y medir hasta qué punto una variable de estudio determinada⁶³ (en el ejemplo del cártel de la harina, el precio de

⁶⁰ Asimismo, la interpolación presenta ventajas frente a utilizar promedios cuando el número de operaciones (o de otros acontecimientos) se distribuye de forma irregular durante el periodo de infracción.

⁶¹ La extrapolación, por tanto, hace extensiva una tendencia existente a series temporales, ya sea antes o después de la infracción. Por ejemplo, si en los tres años anteriores a un cártel los precios fueron de 12 EUR, 13,20 EUR y 14,52 EUR, respectivamente (que reflejan un incremento del 10 % anual), una técnica sencilla sería estimar que los precios durante los dos años que duró el cártel fueron de 15,97 EUR y 17,57 EUR, respectivamente; una estimación más precisa de la tendencia subyacente podría obtenerse utilizando el análisis de regresión.

⁶² Tales ajustes, pueden hacerse, si los datos lo permiten, de forma más elaborada utilizando el análisis de regresión, como se explica en la sección siguiente.

⁶³ También llamada «variable explicada» o «variable dependiente».

la harina⁶⁴) está influida por las infracciones y por otras variables que no están afectadas por la infracción⁶⁵ (por ejemplo, los costes de las materias primas, la variación en la demanda de los consumidores, las características del producto o el nivel de concentración del mercado)⁶⁶. Por tanto, el análisis de regresión permite evaluar si otros factores observables distintos de la infracción han contribuido a la diferencia, y cuánto, entre el valor de la variable de estudio observado en el mercado de la infracción durante el periodo de infracción y el valor observado en un mercado de comparación o durante un periodo de tiempo de comparación. Así pues, el análisis de regresión es una forma de tener en cuenta las causas alternativas de la diferencia entre las series de datos comparadas. Todos los métodos comparativos pueden, en principio, ser aplicados mediante el análisis de regresión, siempre y cuando se disponga de suficientes datos obtenidos⁶⁷.

70. En un análisis de regresión, se examina una serie de datos obtenidos para la variable de estudio y las probables variables influyentes por medio de técnicas estadísticas. La relación identificada se representa generalmente mediante una ecuación (denominada «ecuación de regresión» o «modelo de regresión»). Esta ecuación permite estimar los efectos de las variables influyentes en la variable de estudio y aislarlos de los efectos de la infracción. El análisis de regresión estima cuán íntimamente están correlacionadas⁶⁸ entre sí las variables relevantes, lo que en algunos casos puede indicar una influencia causal de una variable sobre la otra⁶⁹.
71. Hay dos enfoques principales para realizar un análisis de regresión para la estimación de daños y perjuicios, en función de si se utilizan solo datos de periodos (o mercados) en los que no hubo infracción para construir la ecuación de regresión o si, además de esos datos, se utilizan también datos del periodo (o mercado) de la infracción. Si se utilizan solo datos de periodos en los que no hubo infracción para estimar la regresión, la ecuación de regresión se utilizaría para «predecir» el efecto sobre la variable de estudio durante el periodo de infracción sobre la base de la pauta identificada fuera de este periodo («planteamiento predictivo»)⁷⁰. Cuando, además, se utilizan también datos del periodo (o mercado) de la infracción para estimar la

⁶⁴ Otras variables de estudio posibles a las que puede aplicarse el análisis de regresión son, por ejemplo, el volumen de ventas, las cuotas de mercado o los márgenes de beneficios (por ejemplo, los de un competidor excluido que solicita daños y perjuicios por el lucro cesante producido por la disminución de las ventas o la reducción de sus márgenes), costes de producción (que pueden también ser relevantes en la estimación del lucro cesante).

⁶⁵ También llamada «variable explicativa» o «variable influyente».

⁶⁶ Entre otros factores que influyen en la variable están los clientes y el tamaño de los pedidos, la tecnología utilizada en la producción, el tamaño y la estructura de costes de las empresas que ofrecen el producto o los gastos de publicidad.

⁶⁷ No obstante, se requiere un número suficiente de datos obtenidos para aplicar métodos estadísticos de manera coherente. Estas series de datos podrían obtenerse (en comparaciones diacrónicas) a partir de series de observaciones temporales o (en comparaciones en el mismo momento) a partir de diversos mercados de comparación o de diversas empresas o diversas operaciones, o una combinación de ambos (observaciones diacrónicas de diversos mercados, empresas u operaciones).

⁶⁸ En el análisis de regresión multivariante (véase con más detalle más adelante), la correlación establecida es una correlación condicional, es decir, aquella en la que el efecto de otras variables está controlada.

⁶⁹ Siempre y cuando sea consecuente con un marco económico coherente y con otras pruebas cualitativas y cuantitativas.

⁷⁰ Este «planteamiento predictivo» se denomina a veces del «modelo residual» y Este planteamiento se ilustra en la gráfica del apartado 79.

regresión, el efecto de la infracción se tendría en cuenta en la ecuación de regresión mediante un indicador variable aparte (denominado «variable ficticia»)⁷¹.

72. Si está más indicado aplicar el planteamiento predictivo o el de variable ficticia dependerá de las circunstancias del caso: en particular, mientras que el método predictivo tiene la ventaja de que permite elegir un modelo de regresión que se basa únicamente en datos obtenidos en el periodo sin infracción (y, por tanto, no afectados por los efectos de la infracción), utilizar datos de ambos periodos/mercados puede permitir una estimación más precisa y exacta de los parámetros de estudio, especialmente si los datos disponibles sin infracción son limitados o no permiten captar plenamente la dinámica del sector en cuestión. En la práctica, a menudo pueden combinarse ambos métodos, por ejemplo, seleccionando el modelo sobre la base del periodo anterior a la infracción y estimando una variable de regresión ficticia utilizando datos de ambos periodos (y permitiendo, si procede, que los efectos de las demás variables influyentes varíen en los periodos de infracción y no infracción).

b. Ejemplos e ilustraciones

73. Un ejemplo sencillo que, con fines ilustrativos, contempla únicamente una potencial variable influyente, puede ilustrar los pasos básicos del análisis de regresión. Supongamos que, en el citado ejemplo de un cártel de la harina, los precios pagados por las panificadoras durante el periodo de la infracción a las harineras se comparan con los precios pagados por las panificadoras a las harineras en el periodo anterior a la infracción, y que esta comparación muestra un aumento de precio durante el periodo de infracción del 20 %. Supongamos además que haya indicios de que este aumento no se deba exclusivamente al cártel sino que durante el periodo de infracción los costes de un insumo importante (por ejemplo, los cereales) también aumentaron de forma significativa. Por tanto, en el aumento de precio de la harina, no queda claro cuánto se debe a la infracción y cuánto al aumento de los costes del insumo (la subida del precio de los cereales).
74. Una opción para resolver esta incertidumbre sería utilizar datos de otro periodo o mercado en el que los costes del insumo (precio de los cereales) fueran más similares y no hubiera habido infracción, pero puede haber situaciones en las que no sea posible⁷². El análisis de regresión puede ofrecer un instrumento para tener en cuenta la variación en los costes de los insumos, al mostrar la relación estadística entre los costes de los insumos y el precio de la harina. Para ello, puede examinarse una serie de datos obtenidos sobre los costes de los insumos (precio de los cereales) y los precios de la harina durante el periodo no afectado por la infracción⁷³. Aplicando técnicas estadísticas a estos datos obtenidos, es posible establecer una pauta de cómo influyeron los precios de los cereales en el precio de la harina en un periodo en el que este último no estuvo influido por la infracción. Entonces es posible deducir una relación estadística entre el precio de la harina y los precios de los cereales en ese periodo. Aplicando la información que se deduce de esta relación a los precios de la harina durante el periodo de la infracción, se puede eliminar la parte del aumento de los precios de la harina no imputable a la infracción, sino al cambio en los costes de

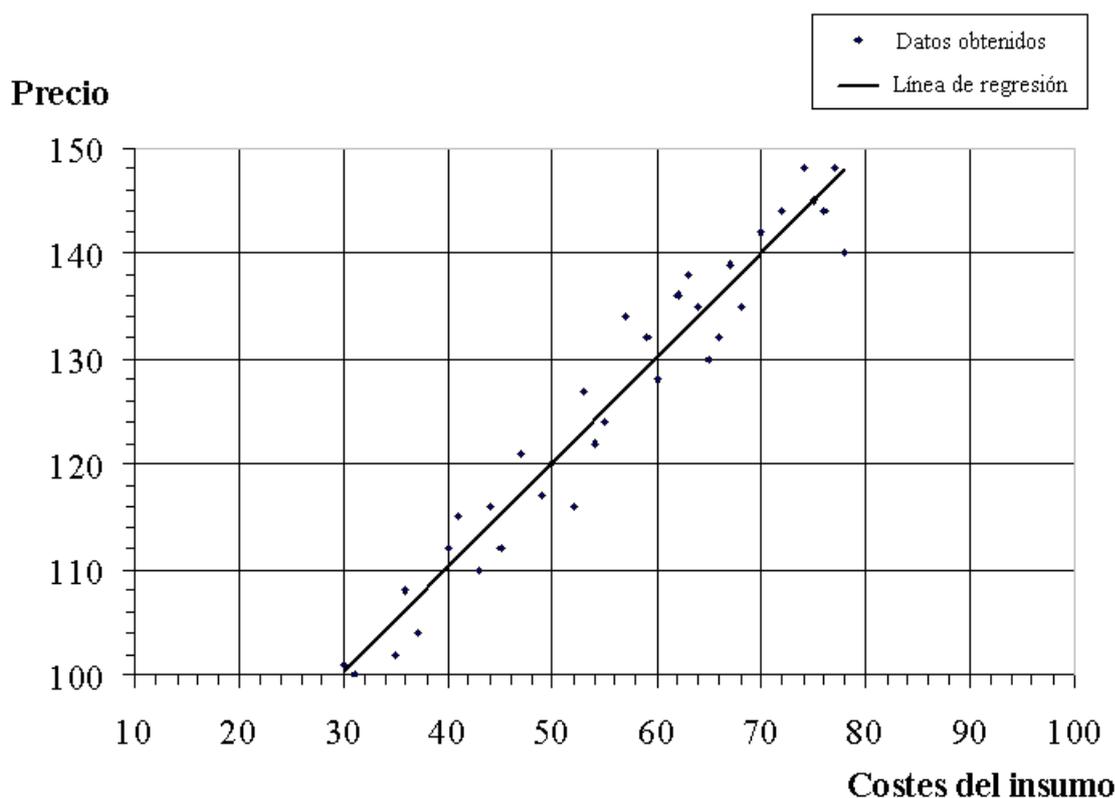
⁷¹ Esta «variable ficticia» mide si ha habido un movimiento ascendente en la variable de estudio durante el periodo de infracción.

⁷² Por ejemplo, porque no se disponga de datos fiables de otros periodos (o mercados) o porque, en esos otros periodos (o mercados), las características del mercado diferían sensiblemente.

⁷³ Sobre la posibilidad de tener o no en cuenta también datos del periodo (o mercado) de infracción, véase el apartado 82.

los insumos. Esto permite «predecir» los precios de la harina sin el coste excesivo del cártel pero incluyendo el aumento de precio causado por el coste superior de los insumos.

75. La siguiente gráfica ofrece una ilustración sencilla de cómo se deduce esta relación estadística. La gráfica muestra diversos datos obtenidos de los costes de los insumos (el precio de los cereales) y el precio correspondiente de la harina en el mismo momento durante un periodo sin infracción. Por ejemplo, cuando en un momento dado el precio de los cereales era 60, el precio de la harina era 128. Se pueden calcular las coordenadas de la línea que se adapte al máximo a todos los datos obtenidos para representar la relación estadística (correlación) entre el precio de los cereales y el de la harina. Esta relación se representa en la gráfica siguiente como una línea y también puede expresarse, como generalmente se hace, mediante una ecuación⁷⁴. La pendiente de esta línea muestra qué incremento del precio de la harina está ligado a determinado aumento del precio de los cereales. En el ejemplo mostrado en el gráfico, la relación identificada indica que, por ejemplo, un aumento de precio de los cereales de 50 a 60 está relacionado con la subida del precio de la harina de 120 a 130. Dado que un aumento de los costes de los insumos (cereales) de 10 EUR está ligado a un aumento del precio de la harina de 10 EUR, la relación estadística muestra, pues, que un aumento en el coste de este insumo se repercute totalmente.



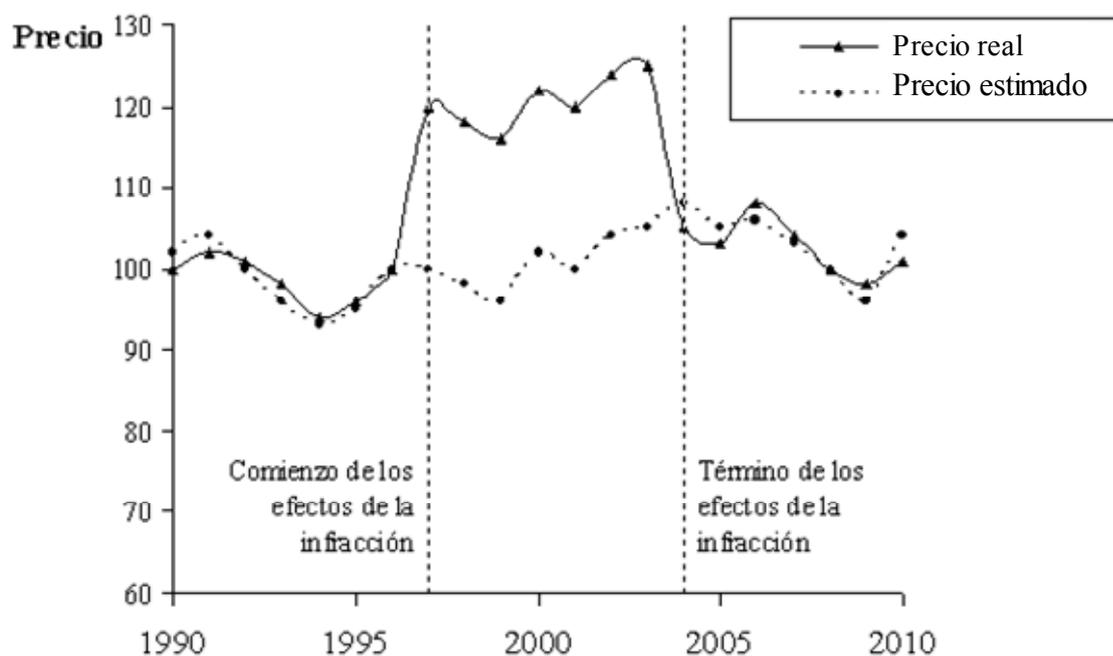
⁷⁴ Estimando una regresión de precios (como la variable de estudio) sobre los costes de los insumos (como la variable influyente) se obtienen las coordenadas de esta línea. En este ejemplo, se utiliza la técnica de mínimos cuadrados ordinarios (MCO) para calcular las coordenadas de una línea recta que esté situada a una distancia mínima («mínimos cuadrados») del conjunto de puntos en la gráfica. La técnica MCO es un método estadístico común para estimar los parámetros de un modelo de regresión lineal.

76. Conociendo la pauta de cómo ha influido el coste de los insumos (precio de los cereales) en los precios de la harina al margen del periodo de la infracción permite estimar («predecir») cuánto influyeron los valores superiores observados de estos costes (los precios de los cereales) en los precios de la harina durante el periodo de infracción. Excluir estos efectos de la comparación de precios permite estimar el recargo de precio causado por la infracción sobre una base más fiable que sin el análisis de regresión. En el ejemplo anterior, si durante el periodo de infracción el precio de la harina era de 140 en lugar de 120 durante el periodo en que no hubo infracción, pero el coste de un insumo (precio de los cereales) aumentó de 50 a 60, el precio probable de la harina sin el cártel no hubiera sido 120 sino 130.
77. Aunque el ejemplo descrito hasta ahora se refería únicamente a la influencia de una *única* variable (precio de los cereales como coste de un insumo) sobre la variable de estudio (precio de la harina), el análisis de regresión en las prácticas de competencia generalmente tiene que tener en cuenta varios factores que influyen en la variable de estudio (análisis de regresión *múltiple*⁷⁵). En esta situación, deben obtenerse datos para todas las variables influyentes relevantes adicionales y de dichos datos debe deducirse una ecuación de regresión que refleje su relación con la variable de estudio. En el citado cártel de la harina, puede ocurrir que, durante el periodo de infracción, las compañías harineras no solo tuvieran que pagar precios más elevados por los cereales sino que además estuvieran sujetas a un aumento de los costes laborales y energéticos e introdujeran una tecnología más eficiente de molturado y envasado, todo lo cual puede haber tenido un impacto sobre el precio de la harina que vendieron a las panificadoras durante el periodo del cártel. Para identificar la pauta estadística de cómo han influido estos factores en el precio de la harina, deben analizarse series de datos obtenidos de cada una de estas variables influyentes.
78. Al emprender un análisis de regresión, es importante considerar todas las variables que son relevantes en el caso específico. Supongamos que el demandado o el demandante utilizan, en una comparación de los precios de la harina que cobró una empresa harinera antes y durante una infracción, un análisis de regresión múltiple para controlar la influencia potencial sobre el precio de la harina de los citados factores (es decir, los precios de los cereales, los costes laborales y energéticos y la tecnología de molturación y envasado). Si, no obstante, se produjo un cambio significativo en la demanda durante el cártel (por ejemplo, mayor demanda de harina por parte de las panificadoras debido a un aumento de la demanda por parte de los consumidores finales de pan y pasteles) y si la influencia de este hecho en el precio de la harina no se tiene en cuenta en la ecuación de regresión, la estimación del efecto de la infracción es probable que esté sesgada, a pesar de un análisis de regresión exhaustivo, salvo en este aspecto⁷⁶. Corresponde a la legislación nacional aplicable determinar, de conformidad con el principio de efectividad, sobre qué parte recae la carga de alegar y probar los hechos, como el mencionado cambio en la demanda o la exactitud de las variables consideradas en un análisis de regresión.
79. La base de cada cuantificación de daños y perjuicios que utiliza el análisis de regresión es, pues, la relación estadística entre la variable de estudio (por ejemplo, el

⁷⁵ También llamado «análisis de regresión multivariante» en contraposición a «análisis de regresión con una única variable» («univariante») como el utilizado en el ejemplo anterior.

⁷⁶ Sin embargo, es importante no solo incluir todos los factores relevantes en el modelo de regresión, sino además evitar incluir variables que parezcan claramente irrelevantes (basándose en el conocimiento del sector). De hecho, las estimaciones de los daños podrían reducirse erróneamente (incluso a cero) si se incluyen variables irrelevantes para explicar la variación de precios en el modelo.

precio) y la variable o variables explicativas relevantes expresada en una ecuación de regresión. Cuando se utiliza el planteamiento predictivo⁷⁷, la estimación de una ecuación de regresión que utiliza datos del periodo sin la infracción constituye el primer paso. En una segunda fase, utilizando esta ecuación de regresión y los valores observados de estas variables relevantes durante el periodo de infracción, puede entonces estimarse el precio que las partes perjudicadas probablemente hubieran pagado. En una tercera fase, la diferencia entre este precio probable sin la infracción y el precio realmente pagado por las partes perjudicadas da una estimación del coste excesivo resultante de la infracción. La siguiente gráfica ilustra la segunda y la tercera fase. Cuando se utiliza el planteamiento de la variable ficticia, el análisis de regresión combina las tres fases antes descritas⁷⁸.



80. El análisis de regresión ilustrado en esta gráfica se basa en el planteamiento predictivo, en el que se realiza una regresión sobre datos anteriores y posteriores a la infracción para establecer en una ecuación la relación estadística entre el precio y diversas variables relevantes explicativas (coste del insumo y otros factores relevantes). Utilizando esta ecuación y los valores observados de las variables explicativas relevantes, puede derivarse un precio estimado que es probable que hubiera prevalecido si no hubiera habido infracción (línea de puntos). La línea continua es el precio realmente observado. La diferencia entre la línea continua y la línea de puntos durante el periodo de infracción es el coste excesivo estimado. La línea de puntos fuera del periodo de infracción se deriva también de la ecuación de

⁷⁷ El planteamiento alternativo es el de la variable ficticia; véase el apartado 71. A diferencia del planteamiento predictivo, el planteamiento de la variable ficticia estima el efecto de la infracción en un solo paso, realizando un análisis de regresión con datos tanto del periodo de infracción como del periodo de no infracción. En el ejemplo citado, este planteamiento estimaría el efecto del cártel como el movimiento ascendente en el precio que se observó durante el periodo del cártel (es decir, el coeficiente de la variable ficticia en la ecuación de regresión) y no se explica por cambios en otras variables influyentes, tales como el coste de las materias primas.

⁷⁸ En este caso, la ecuación de regresión se estima utilizando datos tanto del periodo de infracción como de no infracción e indica directamente cuánto cambió la variable de estudio durante el periodo de infracción tras tener en cuenta el efecto de otras variables explicativas.

regresión y puede servir, mediante la comparación con los precios sin la infracción realmente observados (línea continua), para evaluar el poder predictivo del modelo de regresión.

c. *Requisitos para aplicar el análisis de regresión*

81. Realizar un análisis de regresión requiere conocimientos de diversas técnicas estadísticas para medir la relación entre variables, formular una ecuación de regresión adecuada y calcular la precisión de los parámetros de la ecuación. Además, es necesario conocer a fondo el sector en cuestión, en primer lugar, para formular hipótesis correctas al construir la ecuación de regresión y distinguir correctamente los factores que probablemente hayan influido de manera significativa en la variable de estudio (y que, por tanto, deben incluirse en el análisis). El conocimiento del sector es además necesario para saber elegir qué técnicas estadísticas utilizar en una situación dada, por ejemplo, para tener en cuenta datos observados inusuales (atípicos o *outliers*) u otros rasgos específicos en las series de datos. En particular, cuando las variables influyentes estuvieron ellas mismas afectadas por la infracción, puede producirse un sesgo si no se toma en cuenta este aspecto, por ejemplo, aplicando técnicas estadísticas específicas⁷⁹ o utilizando datos obtenidos al margen del periodo o el mercado de la infracción⁸⁰.
82. Sin un número suficiente de datos obtenidos, el análisis estadístico no puede identificar relaciones entre variables económicas. Identificar el efecto de las variables influyentes sobre la variable de estudio requiere, por tanto, que se disponga de una serie de datos obtenidos suficiente para todas las variables consideradas. Por consiguiente, el análisis de regresión requiere generalmente datos extensivos. Sin embargo, las técnicas estadísticas pueden ayudar a colmar algunas lagunas en los datos o sesgos en su interpretación⁸¹ y puede haber situaciones en las que también el análisis de un número menor de datos sea adecuado.
83. Los datos obtenidos pueden, en principio, recogerse en diferentes niveles de agregación. Por ejemplo, cuando vaya a analizarse la relación entre el precio y el coste de los insumos, podrían examinarse series de datos, ya sea de los precios cobrados en operaciones individuales, de los precios promedio anuales en el sector o — entre estos dos extremos — datos mensuales a nivel de empresa junto con series de datos, bien de costes individuales de insumos por unidad o de promedios de costes del sector, respectivamente. Utilizar datos desagregados permite analizar un número mayor de observaciones y, por tanto, obtener estimaciones más precisas. Cuando no existan estos datos desagregados o no disponga de ellos la parte que realiza el análisis de regresión, el análisis de datos agregados puede aún arrojar resultados útiles, en particular si los datos agregados tienen una frecuencia elevada.
84. Tener una serie de datos obtenidos suficientes y el nivel de agregación de datos son ejemplos de la importancia de la fiabilidad de los datos y de la relevancia de los datos para el análisis económico. Sin embargo, la mayoría de las series de datos son incompletas, y no todos los hechos relevantes pueden observarse o medirse con gran precisión. Por consiguiente, es oportuno reconocer explícitamente esas

⁷⁹ Por ejemplo, el uso de variables instrumentales, una técnica econométrica que puede aplicarse para corregir tales sesgos.

⁸⁰ En particular, utilizando el planteamiento predictivo antes descrito, cuando el valor de las variables influyentes incluidas en el modelo para predecir la hipótesis de contraste se corrige para el efecto de la infracción sobre dichas variables.

⁸¹ Por ejemplo, cuando una muestra de datos obtenidos no es plenamente representativa.

imperfecciones. Las deficiencias de los datos no deben impedir que a un análisis económico se le dé la importancia que tiene, aun cuando haya que ser cauto al sacar conclusiones⁸².

85. Utilizado adecuadamente y sobre la base de datos obtenidos suficientes, el análisis de regresión puede afinar notablemente la estimación por medio de métodos comparativos de los daños y perjuicios. Hay que señalar, no obstante, que incluso las ecuaciones de regresión más sofisticadas parten de una serie de supuestos y (como cualquier técnica para predecir una situación hipotética) solo podrán ofrecer estimaciones. Es conveniente considerar los supuestos subyacentes a una ecuación de regresión, porque algunos supuestos pueden ser más adecuados que otros en una situación dada y pueden dar resultados significativamente distintos.
86. Una forma de resolver la incertidumbre de la estimación es no indicar los resultados como una estimación en un punto («el precio en el escenario sin infracción es de 10 EUR»), sino como un intervalo («el precio en el escenario sin infracción oscila entre 9 EUR y 11 EUR»). El concepto de «intervalo de confianza» – concepto habitual en estadística – se utiliza para describir cuán probable resulta que el verdadero valor se encuentre en un intervalo. Por convención, en economía una probabilidad del 95 % de que un intervalo específico contenga realmente el valor buscado se considera un elevado grado de certeza.
87. Otra forma parecida de abordar la incertidumbre de las estimaciones es remitirse al concepto de «significación estadística», que es una forma habitual de comprobar si los resultados obtenidos en un análisis de regresión se deben al azar o reflejan de hecho una auténtica correlación. Para ello, se comprueba una hipótesis determinada: en el ámbito de las demandas por daños y perjuicios, esa hipótesis podría ser, por ejemplo, si la infracción de cártel tuvo de hecho un efecto real sobre los precios o no. La hipótesis de que la infracción *no* tuvo efectos (y de que, por tanto, el precio sin la infracción no varía del precio en el escenario con infracción) se denomina «hipótesis nula». El análisis de regresión se utiliza entonces para comprobar esta hipótesis nula. Se dice que un resultado del análisis de regresión es estadísticamente significativo cuando es posible rechazar la hipótesis nula porque sería muy improbable que los resultados observados se debieran al azar. Por convención, en economía se considera que una probabilidad del 95% como mínimo de que se rechace la hipótesis nula permite juzgar que los resultados son «estadísticamente significativos».
88. Como se ha descrito anteriormente, tanto para el concepto de «intervalo de confianza» como para el de «significación estadística» es una convención en ciencia económica utilizar un umbral de probabilidad del 95%. Hay que hacer hincapié en que representa una mera convención y que unos umbrales más estrictos o menos estrictos (por ejemplo: una probabilidad del 99 %, o del 90 %) podrían igualmente aportar información útil. Esto se debe a que la significación estadística viene determinada, en parte, por el número de observaciones de la serie de datos: en igualdad de condiciones, la significación estadística aumenta según aumenta el tamaño de la muestra. Es conveniente indicar el umbral de probabilidad elegido. En una demanda por daños y perjuicios, corresponde entonces al órgano jurisdiccional

⁸² Para una explicación más extensa sobre la importancia de la fiabilidad y la relevancia de los datos: *DG COMP Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases* (Buenas prácticas de la DG COMP en la presentación de pruebas económicas y recogida de datos en asuntos relacionados con los artículos 101 y 102 TFUE) en la página web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

decidir, con arreglo a la legislación aplicable, el valor probatorio del análisis de regresión y las consecuencias procesales (en particular, en lo referente al establecimiento de los hechos en la carga de la prueba) que dicho análisis pueda implicar.

89. Si se realiza un análisis de regresión en un asunto judicial, qué parte lo realiza y en qué fase del procedimiento, dependerá, *inter alia*, de la existencia o la disponibilidad de datos y de las normas con arreglo a la legislación aplicable relativas a los requisitos de establecimiento de los hechos, la divulgación de pruebas, el nivel probatorio y la atribución de la carga de la prueba entre el demandante y el demandado.
90. Las distintas formas de análisis de regresión mencionadas (apartados 71 y ss.) se denominan a veces planteamientos «en forma reducida», ya que estiman directamente parámetros de una ecuación derivados a su vez de otras relaciones económicas (por ejemplo, la interacción de la oferta y la demanda), sin utilizar específicamente un modelo. Como alternativa, pueden construirse modelos econométricos para estimar estas relaciones económicas subyacentes. Aunque tales modelos econométricos, a los que generalmente se denomina «estructurales», se basan a menudo en supuestos particularmente sólidos, pueden llevar a un entendimiento más profundo del mercado en cuestión y formar parte integrante de los ejercicios de simulación para estimar los daños y perjuicios (más detalles en la sección III.A).

(3) Elección de las técnicas

91. En las secciones 1 y 2 se han descrito distintas técnicas mediante las cuales pueden aplicarse en la práctica métodos comparativos. En un asunto dado, la elección de las técnicas dependerá generalmente de una serie de aspectos, en particular de los requisitos legales y las circunstancias de hecho del asunto. Las consideraciones sobre el nivel probatorio y la carga de la prueba probablemente sean muy relevantes en la práctica.
92. Las técnicas econométricas pueden aumentar el grado de precisión de una estimación de daños y perjuicios, contribuyendo así a alcanzar un nivel probatorio superior si las normas aplicables lo requieren. Si se precisa un análisis de regresión (posiblemente además de otras pruebas disponibles) para alcanzar dicho nivel, y sobre qué parte recae la carga de la prueba a este respecto, son cuestiones que competen a la legislación aplicable, incluido el principio de efectividad del Derecho de la UE. Debe tenerse en cuenta que realizar un análisis econométrico requiere generalmente gran número de datos obtenidos, que tal vez no siempre sean accesibles. Además, puede que también en una situación de procedimiento dada el nivel probatorio aplicable no requiera que la parte sobre la que recae la carga de la prueba vaya más lejos de las técnicas mencionadas en la sección 1. Esto podría deberse a que el ordenamiento jurídico nacional en cuestión considere los mercados o periodos comparados como suficientemente similares y la estimación de daños y perjuicios resultante de la simple comparación suficientemente precisa para lo que la parte debe probar en la situación de procedimiento dada. Puede también ocurrir que el ordenamiento jurídico, a la vista de la estimación de daños y perjuicios presentada por un demandante y los datos a los que razonablemente puede acceder, disponga que la carga de la prueba pase del demandante al demandado. En tal caso, el demandado puede contemplar la realización de un análisis de regresión para rebatir las alegaciones del demandante.

93. Las consideraciones de proporcionalidad pueden también desempeñar un papel importante, puesto que la recogida de datos y su análisis econométrico pueden conllevar costes considerables (incluidos de terceros) que pueden ser desproporcionados o incluso exceder el valor de la propia reclamación de daños y perjuicios. Estas consideraciones pueden asimismo ser relevantes habida cuenta del principio de efectividad⁸³.
94. Los órganos jurisdiccionales de la UE han utilizado principalmente aplicaciones directas de métodos comparativos sin análisis de regresión, a menudo sobre la base de promedios⁸⁴. También se han aceptado simples ajustes al valor de datos observados cuando es bastante sencillo identificar un factor diferenciador entre un mercado (o periodo) de infracción y un mercado (o periodo) de comparación. Hasta la fecha, es escasa la experiencia con el análisis econométrico en demandas por daños y perjuicios por prácticas contrarias a la competencia ante tribunales de la UE⁸⁵, aunque tales técnicas, como se ha explicado anteriormente, pueden ofrecer una ayuda valiosa para cuantificar el perjuicio sufrido por infracciones del artículo 101 o 102 TFUE.
95. En la UE a veces los órganos jurisdiccionales aplican también un «descuento prudencial», es decir, deducen de los valores de los datos obtenidos una cantidad suficiente, con arreglo a las normas de la legislación aplicable, para tener en cuenta la incertidumbre en una estimación de daños y perjuicios⁸⁶. El análisis de regresión puede también contemplarse para tener en cuenta estos otros posibles factores de influencia, y para obtener una «estimación del límite inferior» de los daños y perjuicios producidos⁸⁷.

III. MODELOS DE SIMULACIÓN, ANÁLISIS BASADO EN LOS COSTES Y FINANCIERO Y OTROS MÉTODOS

96. Además de los métodos comparativos, hay otros métodos para establecer una estimación para la situación hipotética de no infracción. Entre estos métodos están, en concreto, la simulación de los resultados del mercado basada en modelos económicos (A), y el planteamiento para estimar un probable escenario sin infracción sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable (B).

A. *Métodos de simulación*

97. Los métodos de simulación utilizan modelos económicos de comportamiento del mercado. Estudios económicos de cómo funcionan los mercados y como compiten

⁸³ Véase el apartado 2 de la Parte 1, Sección 1.

⁸⁴ El uso de promedios fue aceptado, por ejemplo, en *Landgericht Dortmund* (Audiencia regional, Dortmund), decisión de 1 de abril de 2004 en el asunto 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise); WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ A modo e ejemplo reciente relativo al lucro cesante en un asunto de prácticas de exclusión, véase Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, decisión de 20 de enero de 2011, asunto Nº 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. contra Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Por ejemplo, para excluir los efectos sobre la variable de estudio de otros posibles factores. Véase, por ejemplo, *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín), decisión de 1 de octubre de 2009, asunto Nº 2 U 10/03 Kart.; *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Tribunal Superior de Justicia regional, Karlsruhe) de 11 de junio de 2010 en el asunto Nº 6 U 118/05.

⁸⁷ De hecho, además de aportar estimaciones de daños y perjuicios que ya controlan la influencia de otros factores, el análisis de regresión mide también la precisión de estas estimaciones (como «errores típicos»), de los que pueden obtenerse límites inferiores (y superiores) sobre los daños y perjuicios estimados.

las empresas entre sí han demostrado que los mercados con determinadas características podrían permitir predecir los resultados probables de la interacción del mercado, por ejemplo, los precios o niveles de producción o márgenes de beneficios probables. La rama de la economía conocida como organización industrial (economía industrial) ha desarrollado modelos de competencia para diversos tipos de mercados que pueden simular dichos resultados. Estos modelos van desde modelos monopolistas a, en el otro extremo del espectro, modelos de competencia perfecta.

98. Modelos intermedios diseñados para reflejar el comportamiento en mercados oligopolísticos son, en concreto, los diseñados originalmente en el siglo XIX por los economistas Augustin Cournot y Joseph Bertrand. El modelo de competencia conocido como oligopolio de Bertrand describe un mercado con un número relativamente pequeño de empresas (y elevados obstáculos a la entrada) que compiten en precios, no en cantidad de producción. Las empresas fijan sus precios simultáneamente, en función de los precios que creen que cobrarán sus competidores. En este modelo, los precios aumentan con el grado de diferenciación del producto. El modelo de competencia de oligopolio de Cournot describe un mercado con un número relativamente pequeño de empresas (y elevados obstáculos a la entrada) que compiten en la cantidad de producción. Antes de fijar los precios, fijan la cantidad (o capacidad) simultáneamente en función de cuánto cree cada una de las empresas que producirán las demás empresas. Existen numerosas ampliaciones y variaciones de los modelos de Cournot y Bertrand. Incluyen, en particular, modelos de oligopolio dinámicos basados en la teoría de juegos⁸⁸ que tienen en cuenta la interacción repetida entre empresas en el mercado⁸⁹.
99. Es probable que en un monopolio los precios sean máximos (y el volumen de ventas mínimo) y que en una situación de competencia perfecta los precios sean mínimos (y el volumen de ventas máximo). Los oligopolios de Bertrand en mercados con productos diferenciados⁹⁰ y los oligopolios de Cournot normalmente darán lugar a precios y volúmenes situados en algún nivel intermedio entre la competencia perfecta y el monopolio; el resultado exacto depende, entre otras cosas, del número de empresas en el mercado y de las barreras a la entrada, del grado de diferenciación entre ellas y sus productos y de otras características del mercado en cuestión, tales como las características de la demanda (especialmente, cuán sensibles son los clientes a los cambios de precios), y las capacidades y estructura de costes de los productores.
100. Basándose en estas perspectivas teóricas que vinculan el resultado del mercado, por ejemplo, en cuanto a los precios de un conjunto de características del mercado, pueden crearse modelos de simulación para estimar los precios (u otras variables) que probablemente habrían imperado en el mercado de no haberse producido una infracción del artículo 101 o 102 TFUE. El modelo de simulación debe construirse de tal forma que imite a) los principales factores que influyen en la oferta (en particular, cómo se produce la competencia entre empresas («interacciones

⁸⁸ La teoría de juegos es el estudio de cómo se comportan las personas y las empresas en situaciones estratégicas en las que deben considerar cómo responden otros a sus acciones.

⁸⁹ Tener en cuenta la interacción repetida entre empresas en el mercado puede ser útil para explicar, por ejemplo, el comportamiento coordinado entre empresas o mercados o la entrada en el mercado de un nuevo competidor.

⁹⁰ En un mercado de bienes homogéneos sin limitaciones de capacidad, la competencia de precios de Bertrand, por el contrario, dará resultados muy competitivos. Los bienes homogéneos son aquellos que tienen pocas diferencias en cuanto a calidad o características.

competitivas»)⁹¹ y la estructura de costes de las empresas) y b) las condiciones de la demanda (en particular, en qué medida los clientes responden a los cambios de precios). Estos factores se expresarían como un conjunto de ecuaciones en las que es necesario incluir una serie de valores de parámetros. Estos valores pueden ser conocidos, estimados econométricamente o supuestos, de manera que el resultado del modelo sea equiparable a algunas variables observadas. Cuando se utilizan modelos de simulación para generar un escenario sin infracción, la estructura del mercado de referencia y otras características deben ser las que habrían existido sin la infracción; estas pueden corresponder a la estructura y a otras características del mercado observadas en el escenario de la infracción, pero pueden también diferir hasta cierto punto⁹².

101. Un ejemplo puede ilustrar el uso de los modelos de simulación para estimar daños y perjuicios. En el ejemplo de un cártel en un mercado de productos diferenciado (como los artículos de confitería de chocolate), los precios sin infracción pueden estimarse como se indica a continuación, utilizando datos del periodo sin infracción. En primer lugar, se estimaría cómo varía la demanda de cada producto en función de su propio precio (elasticidad precio propia) y del precio de los productos competidores (elasticidad precio cruzada)⁹³. En segundo lugar, se decidiría qué modelo refleja adecuadamente la interacción competitiva entre empresas en el periodo sin infracción (es decir, el modelo de competencia de Bertrand en el ejemplo de artículos de confitería de chocolate). Sobre esta base, puede calcularse a qué precios se maximizan los beneficios de la empresa habida cuenta de los parámetros de los costes (es decir, costes marginales) y de la demanda (es decir, el nivel de la demanda)⁹⁴. El valor de algunos de estos parámetros puede entonces adaptarse para reflejar las condiciones de referencia durante el periodo de infracción (por ejemplo, supongamos que el coste del cacao en grano aumente un 10%). Con toda esta información expresada en ecuaciones, se puede simular (suponiendo que las empresas luchan por maximizar sus beneficios) qué precios habrán cobrado probablemente estas empresas durante el periodo de infracción. El coste excesivo del cártel puede entonces estimarse tomando la diferencia entre los precios observados y los precios simulados sin infracción.

⁹¹ El término «interacciones competitivas» se utiliza para indicar cómo se ha producido la competencia entre empresas, es decir, (aunque no exclusivamente) la competencia Bertrand o Cournot, o cómo se abstienen las empresas de competir entre sí (en el caso de conductas colusorias que infrinjan las normas de competencia). Los mercados en los que la formación de precios se produce mediante subastas u otros procedimientos de licitación pueden también dar lugar a la construcción de modelos puesto que la interacción entre competidores a menudo sigue reglas fijas (los precios o las cantidades de producción que probablemente resulten de una subasta u otro procedimiento de licitación no afectado por la infracción podrían, en particular, estimarse mediante modelos de oligopolio que incorporen la teoría de juegos para simular las ofertas probables de los competidores en un escenario sin infracción).

⁹² Puesto que la infracción puede haber ocasionado cambios en la estructura del mercado, o haber impedido cambios en el mercado que, de otro modo, se habrían producido (por ejemplo, la salida de un competidor ineficiente), las características (hipotéticas) del mercado en el escenario sin infracción no son necesariamente las mismas que las que se podrían haber observado en el escenario de infracción. Además, las cuotas de mercado observadas durante una infracción pueden diferir significativamente de las que habrían imperado de no ser por la infracción, puesto que los miembros del cártel pueden repartirse los mercados.

⁹³ Técnicamente, esto supondría estimar un sistema de demanda, que es un ejemplo del análisis econométrico estructural mencionado en el apartado 90.

⁹⁴ El valor de estos parámetros (es decir, el valor de los costes marginales utilizados en el cálculo) en el periodo sin infracción puede determinarse de manera que los precios y los volúmenes derivados correspondan a los datos obtenidos.

102. Este ejemplo es especialmente complejo en cuanto a los datos que requiere y a los supuestos. Pueden imaginarse modelos de simulación más sencillos para estimar los daños y perjuicios pero se basan todavía más en supuestos esenciales que son difíciles de verificar. Por ejemplo, los daños y perjuicios a consecuencia de una infracción de cártel pueden calcularse comparando precios de monopolio (para reflejar los precios durante el cártel) con los precios esperados en un modelo de Cournot (para reflejar los precios en el escenario sin infracción), utilizando datos como cuotas de mercado, costes y elasticidad precio del mercado. No obstante, un método así depende decisivamente de las interacciones competitivas supuestas en el escenario de infracción y sin infracción y entraña el riesgo de que estos supuestos no reflejen de forma suficientemente fiel cómo opera el cártel durante el periodo de infracción y cómo habría actuado la competencia en el mercado sin la infracción.
103. Pueden utilizarse modelos de simulación para estimar los resultados del mercado no solo en asuntos de cártel (u otras infracciones que aumenten los precios), sino también en asuntos de conducta excluyente. Por ejemplo, podría utilizarse un modelo de oligopolio para simular el volumen de ventas y la cuota de mercado que habría conseguido un competidor excluido si no se hubiera producido la infracción.
104. Cada modelo que simula los resultados del mercado es una aproximación de la realidad y se basa en supuestos teóricos y a menudo también factuales sobre las características del mercado y el comportamiento probable de productores y consumidores. Aunque, por su propia naturaleza, los modelos se basan en una simplificación de la realidad, incluso los modelos sencillos pueden en algunos casos dar una visión útil de los daños probables. Por consiguiente, señalar que un modelo se basa en supuestos aparentemente simplificadores no debe, pues, ser suficiente por sí solo para rechazarlo; hay que considerar, más bien, cómo afectarán probablemente a sus resultados algunos de los supuestos simplificadores. Construir un modelo exhaustivo que imite una gama de rasgos específicos del mercado en cuestión, caso de poder ser resuelto y evaluado de forma adecuada, puede aumentar la probabilidad de que el resultado de la simulación sea una estimación razonable de un hipotético escenario sin infracción. Sin embargo, incluso los modelos muy exhaustivos siguen dependiendo en gran medida de que se hagan los supuestos correctos, en particular por lo que se refiere a las cuestiones clave de cuál es el modo probable de competencia y la demanda probable del cliente en el escenario sin infracción. Por otra parte, el desarrollo de modelos de simulación complejos puede resultar técnicamente difícil y exigir cantidades considerables de datos que no siempre estarán al alcance de la parte afectada ni será posible estimar con suficiente fiabilidad.
105. No obstante, tanto los modelos de simulación sencillos como los más complejos pueden aportar una visión útil al estimar los resultados que habría producido un mercado sin la infracción del artículo 101 o del artículo 102 TFUE. Que un ordenamiento jurídico considere si, y en qué momento del procedimiento, el uso de una simulación económica es adecuado y sus resultados son suficientemente fiables dependerá de las circunstancias específicas del asunto de que se trate y de los requisitos según la normativa jurídica aplicable.

B. Métodos basados en los costes y métodos financieros

106. Otros planteamientos para estimar los precios probables que habría habido sin la infracción es el que ofrece el método basado en los costes⁹⁵ o los métodos basados en los resultados financieros de la empresa demandante o demandada (métodos financieros).
107. El método basado en los costes consiste en utilizar alguna medida de los costes de producción por unidad y añadirle un margen por el beneficio que habría sido «razonable» en el escenario sin infracción. La estimación resultante de un precio por unidad sin la infracción puede compararse con el precio por unidad realmente cobrado por la empresa o empresas infractoras para obtener una estimación del coste excesivo⁹⁶.
108. Para aplicar el método basado en los costes pueden ser adecuados distintos tipos de costes de producción, dependiendo de las características del sector en cuestión. No obstante, es esencial garantizar que el tratamiento de los costes y márgenes es coherente. Por ejemplo, si se toman como base del ejercicio costes variables (es decir, costes que varían con el nivel de producción), para calcular el precio deberá añadirse un margen bruto (el margen ganado una vez deducidos los costes variables). Cabe también señalar que el coste relevante para determinar los precios puede ser no solo el coste del infractor sino también el de uno de sus competidores (por ejemplo, si el precio en el mercado se determina por el productor menos eficiente).
109. El primer paso del método basado en los costes consiste en determinar el coste de producción por unidad. Los costes por unidad pueden estimarse dividiendo los costes de producción relevantes reales en que ha incurrido el infractor o infractores para la actividad empresarial de referencia por el número total de artículos producidos. Este planteamiento puede ser bastante sencillo cuando las compañías, o divisiones empresariales de estas, solo fabrican un producto principal. Estas compañías o divisiones empresariales a veces publican sus datos de costes principales o archivan esta información como parte de su contabilidad auditada en registros públicos. En otras situaciones, el acceso a los datos y la asignación de costes del producto afectado por la infracción resulta más difícil. Cuando se dispone de datos contables, puede ser necesario realizar ajustes, dado que los conceptos de costes en términos contables pueden diferir de los conceptos de costes en términos económicos.
110. Puede ocurrir que los costes de producción observados durante la infracción no sean representativos de los costes de producción que habrían sido probables sin la infracción. Esto puede deberse a dos razones principales: en primer lugar, en el caso de infracciones del artículo 101, las empresas que, debido a su conducta colusoria, no están sometidas a la presión competitiva que habría existido sin la infracción pueden operar menos eficientemente y, por consiguiente, generar costes de producción

⁹⁵ Este método se denomina también «método del coste incrementado» (cost plus) o «método ascendente de determinación de costes (bottom-up)». Lo menciona, como planteamiento subsidiario, en asuntos en los que los métodos comparativos no son adecuados, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 19 de junio de 2007, en el asunto n° KBR 12/07 (Cártel mayorista de papel).

⁹⁶ Generalmente, el método basado en los costes se utiliza para cuantificar recargos en los precios. El método, o alguno de sus elementos, puede también utilizarse, no obstante, para cuantificar otros tipos de daños, tales como los beneficios no percibidos por los competidores excluidos. Por ejemplo, el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior de Justicia regional, Düsseldorf), decisión de 16 de abril de 2008 en el asunto n° VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*), estimó el lucro cesante de un competidor excluido considerando los costes del competidor y el margen de beneficio probable expresado como porcentaje de dichos costes.

superiores que si soportaran la presión competitiva. En segundo lugar, los infractores pueden restringir la producción y pueden, por tanto, renunciar, durante la infracción, a economías de escala que habrían dado lugar a costes de producción más bajos. Cuando haya indicios de tales situaciones, puede ser adecuado hacer ajustes a los datos de costes observados del infractor o infractores. Cuando no se efectúan estos ajustes, los costes observados todavía pueden contribuir, según el método basado en el coste, a una estimación del límite inferior del posible recargo en el precio.

111. El segundo paso del método basado en el coste exige que se estime un margen de beneficios «razonable» y se añada a los costes de producción por unidad. Existen diversos planteamientos para estimar un margen de beneficios «razonable». Se basan, bien en una comparación diacrónica o de mercados, o en modelos económicos, y tienen, pues, puntos en común con los métodos descritos en las secciones anteriores. Por ejemplo, una estimación del margen de beneficios que razonablemente podría esperarse en un escenario sin infracción puede derivarse de los márgenes de beneficios obtenidos por empresas similares en un mercado geográfico comparable no afectado por la infracción o en mercados de productos comparables⁹⁷. De la misma manera, los márgenes de beneficios de la empresa infractora (o una empresa similar) durante periodos anteriores o posteriores de infracción podría usarse como base para la estimación. Ambos métodos comparativos se apoyan en el supuesto de que el periodo, el mercado o la empresa de referencia son suficientemente similares⁹⁸, en particular con respecto a las características del mercado relevantes para los márgenes de beneficios, tales como el nivel de competencia en el mercado⁹⁹, la estructura de costes de los productores (incluidos, los costes de innovación), la utilización de la capacidad y las limitaciones de capacidad. Estos supuestos no siempre son fáciles de verificar puesto que, probablemente, el precio y la fijación de márgenes de una empresa los determinen un gran número de factores y decisiones estratégicas.
112. Otro planteamiento para estimar un margen de beneficios «razonable» consiste en considerar la naturaleza de la competencia y las características del mercado sin la infracción e inferir un margen de beneficios probable de la perspectiva que se obtiene de los modelos de organización industrial¹⁰⁰. Por ejemplo, sin la infracción es probable que los precios tendieran hacia costes debido a la relativa homogeneidad de los bienes y al exceso de capacidad en el mercado; en tales casos, el probable margen de beneficios de los productores sería relativamente bajo¹⁰¹.
113. De lo anterior resulta evidente que, tanto la estimación de costes probables sin la infracción como la estimación de un margen de beneficios «razonable», puede, en la práctica, requerir que se tomen en cuenta toda una serie de cuestiones complejas.

⁹⁷ *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 19 de junio de 2007, en el asunto nº KBR 12/07 (Cártel mayorista de papel), referente a los márgenes de beneficios generados en «sectores comparables».

⁹⁸ Para las consideraciones relevantes en cuanto a similitud suficiente, véanse los apartados 35 a 38 de la parte 2, sección II.

⁹⁹ Por ejemplo, si la competencia hubiera sido tan intensa como para impulsar un descenso de los precios hacia los costes marginales (como supone el modelo de competencia perfecta) o si los márgenes de beneficios, debido a una estructura oligopolística, hubieran sido superiores incluso sin la infracción.

¹⁰⁰ Véanse los apartados 97 y ss. de la Parte 2, Sección III.

¹⁰¹ El coste de capital (es decir, el coste al que una empresa puede obtener capital en el mercado) se considera a veces como una aproximación de un margen de beneficios «razonable» en tales casos. No obstante, los márgenes si no hay una infracción pueden diferir notablemente del coste de capital, por ejemplo, si no hay competencia perfecta o si existen ventajas de costes específicos para determinadas empresas, o perturbaciones de la oferta y la demanda.

Además, el método basado en los costes supone el acceso a datos que pueden estar en poder de la parte contraria o de un tercero. No obstante, dependiendo de las circunstancias del asunto concreto y de los requisitos según la normativa jurídica aplicable, puede ofrecer una visión útil para apoyar una estimación del perjuicio sufrido por una infracción contraria a la competencia.

114. Los métodos basados en el análisis financiero toman los resultados financieros de la empresa demandante o de la empresa demandada como punto de partida para estimar si el demandante ha sufrido un perjuicio y el importe del mismo.
115. Cuando el demandante en una acción de daños y perjuicios es una empresa y la infracción ha causado perjuicio a esa empresa, un análisis de la situación financiera de la empresa (y en particular, de su rentabilidad) puede dar indicaciones útiles de dicho perjuicio. Puede ser especialmente útil cuando lo que se reclama es el lucro cesante, por ejemplo en el caso de un competidor excluido ilegalmente de un mercado.
116. Sobre esta base, pueden utilizarse los métodos habituales para evaluar la rentabilidad de una empresa (por ejemplo, el método del «valor actual neto», que calcula el valor actual de futuros flujos de tesorería de una empresa) para aportar indicaciones sobre el importe del perjuicio. De la misma manera, los métodos de evaluación de empresas, entre ellos los métodos contables, pueden aportar indicaciones útiles.
117. En todos estos métodos, debe determinarse la hipótesis de contraste adecuada: una vez calculada la rentabilidad real de la empresa demandante, debe evaluarse cómo habría sido esa rentabilidad si no se hubiera producido la infracción. Se puede formular esta hipótesis de contraste utilizando datos sobre la rentabilidad obtenidos en un mercado de comparación – este planteamiento es similar a los métodos comparativos examinados¹⁰². Por ejemplo, podría utilizarse la rentabilidad del demandante antes y después de la infracción para formular una hipótesis de contraste. También se puede utilizar una norma alternativa para formular dicha hipótesis. Otra posibilidad al respecto es utilizar como referencia el coste de capital: esta medida describe el margen de beneficios mínimo necesario en un sector concreto para atraer capital y puede, por tanto, ser adecuado para presumir que la empresa en cuestión habría obtenido ese beneficio mínimo en la hipótesis de contraste.
118. Una ventaja de los métodos financieros es que, en algunos casos, la información necesaria para aplicarlos puede estar en poder de las empresas debido a sus requisitos contables, o puede incluso ser pública, como es el caso de las sociedades con cotización oficial.

C. Otros métodos

119. Los métodos descritos en esta Guía son aquellos que han merecido más atención hasta el momento en la práctica jurídica y la comunidad académica. La lista, sin embargo, no debe considerarse exhaustiva, ya que, en primer lugar, los métodos descritos podrían seguir evolucionando o podrían desarrollarse otros en la práctica.
120. En segundo lugar, hay métodos que no se han examinado en esta Guía y podrían, no obstante, resultar útiles, en particular, para establecer un límite inferior o superior¹⁰³

¹⁰² Para más detalles, véase el apartado 32 y ss.

¹⁰³ Por ejemplo, podría obtenerse una estimación del límite superior mediante un análisis de pérdidas crítico. Esta técnica evalúa, para un aumento de precio, qué pérdida de cantidades haría el aumento de precio no rentable.

o una estimación aproximada¹⁰⁴ del perjuicio sufrido. Los órganos jurisdiccionales nacionales han optado por técnicas pragmáticas en lugar de una aplicación sofisticada de los métodos expuestos en las secciones A y B para establecer el importe en concepto de daños y perjuicios que se concederá a las partes perjudicadas, especialmente cuando los ordenamientos jurídicos ofrecen la posibilidad de una estimación aproximada. Por ejemplo, en casos en los que un nuevo competidor ha sido excluido infringiendo el artículo 101 o 102 TFUE, a veces se ha recurrido a los planes de negocios¹⁰⁵ como fuente de información sobre los probables beneficios de un negocio, aunque ajustados en algunos casos en función de las circunstancias del mercado o mediante el uso de datos de un mercado o empresa de comparación.

121. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si, con arreglo a la normativa aplicable, puede aceptarse un método para la cuantificación del perjuicio en un asunto dado, siempre y cuando se respeten los principios de efectividad y de equivalencia de la legislación de la UE.

IV. ELECCIÓN DE LOS MÉTODOS

122. Cada uno de los métodos descritos en las secciones II y III puede, en principio, ofrecer una perspectiva útil de todas las infracciones de los artículos 101 o 102 TFUE y los diferentes tipos de perjuicios que tales infracciones suelen producir. En particular, permiten estimar no solo el importe del recargo ilegal en un cártel de fijación de precios sino también, por ejemplo, los volúmenes de ventas o el lucro cesante de una empresa perjudicada por una exclusión abusiva por parte de un competidor dominante.
123. Debe insistirse en que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción. De ningún método puede decirse que en todos los casos sería más adecuado que otros. Cada uno de los métodos descritos tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes, que pueden hacerlo más o menos adecuado para estimar el perjuicio sufrido en unas circunstancias concretas. En particular, se diferencian en el grado de sencillez de aplicación, en el grado en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que tienen en cuenta otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado a la situación de las partes.
124. En las circunstancias específicas de un asunto dado cualquiera, el enfoque adecuado para realizar la cuantificación debe determinarse con arreglo a las normas de derecho aplicables. Algunas de las consideraciones relevantes, además del nivel probatorio y la carga de la prueba con arreglo a la normativa jurídica aplicable, pueden ser la disponibilidad de datos, los costes y el tiempo que exigen y su proporcionalidad en relación con el valor de los daños y perjuicios que se reclaman. Los costes que deben considerarse en este contexto pueden ser no solo aquellos en que ha incurrido la parte sobre la que recae la carga de la prueba al aplicar el método, sino incluir también los de la otra parte para rebatir sus alegaciones y los costes para el sistema judicial

¹⁰⁴ Por ejemplo, podrían identificarse a primera vista los beneficios en la hipótesis de contraste tomando como referencia el coste de capital, suponiendo que, sin la infracción, la empresa hubiera ganado el coste de capital, lo que representa el beneficio mínimo exigido por los proveedores de capital de una empresa. Sobre las limitaciones de este planteamiento, véase la nota a pie de página 116.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, *Højesteret* (Tribunal Supremo de Dinamarca), sentencia de 20 de abril de 2005 en el asunto UFR 2005.217H (GT Linien A/S/ De Danske Statsbaner DSB y Scandlines A/S).

cuando el órgano jurisdiccional evalúa los resultados arrojados por el método, posiblemente con la ayuda de un experto designado por el tribunal. Los costes y la carga para una parte perjudicada y su proporcionalidad pueden ser particularmente relevantes habida cuenta del principio de efectividad¹⁰⁶. Además, la decisión con arreglo a la legislación aplicable en cuanto a si debe utilizarse alguno de los métodos y técnicas descritos en la presente Guía práctica —y, en tal caso, cuál—, puede también depender de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas sobre sus actividades que demuestren que se aplicó realmente un incremento de precios acordado ilegalmente por determinado importe.

125. Puede ocurrir que en un asunto dado se contemple la aplicación de *varios* métodos (por ejemplo, comparación diacrónica y comparación entre mercados geográficos), ya sea de forma alternativa o acumulada. Cuando dos métodos distintos den resultados similares, estas apreciaciones pueden llevar a un ordenamiento jurídico a atribuir mayor valor probatorio a la estimación de daños y perjuicios, posiblemente un límite inferior, basado en estos métodos. Cuando, sin embargo, la aplicación de dos métodos dé resultados aparentemente contradictorios (especialmente cuando las dos partes contrarias se basen en métodos diferentes), por lo general no es adecuado sacar simplemente la media de los resultados, ni sería adecuado considerar que los resultados contradictorios se anulan mutuamente en el sentido de que deben desecharse ambos métodos. En tal situación, sería más conveniente examinar las razones de la divergencia de los resultados y considerar cuidadosamente las ventajas e inconvenientes de cada uno de los métodos y de su aplicación en el asunto en cuestión.

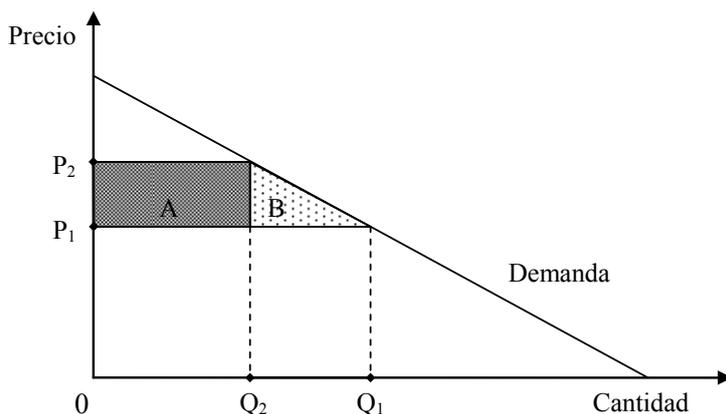
¹⁰⁶ Véase el apartado 2 de la parte 1, sección 1.

Parte 3 — Cuantificación del perjuicio causado por un aumento de precios

I. EFECTOS DE LAS INFRACCIONES QUE DAN LUGAR A UNA SUBIDA DE PRECIOS

126. Las prácticas contrarias a la competencia pueden tener el efecto de aumentar los precios que pagan por el producto en cuestión los clientes directos y, a menudo, también indirectos¹⁰⁷ de las empresas infractoras. Los clientes directos de las empresas infractoras son aquellos que compran un producto directamente a las empresas infractoras; los clientes indirectos son aquellos que compran un producto afectado por la infracción a los clientes directos o a otros clientes indirectos.
127. Ejemplos típicos de infracciones que originan tales incrementos son los cárteles de precios o la fijación de precios excesivos por una empresa dominante. Los consumidores también pueden verse afectados por prácticas que limiten la producción o repartan clientes o mercados, falseamientos de la competencia que, a su vez, suelen ocasionar un incremento de los precios. Otro tipo diferente de perjuicio es el causado cuando las infracciones afectan negativamente a la posición en el mercado de los competidores; la cuantificación de este perjuicio y sus consecuencias para los consumidores se examina en la parte 4.
128. En la medida en que una infracción da lugar a un aumento de precios de los productos en cuestión, se pueden distinguir dos tipos principales¹⁰⁸ de daño causado por la misma:
- (a) el perjuicio resultante del hecho de que los clientes directos e indirectos de las empresas infractoras tienen que pagar más por cada producto que compran que si no existiera la infracción (el «coste excesivo»); este tipo de perjuicio se examina con más detalle en la sección II; y
 - (b) el perjuicio resultante del denominado «efecto volumen», causado por el hecho de que, debido al aumento de los precios, se compra menor cantidad de esos productos. Este tipo de daño se examina con más detalle en la sección III.

El siguiente gráfico es una representación simplificada de estos dos efectos principales:



¹⁰⁷ En algunos casos, las empresas que no infringen las normas de competencia pueden subir sus precios puesto que los precios del mercado son más elevados debido a la infracción. A los clientes que compran a estas empresas se les llama a veces «clientes generales». Hasta qué punto pueden estos clientes solicitar reparación por el daño ocasionado por las empresas infractoras dependerá de las disposiciones jurídicas aplicables.

¹⁰⁸ Para otros tipos de perjuicio, véase el apartado 22 de la Parte 1, Sección III.

129. P_1 es el precio cobrado si el mercado no estuviera afectado por una infracción de los artículos 101 o 102 TFUE. En un mercado perfectamente competitivo, este precio será igual al coste para el proveedor de producir una unidad más («coste marginal»). De hecho, muchos mercados no son perfectamente competitivos y los precios sin la infracción en esos mercados estarán por encima de los costes marginales. A un precio P_1 , Q_1 es la cantidad del producto comprado por los clientes.
130. P_2 es el precio superior resultante de una infracción que afecta al precio. Esto a su vez lleva a una menor demanda (Q_2) porque algunos clientes considerarán que el precio superior que tienen que pagar no compensa el valor de poseer el producto o del disfrute del servicio. A este efecto se le denomina «efecto de volumen» o «efecto de cantidad». El grado en que un aumento del precio afecta a la demanda depende de la elasticidad de la demanda: esta mide en qué porcentaje la cantidad vendida de un producto en un mercado dado varía en respuesta a un cambio en el precio del uno por ciento para un nivel de demanda particular, y ofrece una indicación útil de la magnitud del efecto de volumen para pequeños cambios de precios.
131. El rectángulo A representa el valor transferido de los clientes a los infractores a causa de la infracción: los clientes que compran a un precio más elevado P_2 tienen que transferir más dinero a la empresa o empresas infractoras para obtener el producto. Pueden solicitar reparación por haber tenido que pagar más y en la sección II se explicará cómo cuantificar este perjuicio.
132. El triángulo B representa el efecto de volumen y, por tanto, el valor no percibido por aquellos que habrían comprado el producto al precio P_1 , pero renuncian a comprarlo cuando el precio sube a P_2 ¹⁰⁹.
133. Algunos clientes utilizan el producto en cuestión para sus propias actividades comerciales, por ejemplo, para venderlo o para fabricar otras mercancías. Si no compran al precio P_2 (o compran menos), dejan de percibir el beneficio que habrían obtenido si hubieran podido comprar al precio P_1 . Pueden solicitar reparación por este lucro cesante y en la sección III se explicará cómo cuantificar este perjuicio. Otros clientes son consumidores finales. Si no compran al precio P_2 , esto significa que dejan de disfrutar de la utilidad de estos productos o servicios, por los que hubieran estado dispuestos a pagar el precio P_1 ¹¹⁰. Las normas jurídicas aplicables pueden disponer que parte o todo ese perjuicio debe ser reparado por no haber disfrutado de la utilidad del producto. Como mínimo, los consumidores finales que tienen que soportar costes superiores (por ejemplo, por la compra de un producto sustitutivo) y que, por tanto, han sufrido un daño emergente¹¹¹ tienen que poder obtener reparación.
134. Lo anterior resume los efectos básicos en el mercado de las infracciones que llevan a un precio de venta *superior*. Las infracciones de los artículos 101 o 102 TFUE pueden también afectar a la demanda y dar lugar a precios de compra inferiores que pagan los infractores por su propio abastecimiento de productos, por ejemplo en el caso de un cártel de compradores o en un abuso de peso en el mercado ejercido por

¹⁰⁹ Para la economía en su conjunto, este triángulo representa, por tanto, la pérdida en valor para los consumidores debida a una reducción de la producción: Mientras que los efectos del coste excesivo afectan a la distribución de activos dentro de la economía, el triángulo B representa el bienestar no creado debido a la infracción. En economía, se conoce como «pérdida de eficiencia».

¹¹⁰ También es posible que estos clientes hubieran estado dispuestos a pagar un precio superior a P_1 , pero inferior a P_2 .

¹¹¹ Para este término jurídico, véanse asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 95.

un comprador dominante frente a sus proveedores. En tal caso, los efectos sobre el precio consistirían en una «infravaloración» para el proveedor del infractor, y a menudo también en un coste excesivo en los mercados descendentes, es decir, para los clientes directos e indirectos del infractor¹¹². Los mismos métodos utilizados para cuantificar un coste excesivo, pueden, en principio, utilizarse también para cuantificar la infravaloración, es decir, los precios inferiores pagados por los miembros de un cártel de compradores frente a sus proveedores

135. Los mismos métodos pueden, en principio, utilizarse¹¹³ también cuando a primera vista no sea visible un coste excesivo porque la infracción hizo que se estabilizaran artificialmente los precios durante un determinado periodo en el que los precios, en condiciones normales de mercado, (es decir, sin la infracción) habrían bajado. En lo que sigue, el término «coste excesivo» designa también estas situaciones.

II. CUANTIFICACIÓN DEL COSTE EXCESIVO

136. Distintos tipos de infracciones llevan directamente o indirectamente a costes excesivos. Las acciones de daños y perjuicios por conducta contraria a la competencia a menudo abordan los costes excesivos causados por cárteles, que se tratarán en la Sección A. La cuantificación del coste excesivo causado por otros tipos de infracciones se tratarán en la Sección B.

A. *Cuantificación de los costes excesivos causados por cárteles*

137. En una acción de reparación, será necesario —dentro del marco de normas jurídicas aplicables— cuantificar el coste excesivo pagado por el demandante o demandantes. Estudios económicos y jurídicos han analizado los efectos de los cárteles; en la sección 1 se exponen algunas perspectivas extraídas de estos estudios.
138. En acciones de daños y perjuicios es útil distinguir entre el coste excesivo inicial pagado por el cliente directo de la empresa infractora (véase la sección 2) y el posible perjuicio que este coste excesivo causa a los clientes indirectos en distintos niveles de la cadena de suministro (sección 3).

(1) **Efectos de los cárteles**

139. Los cárteles son acuerdos y prácticas concertadas entre dos o más empresas destinados a influenciar los parámetros de competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales, asignación de producción o cuotas de ventas o distribución de mercados (incluida la concertación de ofertas). Para poder apreciar si tales prácticas infringen el artículo 101 TFUE no es necesario cuantificar los efectos concretos de las mismas ya que el objeto del acuerdo de cártel es evitar, restringir o falsear la competencia¹¹⁴.

¹¹² Para inducir a la baja los precios de los insumos, es probable que los miembros del cártel/compradores dominantes con peso en el mercado descendente restrinjan sus adquisiciones de insumos, reduciendo así también las ventas de producción e incrementando los precios en sentido descendente.

¹¹³ Solo el método basado en la comparación de periodos de tiempo en la variante de comparación «antes y durante» (es decir, comparar los precios de la infracción con los precios sin infracción) sería evidentemente inadecuado, salvo que se aplicaran un análisis de regresión o ajustes simples para tener en cuenta los factores que harían que un precio bajara en condiciones normales de mercado (por ejemplo, un descenso de los costes de las materias primas).

¹¹⁴ Sentencias del Tribunal General en los asuntos acumulados T-25/95 etc. Cimenteries CBR SA/ Comisión, Rec. 2000, p. II-491, apartados 837, 1531, 2589; asunto T-202/98, Tate & Lyle /Comisión, Rec. 2001, p. II-2035, apartados 72-74; Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 TFUE, DO C 101 de 27.4.2004, p. 97, puntos 20 a 23.

140. Infringir las normas de competencia expone a los miembros del cártel al riesgo de ser descubiertos y, por tanto, objeto de una decisión por la que se declare una infracción y se impongan multas. El mero hecho de que las empresas participen, a pesar de todo, en tales actividades ilegales indica que esperan obtener substanciales beneficios de sus acciones, es decir, que el cártel produzca efectos en el mercado, y por consiguiente, en sus clientes¹¹⁵.
141. Un estudio encargado por la Comisión examinó las pruebas empíricas de la existencia de efectos de coste excesivo y de su magnitud¹¹⁶. Este estudio utiliza una serie de estudios empíricos existentes sobre los efectos de los cárteles. En concreto, restringe el muestreo de cárteles examinados en el estudio más exhaustivo existente considerando únicamente cárteles a) que empezaron después de 1960 (toma en cuenta solo cárteles más recientes), b) en los que se disponía de una estimación del coste excesivo medio (y no únicamente una estimación del coste excesivo más elevado o más bajo), c) en los que el estudio de base explicaba explícitamente el método para calcular la estimación del coste excesivo medio, y d) que se debatieron en artículos académicos o capítulos de libros evaluados por expertos¹¹⁷. Aunque hay que llevar cuidado al interpretar los resultados de este ejercicio¹¹⁸, el estudio realizado para la Comisión ofrece información útil sobre los efectos de los cárteles.
142. Basándose en los datos obtenidos, este estudio concluyó que en el 93 % de todos los asuntos de cártel examinados, los cárteles ocasionan costes excesivos. Por lo que se refiere a la magnitud del coste excesivo de los cárteles, este estudio llegó a las siguientes conclusiones¹¹⁹:

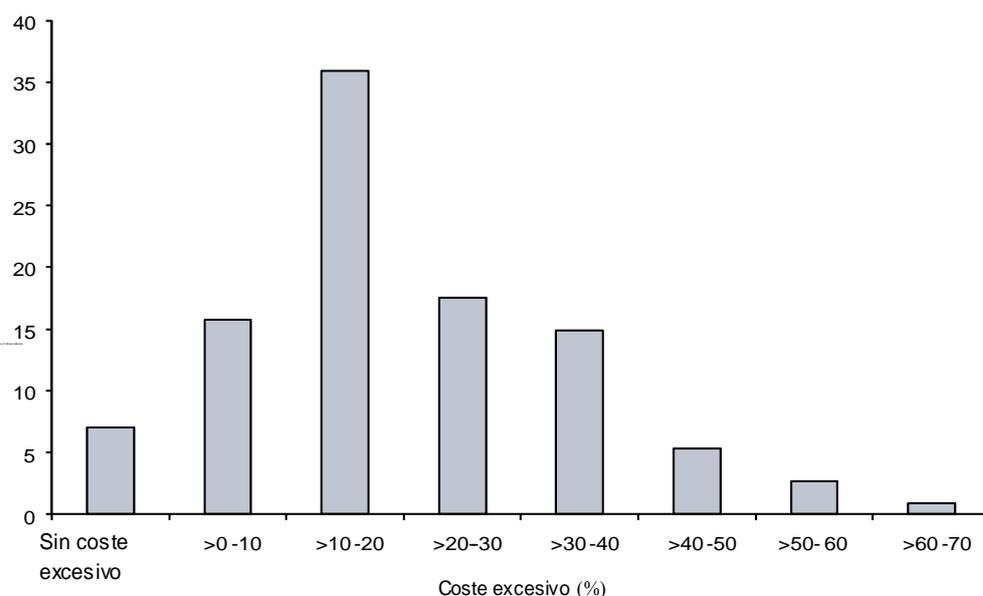
¹¹⁵ Véase también la decisión del *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín) de 1 de octubre de 2009 en el asunto n° 2 U 10/03, en la que el tribunal remitió a un argumento similar.

¹¹⁶ Estudio externo preparado para la Comisión «*Quantifying antitrust damages*» (2009), páginas 88 y ss., en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ En total, el estudio examina 114 cárteles basados en distintos tipos de conducta colusoria, incluida la concertación de ofertas. La muestra incluye cárteles internacionales y nacionales que afectaron a un amplio abanico de sectores distintos. El alcance geográfico de la muestra va de los EE.UU. y Canadá hasta cárteles de Europa y otras regiones.

¹¹⁸ En concreto, parece posible que en los estudios empíricos se preste más atención a los cárteles que tienen efectos sobre el mercado que a aquellos que no los tienen, lo que puede dar cierto sesgo a los resultados; véase el estudio «*Quantifying antitrust damages*», página 89 (ref. en la nota a pie de página 133), para más detalles sobre la interpretación de los datos utilizados en el estudio.

¹¹⁹ Estudio «*Quantifying antitrust damages*», página 91 (ref. en la nota a pie de página 133). La magnitud se expresa como porcentaje del precio real. Esto significa que si el precio real (entendiendo por tal el precio pagado influido por la infracción) es de 100 EUR y el coste excesivo se considera del 10 %, el precio sin la infracción se considera de 90 EUR.



143. Según este estudio, los costes excesivos observados varían considerablemente (en algunos cárteles el coste excesivo era incluso de más del 50 %). Cerca del 70 % de todos los cárteles contemplados en este estudio tienen un coste excesivo de entre el 10 % y el 40 %. El coste excesivo medio observado en estos cárteles es de aproximadamente el 20 %.
144. Las conclusiones de este estudio concuerdan con las de otros estudios empíricos disponibles, en concreto en cuanto a que a) la gran mayoría de los cárteles dan lugar de hecho a costes excesivos, y b) la discrepancia en los costes excesivos observados es considerable. Además, todos estos otros estudios empíricos llegan esencialmente a una estimación similar de la magnitud del promedio del coste excesivo antes descrito¹²⁰.
145. Estas conclusiones de los efectos de los cárteles no sustituyen a la cuantificación del perjuicio específico sufrido por los demandantes en un asunto concreto. Sin embargo, los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto¹²¹. Tales inferencias, no obstante, competen a las normas jurídicas aplicables.

(2) Coste excesivo inicial pagado por el cliente directo

146. Todos los métodos y técnicas descritos en la parte 2 pueden, en principio, utilizarse para cuantificar el coste excesivo inicial pagado por los clientes directos de las empresas infractoras. Otros tipos de pruebas (como, por ejemplo, un acuerdo específico sobre el aumento de los precios reflejado en documentos internos) pueden también aportar información valiosa sobre el alcance de los costes excesivos. Puesto

¹²⁰ Para más detalles y referencias, véase el estudio «*Quantifying antitrust damages*», páginas 89 y ss. (rf. en nota a pie de página 116).

¹²¹ *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 28 de junio de 2005 en el asunto n° KRB 2/05 (Cemento transportable) (en el contexto de evaluar las ganancias ilícitas de los participantes en un cártel a efectos de calcular una multa).

que el coste excesivo inicial es una transferencia de dinero del cliente directo a la empresa o empresas infractoras, cualquier información que haya sobre los beneficios ilícitos obtenidos por los infractores puede también servir para cuantificar este coste excesivo, aunque esto probablemente subestime el importe del coste excesivo pagado¹²².

147. Para ilustrar cómo pueden utilizarse métodos y técnicas para estimar los precios en un escenario sin infracción y, basándose en esa estimación, determinar el coste excesivo pagado por los clientes de las empresas infractoras, resulta útil considerar el ejemplo simplificado de un cártel de la harina ya mencionado en la parte 2¹²³.

El cártel de la harina

En el ejemplo, toda la harina de un Estado miembro determinado la producen cuatro compañías harineras (Harinera A, Harinera B, Harinera C y Harinera D). Estas harineras compran cereales a diversos agricultores, muelen los cereales y los someten a los procesos adecuados, envasan la harina y la venden a las panificadoras. Estas panificadoras utilizan la harina para fabricar pan, que venden a los consumidores y a supermercados.

La autoridad nacional de competencia investiga el mercado porque sospecha que se han fijado precios y en enero de 2008 lleva a cabo inspecciones por sorpresa en las instalaciones de las compañías harineras. En julio de 2010 la autoridad de competencia adopta una decisión en la que establece que las cuatro harineras infringieron el artículo 101 TFUE al participar, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2007, en una infracción única y continuada en relación con la producción de harina, que abarca la totalidad del Estado miembro, que consistió en la fijación de precios.

Una panificadora que compró harina a una de las compañías harineras (Harinera A) denuncia a esta empresa para obtener reparación del perjuicio sufrido por la infracción del artículo 101 TFUE¹²⁴. La panificadora sostiene que la infracción ha producido un aumento de los precios de la harina y solicita reparación por el pago de este coste excesivo en todas sus compras realizadas en 2005, 2006 y 2007.

148. La panificadora es un cliente directo de una de las empresas infractoras. Si la infracción produjo precios más elevados, la panificadora pagó un coste excesivo por cada una de las unidades de harina compradas mientras el precio resultó afectado. La aplicación de los métodos y técnicas descritos dará una estimación del precio que habría pagado la panificadora por la harina si no hubiera habido una infracción. Restando ese precio del precio realmente pagado por la panificadora, puede determinarse el coste excesivo ocasionado por el cártel por unidad comprada. Esa cifra debe multiplicarse por el número de unidades compradas por la panificadora para determinar el daño emergente ocasionado por el coste excesivo directo (suponiendo que no hubiera cambios importantes en el coste excesivo durante el periodo de infracción). Para la estimación del coste excesivo pagado por la panificadora en el presente ejemplo, se ilustrará el uso de métodos comparativos

¹²² Véase también la sección 33(3)(3) de la Ley alemana contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que dispone que el porcentaje del beneficio que la empresa infractora consiguió con la infracción puede ser tenido en cuenta al estimar los daños y perjuicios.

¹²³ Todo parecido entre este ejemplo ficticio y sucesos reales es pura coincidencia; el ejemplo no puede considerarse que refleje las opiniones de la Comisión en cuanto a ninguna empresa o sector específico o la definición del mercado en dicho sector.

¹²⁴ La legislación nacional puede asimismo disponer que todos los miembros de un cártel son responsables solidarios de la totalidad del perjuicio por él causado. El presente ejemplo no tiene implicaciones para dichas normas.

puesto que estos son los que más se suelen utilizar en la práctica y a menudo dan resultados útiles para cuantificar el coste excesivo inicial.

a. *Comparación diacrónica*

149. En el presente ejemplo, la panificadora demandante compró harina a la Harinera A antes, durante y después del momento en que la autoridad nacional de competencia apreció una infracción. Como se ha expuesto, utilizar los precios realmente pagados antes o después de la infracción para reconstruir los precios que hubiera habido sin la infracción exige, en primer lugar, determinar qué precios estuvieron afectados por la infracción y cuáles no. Esto significa averiguar en qué momento la infracción del cártel empezó a tener un efecto en el mercado de la harina y en qué momento terminó ese efecto.
150. En el presente caso, la autoridad nacional de competencia ha determinado la duración de la infracción. De hecho, la decisión detalla las pruebas que tenía la autoridad de competencia, que indican que las compañías harineras se reunieron en enero de 2005 para discutir precios y posteriormente siguieron reuniéndose mensualmente y ajustando sus acuerdos de precios. La última reunión tuvo lugar en diciembre de 2007. La autoridad nacional de competencia no encontró pruebas de reuniones después de inspeccionar las empresas en enero de 2008. En una primera fase, por tanto, los precios anteriores a enero de 2005 y posteriores a diciembre de 2007 parecen una base adecuada para una comparación diacrónica. Sin embargo, como se expone en la Parte 2, también hay que tener en cuenta en qué medida estas cifras son útiles para servir de referencia.
151. Como se ha indicado, la decisión de una autoridad de competencia puede limitar la apreciación de una infracción a un periodo determinado para el que dicha autoridad disponga de pruebas fundadas, aunque indique que la infracción podría haber tenido mayor duración¹²⁵. Puede entonces ser oportuno no utilizar los datos relevantes de precios para el periodo que podría haber estado afectado por la infracción (y, por tanto, incluir un coste excesivo), aunque dichos datos, puedan, no obstante, ser utilizados para determinar un límite inferior para la estimación de los daños y perjuicios, es decir, una estimación fiable de cuál ha sido el daño sufrido como mínimo.
152. Además, el calendario de la infracción del cártel puede ser distinto del calendario de los efectos de la infracción: las compañías harineras infringieron el artículo 101 TFUE al participar en un acuerdo contrario a la competencia. A los efectos de determinar qué precios observados podrían considerarse no afectados por la infracción, es necesario contemplar el calendario de los efectos del acuerdo, no su conclusión. Si puede demostrarse que las empresas se reunieron por primera vez en enero de 2005, pero que su acuerdo se aplicó a partir de marzo de 2005, los precios anteriores a marzo de 2005 no estarían contaminados por la infracción.
153. Por lo que se refiere a la conveniencia de utilizar datos de precios observados posteriores a la infracción, es posible que el cártel produjera efectos en el mercado incluso después de que sus miembros hubieran dejado de participar en este tipo de cooperación prohibido por el artículo 101 TFUE¹²⁶. Puede ser el caso, en particular, en mercados oligopolísticos, cuando la información recabada gracias al cártel pueda permitir a sus miembros adoptar de manera sostenible —después de que haya

¹²⁵ Véase el apartado 43 de la parte 2, sección II.

¹²⁶ Véase también el apartado 44 de la parte 2, sección II.

terminado la infracción del cártel— una actuación destinada a vender a un precio superior al precio probable sin infracción, sin participar en el tipo de prácticas prohibidas por el artículo 101 TFUE¹²⁷. También es posible que, tras el fin del cártel, antiguos miembros del mismo recurran a otro tipo de infracción de las normas de competencia que suba los precios a sus clientes. En estos casos, cualquier comparación diacrónica basada en los precios observados después del cese de la infracción pueden llevar a subestimar el coste excesivo pagado por los clientes de los infractores, puesto que los precios posteriores a la infracción pueden seguir estando influidos por una infracción. Cuando en el presente ejemplo la panificadora demandante tiene motivos para creer que esto puede haber ocurrido en los precios pagados en 2008 y posteriormente, podría utilizar solo estos precios en su alegación ante el órgano jurisdiccional para estimar un límite inferior del perjuicio sufrido por el coste excesivo.

154. En el presente ejemplo, la panificadora demandante considera que los precios pagados antes de la infracción eran adecuados para estimar el precio hipotético probable. Si la panificadora compara los precios con la infracción y sin la infracción tal como se observan, implícitamente asume que la totalidad de la diferencia entre los precios pagados en los años 2003 y 2004, en los que no hubo infracción, y los precios pagados en los años 2005, 2006 y 2007, en los que hubo infracción, se deben a esta. Sin embargo, puede ser que otras causas distintas tuvieran una influencia significativa en la evolución de los precios durante el periodo de infracción. Los cambios en los precios de los cereales, por ejemplo, podrían ser otra causa que influyera en la evolución de los precios y pueden ser tenidos en cuenta utilizando las técnicas expuestas en la parte 2, sección II B. En la medida en que puedan identificarse otras influencias significativas y ajustar a sus efectos los datos sobre los precios, gana más fuerza el argumento de que la diferencia restante entre los precios en el periodo de infracción y de no infracción se debe a la infracción¹²⁸. Las circunstancias en las que se requerirán estos ajustes a demandantes o demandados dependerán de las disposiciones de la legislación aplicable.

b. Otros métodos comparativos

155. Además de las comparaciones diacrónicas, otros métodos comparativos descritos en la parte 2 pueden también ser útiles para cuantificar el importe del coste excesivo inicial pagado por el cliente directo. En el ejemplo del cártel de la harina, la panificadora demandante podría utilizar alternativamente una comparación con precios de otro mercado geográfico u otro mercado de producto para mostrar cómo habrían sido probablemente los precios en su propio mercado sin la infracción.
156. Una posibilidad sería la comparación con datos de precios de la harina observados en un mercado geográfico diferente. En el supuesto de que el cártel de la harina descrito abarcara un mercado nacional, podrían utilizarse datos de precios de otro Estado

¹²⁷ Para más información sobre el funcionamiento de tales «efectos coordinados», véanse 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, apartado 39.

¹²⁸ Ello no prejuzga la aplicación de disposiciones nacionales que permitan al demandante utilizar las comparaciones básicas sin ajustes entre precios cobrados en periodos de infracción y de no infracción para hacer una alegación inicial, o para cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo las disposiciones jurídicas nacionales para el establecimiento de los hechos (en particular cuando la legislación nacional permita a un tribunal determinar la concesión de daños y perjuicios mediante una estimación aproximada o la determinación con arreglo al principio *ex-aequo-et-bono*). Además, las normas sobre el nivel probatorio y la carga de la prueba no varían.

miembro para llegar al precio sin infracción. En el caso de mercados con un alcance regional subnacional, los precios de venta de la harina de un mercado regional diferente podrían ser un punto de referencia adecuado.

157. Para ser un indicador adecuado de los precios tal como habrían sido sin la infracción, los propios precios de comparación no deben estar influidos por la misma infracción, u otra similar, de las normas de competencia. Si en el ejemplo del cártel de la harina se utilizan datos de precios de un mercado geográfico adyacente y hay pruebas de que el acuerdo contrario a la competencia abarca también ese mercado adyacente, los precios de ese mercado inducirían a subestimar los costes excesivos. Además, en el caso de mercados adyacentes, la infracción en un mercado puede haber tenido influencia en ese mercado adyacente (por ejemplo, a través de un aumento de la demanda en el mercado sin infracción), por lo que tal vez tampoco reflejen los precios sin la infracción.
158. Cuando el mercado de comparación tenga características de mercado distintas, los datos de precios de ese mercado probablemente no sean suficientemente indicativos de los precios tal como habrían sido si no hubiera habido una infracción. En el presente ejemplo, el mercado afectado por la infracción está abastecido por cuatro compañías harineras. Si se puede demostrar, por ejemplo, que antes de participar en las prácticas infractoras había una reñida competencia, los datos de precios de un mercado adyacente que se caracterice por la presencia de una compañía harinera dominante podrían no reflejar adecuadamente los precios tal como habrían sido si no hubiera habido un cártel y tal vez solo sirvan como base para una estimación del límite inferior.
159. Si la panificadora demandante utiliza datos de precios de un mercado geográfico distinto en la forma en que se observan, supone implícitamente que las diferencias restantes entre los precios realmente pagados a los infractores y los precios imperantes en ese mercado de comparación se deben a la infracción. Dependiendo de las circunstancias del asunto y de los requisitos con arreglo a la legislación aplicable, pueden utilizarse las técnicas descritas en la parte 2, sección II B, para identificar y explicar posibles influencias alternativas sobre los precios.
160. Otra posibilidad para estimar el precio sin infracción es compararlo con datos de precios observados en otros mercados de producto. En el caso de la harina, sin embargo, puede resultar difícil encontrar un mercado de producto suficientemente similar que no esté afectado por la misma infracción u otra parecida.

(3) **Repercusión de los costes excesivos**

161. Los clientes directos de las empresas infractoras que pagan un coste excesivo causado por el cártel pueden a su vez vender los productos afectados (o utilizarlos como insumo para su propia producción de otros bienes o servicios). En el ejemplo del cártel de la harina antes expuesto, las panificadoras son los clientes directos de las empresas infractoras y utilizan la harina que compran para fabricar pan, que luego venden, ya sea directamente a los consumidores finales o a supermercados. Los clientes directos (panificadoras), como reacción al aumento de precio al que se enfrentan, tal vez suban los precios de sus propios bienes o servicios (el pan que venden), repercutiendo así una parte o la totalidad del coste excesivo inicial a sus propios clientes (los consumidores o los supermercados). El mismo efecto se produce cuando son los clientes *indirectos* (como los supermercados en este caso) quienes suben sus propios precios de venta en sus relaciones comerciales con sus clientes, repercutiendo así unos costes excesivos que antes les habían repercutido a ellos.

162. Estos costes excesivos repercutidos suelen conllevar un efecto de volumen: como se ha expuesto en los apartados 128 y ss., un aumento de los precios da lugar, por lo general, a una disminución de la demanda. En el ejemplo del cártel de la harina, en la medida en que la panificadora repercute el coste excesivo aumentando los precios que cobra por el pan a los supermercados y consumidores finales, podría reducir el impacto financiero adverso del coste excesivo en sí, pero sufrirá una disminución de la demanda¹²⁹. Esta disminución de la demanda significa, en el caso de la panificadora, menos ventas y un lucro cesante, perjuicio que también está causado por la infracción y debe ser reparado (véase la sección III).
163. El aumento de precios mediante la repercusión del coste excesivo y la disminución de las ventas está, pues, intrínsecamente relacionado. De hecho, tanto la repercusión como los efectos de volumen están determinados por los mismos factores, en particular, la elasticidad de la demanda de los consumidores en el mercado descendente. Esto se debe a que las condiciones de mercado por lo que se refiere a la demanda descendente afectan tanto a los precios de venta como a los correspondientes volúmenes de ventas en los que la panificadora maximizaría sus beneficios.
164. En el contexto de una solicitud de reparación de los costes excesivos en una demanda por daños y perjuicios por infracción de la normativa *antitrust*, la repercusión del coste excesivo puede ser relevante en dos tipos de situaciones distintas:
- (a) En una demanda interpuesta por el consumidor directo que solicite reparación por el coste excesivo inicial que ha pagado (en el presente ejemplo: la demanda de la panificadora contra la Harinera A), el cártel demandado infractor puede alegar que, en realidad, el consumidor directo no debe ser indemnizado del perjuicio causado por el coste excesivo puesto que a su vez aumentó sus precios, repercutiendo así el coste excesivo. A esto se denomina habitualmente defensa «passing-on», o de daños repercutidos. Repercutir el coste excesivo al comprador puede producir, como se ha mencionado, una pérdida de ventas y, por tanto, un lucro cesante para el comprador.
 - (b) Una demanda interpuesta por un consumidor indirecto contra el infractor (por ejemplo, un supermercado o un consumidor que compró pan a la panificadora y que presenta una demanda contra las compañías harineras) también se apoyará en un argumento de repercusión del coste excesivo. De hecho, el comprador indirecto puede solicitar reparación por el coste excesivo solo cuando el coste excesivo inicial pagado por el consumidor directo se le haya repercutido total o parcialmente. Esto puede ser relevante para demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, incluidos los consumidores finales.
165. Existen distintas disposiciones legales relativas a la disponibilidad de la defensa «passing-on» y la carga de la prueba en este contexto¹³⁰. Las indicaciones de naturaleza económica relativas a la cuantificación de la repercusión del coste

¹²⁹ Esta relación entre una empresa que repercute un coste excesivo y su propio volumen de ventas, en un contexto diferente, ha sido también destacada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-147/01, *Weber's Wine World*, Rec. 2003, p. I-11365, apartados 98-99: «incluso cuando se demuestra que la (...) carga (...) ha sido repercutida total o parcialmente sobre terceros, el sujeto pasivo podría sufrir un perjuicio económico debido a una disminución del volumen de sus ventas».

¹³⁰ Véase el Libro Blanco de la Comisión sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM(2008) 165 final, de 2.4.2008) para propuestas políticas relativas al tratamiento de la repercusión de los costes excesivos en ese tipo de acciones.

excesivo expuestas en los apartados 168 y ss. pueden ser útiles independientemente de cuáles sean estas disposiciones.

166. En las dos situaciones consideradas, demandantes y demandados pueden apoyarse en dos planteamientos distintos para fundamentar su alegación de que el coste excesivo se repercutió al consumidor indirecto: podrían bien
- (a) cuantificar el coste excesivo inicial y determinar el índice de repercusión al consumidor indirecto, posiblemente en diversos niveles de la cadena de suministro y utilizando las técnicas econométricas ya expuestas o
 - (b) utilizar los métodos y técnicas ya expuestos para determinar si el consumidor indirecto en cuestión pagó un coste excesivo; este segundo planteamiento suele ser más fácil de aplicar.
167. Por ejemplo, cuando un consumidor indirecto solicite reparación por el coste excesivo causado por un cártel, ese consumidor indirecto puede demostrar que hubo un coste excesivo inicial y que ese coste excesivo se le repercutió¹³¹ o bien puede cuantificar el coste excesivo repercutido a su nivel de la misma manera que un cliente directo cuantificaría un coste excesivo inicial, es decir, comparando el precio real que pagó con el precio probable en un escenario sin infracción: los métodos comparativos pueden aportar perspectivas del importe de coste excesivo pagados por los consumidores indirectos, sin que sea preciso identificar el grado de repercusión del coste excesivo. Utilizando una comparación temporal, por ejemplo, para los precios pagados por el consumidor indirecto antes y durante la infracción, posiblemente se pueda determinar cuánto han subido esos precios debido a la infracción, sin tener que llegar a una conclusión sobre el índice de repercusión del coste excesivo.
168. Es imposible establecer un índice de repercusión del coste excesivo típico que se aplique en la mayoría de las situaciones. Antes bien, será necesario examinar atentamente todas las características del mercado en cuestión para evaluar los índices de repercusión del coste excesivo. En un asunto específico, la existencia y el grado de repercusión del coste excesivo se determinan mediante una serie de criterios distintos y, por tanto, únicamente pueden evaluarse teniendo en cuenta las condiciones del mercado en cuestión.
169. Cuando el cliente directo de las empresas infractoras utilice los productos objeto del cártel para competir en un mercado descendente, es probable que, por lo general, el cliente directo no sea capaz de repercutir este incremento en los costes (o solo en un grado muy limitado) si sus propios competidores en ese mercado descendente no están sujetos al mismo coste excesivo u otro similar (por ejemplo, cuando reciben su insumo de un mercado que no está sujeto al cártel). En el ejemplo del cártel de la harina, la panificadora demandante compite con otras panificadoras en la producción y suministro de pan. En la medida en que estas otras panificadoras no se abastezcan de harina en los miembros del cártel, sino que puedan comprarla a menor precio en otro sitio, la panificadora que tiene que comprarla al cártel está en una situación de desventaja competitiva frente a sus propios competidores que le impide repercutir el coste extra del recargo.

¹³¹ Cuando el consumidor indirecto fundamente su solicitud remitiendo a un índice de repercusión del coste excesivo y la infracción se refiera a un factor de coste pequeño en comparación con el coste total del producto, los índices de repercusión del coste excesivo de otros factores de coste más importantes que sea más fácil estimar pueden servir como un indicador útil.

170. Cuando todas las empresas en ese mercado descendente resultan afectadas por el cártel y están, por tanto, igualmente expuestas al pago del coste excesivo directo, es probable que el cliente directo pueda repercutir, al menos en parte, ese coste excesivo. El grado de tal repercusión está influido por la intensidad de la competencia en el mercado descendente: si el mercado descendente es perfectamente competitivo, el índice en este caso será prácticamente del 100 %. Esto refleja el hecho de que, en mercados perfectamente competitivos, el precio equivale a los costes marginales y, por consiguiente, un aumento en los precios del insumo producirá directamente el mismo aumento del coste/del precio de producción. En mercados que no son perfectamente competitivos, es probable que las empresas afectadas repercutan al menos en parte los costes excesivos, aunque no necesariamente el 100 %. Por ejemplo, si el cliente directo es un monopolista en el mercado descendente, optará por un índice de repercusión que refleje — desde su punto de vista — un precio que maximice los beneficios, habida cuenta de la disminución de la demanda que probablemente generará la repercusión del coste excesivo¹³².
171. Entre otras características que pueden también tener influencia sobre el grado de repercusión en tales situaciones (si las demás condiciones no varían) están las siguientes:
- La elasticidad precio de la demanda y la cuestión de si los clientes son más o menos sensibles a los precios cuando estos suben. En particular, la repercusión del coste excesivo suele ser más probable si los clientes no pueden cambiar con facilidad a otros productos tras una subida de precios (demanda inelástica) y si los clientes son menos sensibles a las subidas de los precios cuando estos son más elevados.
 - La variación del coste marginal cuando hay cambios en la producción. Por ejemplo, una repercusión importante es menos probable si el coste marginal disminuye significativamente tras una reducción del insumo porque la menor producción será menos costosa de producir (por ejemplo, si hay limitaciones de capacidad). Por el contrario, es más probable una repercusión importante del coste excesivo si el coste marginal no disminuye significativamente a raíz de una reducción del insumo (por ejemplo, al no haber limitaciones de capacidad).
 - El impacto de la infracción en distintos tipos de costes. Cuando la infracción tiene un impacto sobre los costes variables, es más probable que se repercutan que si tuviera un impacto sobre los costes fijos.
 - La duración de la infracción y la frecuencia de los intercambios comerciales. Cuando la infracción dura mucho tiempo, es más probable que se repercuta el coste excesivo; lo mismo ocurre en sectores en los que son frecuentes los intercambios comerciales y los ajustes de precios.

¹³² La magnitud exacta de esta repercusión dependerá de la demanda a la que se enfrente el cliente directo en su estructura de costes. Por ejemplo, en un asunto sencillo de un monopolio que se enfrenta a una demanda lineal (lo que significa que la relación entre la cantidad y el precio puede representarse mediante una línea recta) y costes marginales constantes, la repercusión será del 50 % del coste excesivo directo.

B. *Cuantificación de los costes excesivos causados por otros tipos de infracciones que ocasionan perjuicio por coste excesivo*

172. Los cárteles no son más que una de las infracciones que motivan un aumento de precios para los clientes de las empresas infractoras y, con ello, un perjuicio por coste excesivo (o, en el caso de infracciones relativas al suministro a las empresas infractoras, por una «infravaloración»). Otros ejemplos de conducta que puede producir perjuicio por coste excesivo son las infracciones del artículo 101 TFUE por medio de determinadas empresas en participación contrarias a la competencia y el cobro abusivo de precios excesivos por parte de una empresa dominante con arreglo al artículo 102 TFUE.
173. Un rasgo común a estas infracciones es el hecho de que pueden permitir directa o indirectamente a la empresa o empresas infractoras subir los precios a sus clientes¹³³. El pago de este coste excesivo, a su vez, da lugar a una disminución de la demanda y, por tanto, al efecto de volumen antes descrito.
174. Los métodos y técnicas cuya aplicación al asunto del cártel del coste excesivo se han descrito anteriormente¹³⁴ pueden utilizarse, en principio, para cuantificar el perjuicio por coste excesivo causado por otras infracciones. El punto de partida es cómo habría sido la situación del demandante si no se hubiera producido esa infracción concreta en cuestión.

III. CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO POR EL EFECTO DE VOLUMEN

175. Un aumento de precios de un producto determinado produce menor demanda. El grado en que tanto el aumento de los precios como la disminución de las cantidades a raíz de una infracción depende de los mismos parámetros de costes y demanda, y se determinan conjuntamente. Así pues, los costes excesivos y los efectos de volumen están intrínsecamente ligados.
176. En un coste excesivo a un cliente intermedio (como el tratado en los apartados 161 y ss.), el efecto de volumen está también estrechamente ligado a la repercusión del coste excesivo a lo largo de la cadena de suministro al cliente final: cuando un cliente de las empresas infractoras no repercute el coste excesivo, absorbiéndolo así en su totalidad, sus propias ventas no disminuirán debido a la infracción puesto que sus clientes no sufrirán un aumento de precios a causa de la infracción. Cuando, sin embargo, el coste excesivo se repercute total o parcialmente al cliente final, ese cliente estará sujeto al aumento de precios descrito en el apartado 128 y reducirá su demanda. Esto, a su vez, reducirá la demanda en sentido ascendente en la cadena de suministro.
177. Como se ha explicado anteriormente, para aquellos clientes directos o indirectos de las empresas infractoras que utilizan el producto en cuestión para sus propias actividades comerciales, esta disminución de la demanda («efecto de volumen») significa que venden menos a causa de la infracción y, por tanto, no perciben el beneficio que habrían obtenido de las unidades que no han vendido debido a este efecto. Este lucro cesante es un perjuicio por el que puede concederse reparación¹³⁵

¹³³ O, si la infracción se refiere al suministro a las empresas infractoras, a bajar el precio que estos proveedores cobran a sus clientes.

¹³⁴ Véanse los apartados 149 y ss. y 155 y ss.

¹³⁵ Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 95.

y, en principio, los métodos y técnicas descritos en la parte 2 pueden utilizarse para cuantificarlo¹³⁶.

178. En particular, los métodos y técnicas comparativos, cuya aplicación a la cuantificación del coste excesivo inicial pagado por el cliente directo se ha abordado anteriormente, pueden ofrecer al demandante ideas útiles para determinar la disminución de su volumen de negocios y de sus beneficios. Por ejemplo, puede utilizarse una comparación diacrónica o entre mercados para reconstruir el volumen de ventas en el escenario sin infracción, es decir, cuántas unidades habría podido vender el demandante de no haber sido por la infracción. De igual manera, puede recurrirse a la aplicación de estos métodos y técnicas para obtener el margen de beneficios hipotético en un escenario sin infracción. En algunos casos, un órgano jurisdiccional puede también aceptar que se utilicen estos métodos de forma simplificada, por ejemplo, al determinar un promedio del margen de beneficios por operación y luego multiplicarlo por las unidades que no se vendieron a causa de la infracción¹³⁷.
179. El lucro cesante es una forma de perjuicio que a menudo va asociada a las infracciones que tienen por efecto excluir a los competidores del mercado. La parte 4 de la Guía práctica aborda la cuantificación de este perjuicio con más detalle. Las ideas presentadas en esa parte pueden también ser relevantes al cuantificar el lucro cesante causado por un aumento de los precios.

¹³⁶ Excepto para el método basado en el coste.

¹³⁷ Véase también el apartado 191.

PARTE 4 — Cuantificación del perjuicio ocasionado por las prácticas de exclusión

I. EFECTO DE LAS PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN

180. Las infracciones de los artículos 101 o 102 TFUE pueden tener por efecto excluir completamente a los competidores de un mercado o reducir sus cuotas de mercado. A estos efectos sobre los competidores se los denomina habitualmente «exclusión». Ejemplos de estas prácticas son los abusos de posición dominante prohibidos por el artículo 102 TFUE mediante, entre otras cosas, precios predatorios, acuerdos exclusivos, denegación de suministro, venta asociada, venta por paquetes o compresión de márgenes¹³⁸. Estos abusos se denominan «abusos de exclusión». La exclusión de un competidor puede también ser el objetivo o el efecto de una práctica prohibida por el artículo 101 TFUE. Por consiguiente, es posible referirse a «prácticas de exclusión», que abarcan tanto las infracciones del artículo 101 como del artículo 102 TFUE.
181. Mediante prácticas de exclusión prohibidas por las normas de competencia del Tratado, los infractores falsean la competencia con el fin de mejorar o mantener artificialmente su posición en el mercado. Esto afecta de manera inmediata a sus competidores al deteriorar su posición en un mercado, expulsándolos de un mercado o impidiéndoles entrar en él. Las prácticas de exclusión pueden afectar a los costes que soporta un competidor, al precio que puede cobrar por sus productos o a las cantidades que puede producir o vender. Por lo general, ocasionan un lucro cesante a los competidores afectados.
182. Por otra parte, al afectar de manera ilegal la posición en el mercado de sus competidores y, con ello, el nivel de competencia en el mercado, estas prácticas son lesivas para los consumidores y se reflejan en precios más elevados o menor surtido, calidad o innovación. No obstante, es posible que los efectos lesivos de las prácticas de exclusión para los consumidores no siempre se manifiesten inmediatamente ya que, en primer lugar, van destinadas a los competidores, reduciendo así la presión competitiva que estos ejercen sobre el infractor o infractores. Mientras que las infracciones del tipo descrito en la parte 3 producen habitualmente un beneficio ilegal inmediato para los infractores y un perjuicio inmediato para sus clientes, las prácticas de exclusión pueden causar una desventaja inicial para los infractores y mejores precios para los consumidores a corto plazo, como es típico en los precios predatorios. Las siguientes secciones abordarán por separado las cuestiones de la cuantificación del perjuicio sufrido por los competidores (sección II) y del daño sufrido por los consumidores (sección III).
183. El Tratado garantiza a consumidores y empresas que han sido perjudicados por una práctica de exclusión el derecho a reparación, independientemente de si son clientes o competidores de los infractores. Como ya se ha indicado, el Tribunal de Justicia ha especificado que esa reparación engloba el daño emergente, el lucro cesante ocasionado por la infracción y el pago de intereses¹³⁹. A los efectos de cuantificar el perjuicio causado por las prácticas de exclusión, las siguientes secciones remitirán primeramente al concepto de «lucro cesante», en la línea de la jurisprudencia del

¹³⁸ Para una descripción de estas prácticas, véase también la Comunicación de la Comisión — 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, DO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

¹³⁹ Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 95.

Tribunal de Justicia. El concepto de «lucro cesante» se utilizará en sentido laxo, entendido como toda diferencia entre los beneficios reales generados por una empresa y los beneficios que habría generado de no ser por la infracción. Las opciones para cuantificar este lucro cesante descritas a continuación no prejuzgan la posibilidad de que las partes perjudicadas soliciten reparación en concepto de otros daños con arreglo a la legislación nacional. De hecho, algunos elementos del lucro cesante en sentido laxo pueden clasificarse con arreglo a distintos conceptos jurídicos según la legislación de los Estados miembros (tales como la pérdida de posibilidades¹⁴⁰ o la pérdida de reputación) y puede haber también daños causados por conducta excluyente que excedan del concepto de lucro cesante.

II. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LOS COMPETIDORES

184. El lucro cesante para los competidores puede deberse a la disminución de los ingresos (por ejemplo, al reducir la cantidad que pueden vender esos competidores) o al aumento de los costes (por ejemplo, cuando la infracción afecta al precio de un insumo). La situación global puede reflejarse en una disminución de la cuota de mercado del competidor. En las siguientes secciones, tras una breve descripción de cómo afectan a los competidores las prácticas de exclusión a lo largo del tiempo (A), y un esbozo del planteamiento general de la cuantificación del lucro cesante (B), se abordarán algunas situaciones típicas en la cuantificación de prácticas de exclusión, en concreto en casos en los que afecte a competidores existentes (C) y nuevos competidores (D) y cuando el perjuicio que producen se hace extensivo también al futuro (E).

A. *Dimensión temporal de las prácticas de exclusión*

185. Dependiendo del periodo considerado, las prácticas de exclusión pueden afectar a los competidores de distintas maneras. Cuando una práctica de exclusión comienza, lo habitual es que los competidores tengan dificultades para vender sus productos o (si la práctica afecta al mercado ascendente) conseguir suministros. Esto se traduce en un deterioro de sus beneficios debido a costes superiores o a menores ingresos. Por lo general, los competidores pueden experimentar una caída de sus cuotas de mercado, o una cuota de mercado inferior de la que podrían haber esperado si no hubiera habido infracción (por ejemplo, si se impide su expansión). Esta fase puede coincidir con un incremento de los beneficios de los infractores. Sin embargo, no necesariamente es así, puesto que los infractores tienen que soportar los costes ocasionados por la aplicación de la práctica de exclusión (por ejemplo, bajando sus precios, no suministrando a un competidor y reduciendo así sus propias ventas, u ofreciendo descuentos u otras ventajas que podrían disminuir sus beneficios a corto plazo). Al final, los competidores tal vez se vean obligados a dejar el mercado.

186. Una vez que se ha logrado impedir a los competidores entrar en un mercado, o se ha reducido o eliminado su presencia, los infractores se suelen recuperar y obtienen mayores beneficios en detrimento de los consumidores y de los competidores excluidos. Cuando esto ocurre (ya sea nada más empezar la infracción o al cabo de cierto tiempo), los consumidores tal vez tengan que pagar un precio más alto y sufrir una pérdida de calidad o de surtido. La exclusión total de un competidor de un mercado no es un prerrequisito para que los consumidores sufran estos efectos. Estos efectos pueden producirse también desde que comienza la práctica de exclusión, e

¹⁴⁰ La pérdida de posibilidades designa las oportunidades comerciales perdidas por una empresa debido a la práctica de exclusión ilegal.

incluso aunque los competidores sigan en el mercado, siempre y cuando la presión competitiva que ejercen se debilite.

187. Cuando la práctica de exclusión es detectada por autoridades públicas con funciones coercitivas o se le pone fin como resultado de demandas privadas, las condiciones competitivas pueden restablecerse progresivamente. Es importante destacar que restablecer las condiciones de mercado como si la infracción no se hubiera producido es de hecho imposible en muchos casos. Esto depende principalmente de efectos estructurales de la infracción que puede resultar difícil y laborioso deshacer (obligaciones contractuales existentes, efectos de red u otras barreras a la reintegración de un competidor excluido). Por otra parte, en algunos casos no puede producirse la plena convergencia entre el escenario sin infracción y la evolución real del mercado.

B. Planteamiento general de la cuantificación del lucro cesante

188. Para determinar si los competidores han sufrido lucro cesante, y en qué medida, es necesario comparar el beneficio por ellos obtenido durante la infracción en el mercado afectado con el que habrían obtenido de esos productos en un escenario sin infracción (la hipótesis de contraste)¹⁴¹. Siempre que pueda demostrarse que el competidor excluido habría tenido mayores beneficios en un escenario sin infracción, y que la diferencia se debe a ella, el competidor ha sido perjudicado, aun cuando su cuota de mercado no haya variado o sus beneficios hayan aumentado por otros factores¹⁴².
189. Los beneficios reales obtenidos por la empresa en cuestión se suelen calcular deduciendo los costes reales incurridos de los ingresos reales conseguidos. De la misma manera, los beneficios que se hubieran obtenido en un escenario sin infracción (beneficios en la hipótesis de contraste) pueden determinarse deduciendo los costes estimados en un escenario sin infracción (costes de contraste)¹⁴³ de los ingresos previstos sin la infracción (ingresos de contraste)¹⁴⁴. El importe del lucro cesante es la diferencia entre los beneficios en la hipótesis de contraste y los beneficios reales. En el caso de que se impida la entrada al mercado, los beneficios reales son generalmente nulos, o pueden incluso ser negativos si el competidor excluido incurrió en costes (por ejemplo, la inversión para entrar al mercado) que no han producido ingresos.
190. El planteamiento básico para calcular el lucro cesante puede llevarse a la práctica de diversas formas. Por ejemplo, es posible comparar los ingresos del competidor

¹⁴¹ Esto no se refiere a demandas de reparación de solo parte de la pérdida, por ejemplo, solo los costes adicionales en que se ha incurrido. Estas demandas surgen en la práctica también gracias a la disponibilidad de planteamientos más sencillos para cuantificar el daño sufrido. Véase también el apartado 192.

¹⁴² Por ejemplo, un nuevo competidor con gran potencial de crecimiento puede mantener sus niveles de beneficios, pero, sin la infracción, los habría aumentado.

¹⁴³ Al estimar el lucro cesante para la empresa en cuestión, hay que tener en cuenta los costes adicionales en los que esta hubiera incurrido en condiciones normales para aumentar la producción. A este respecto, el coste por unidad incurrido por una empresa no corresponde necesariamente a su coste por unidad en la hipótesis de contraste. Por ejemplo, en el caso de rendimientos de escala crecientes, el coste por unidad en la hipótesis de contraste sería inferior al coste observado, puesto que la producción de la empresa sería más elevada en la hipótesis de contraste (es decir, si no hubiera estado afectada por la infracción).

¹⁴⁴ Véase *Stockholms tingsrätt* (Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo), sentencia de 20 de noviembre de 2008, asuntos acumulados T 32799-05 y T 34227-05 (Europe Investor Direct AB y otros/VPC Aktiebolag), recurrida.

excluido en el escenario sin infracción con los ingresos reales en el mercado afectado por la infracción. Una vez establecidos los ingresos no percibidos, se pueden deducir los costes que se ha evitado la empresa debido al menor volumen producido, para obtener el valor del lucro cesante. En este planteamiento para evaluar el lucro cesante no es necesario cuantificar la totalidad de los costes en que habría incurrido la empresa sino solo una estimación de los costes en los que no ha incurrido debido a la infracción.

191. Algunos planteamientos más pragmáticos para evaluar el lucro cesante pueden ser adecuados en determinados casos específicos. Por ejemplo, puede estimarse un margen de beneficios promedio por unidad del producto comercializado en el escenario sin infracción para luego multiplicarlo por el número de unidades que no se han vendido debido a la infracción¹⁴⁵. Esa estimación del beneficio promedio por unidad puede basarse en una o varias operaciones que puedan considerarse suficientemente representativas del negocio del demandante para el producto en cuestión. Cabe señalar que en este cálculo los costes evitados estarían incluidos implícitamente¹⁴⁶.
192. La práctica en las demandas por daños y perjuicios por infracción de la normativa *antitrust* muestra que los competidores excluidos a veces deciden solicitar la reparación de solo una parte del perjuicio, por ejemplo, los costes incurridos para responder a una práctica de exclusión¹⁴⁷, los costes no recuperables («sunk costs») realizados para entrar en un mercado del que han sido excluidos¹⁴⁸ o el importe juzgado excesivo en casos de estrechamiento de márgenes o precios discriminatorios¹⁴⁹ que infringen la legislación de la UE en materia de competencia. A veces, esta elección está motivada por la consideración de que cuantificar el perjuicio por esos conceptos es más sencillo o puede necesitar menos datos y que es más fácil disponer de pruebas. Además cuando los demandantes solicitan la reparación del lucro cesante, la cuantificación del perjuicio sobre la base de los costes adicionales incurridos (recuperables y no recuperables) constituirá, por lo general, un límite inferior al estimar la totalidad del lucro cesante.
193. Sea cual sea el método o técnica elegido, cuantificar el lucro cesante puede conllevar evaluar datos complejos relativos a una hipotética situación de no infracción con respecto a la cual hay que evaluar la posición real del competidor excluido, a menudo teniendo presentes probables evoluciones futuras. Evaluar los beneficios que habría obtenido una empresa, incluidos los beneficios futuros, puede depender de tal número de factores que podría ser conveniente imponer requisitos menos estrictos a

¹⁴⁵ A modo de ejemplo de planteamiento pragmático basado en datos reales sobre costes e ingresos aplicado mediante técnicas de regresión, véase Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, decisión de 20 de enero de 2011, asunto Nº 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. contra Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

¹⁴⁶ Para estimar el promedio del margen de beneficios, seguiría siendo adecuado considerar cómo habrían evolucionado sin la infracción los costes y los ingresos en la hipótesis de contraste. Por ejemplo, los márgenes de beneficios observados en el periodo anterior a la infracción podrían haberse reducido durante el periodo de infracción por razones independientes de esta, debido a una reducción de la demanda o a un incremento de los costes de los insumos causados por otros factores. Además, la reducción en la producción del competidor excluido podría afectar a su coste por unidad, afectando, por tanto, también al margen sobre las unidades que sigue vendiendo.

¹⁴⁷ Por ejemplo, los gastos adicionales de marketing necesarios para conservar la posición en el mercado.

¹⁴⁸ Por ejemplo, los costes de construir una nueva fábrica en ese mercado.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, *Lietuvos apeliacinis teismas* (Tribunal de Apelación de Lituania), decisión de 26 de mayo de 2006, en el asunto nº 2A-41/2006 (Stumbras); *Højesteret* (Tribunal Supremo de Dinamarca), decisión de 20 de abril de 2005, en el asunto nº 387/2002 (GT Linien A/S v DSB).

la hora de efectuar la cuantificación. Por consiguiente, los ordenamientos jurídicos pueden permitir a los órganos jurisdiccionales ejercer amplia discreción en cuanto a las cifras y el método estadístico que se elija, y la forma en la que vayan a utilizarse para evaluar los daños y perjuicios¹⁵⁰.

C. *Competidores existentes*

194. Para cuantificar el perjuicio que han sufrido a causa de una práctica de exclusión, los competidores pueden optar por basarse en los métodos o técnicas descritos en la parte 2. El escenario sin infracción podría reconstruirse comparándolo con los resultados de la misma empresa en un periodo de tiempo que no estuviera afectado por una infracción, una empresa similar del mismo mercado, los beneficios agregados del sector¹⁵¹ o los resultados de la misma empresa u otra similar en un mercado distinto de aquel en el que se produjo la práctica de exclusión. Alternativamente, los métodos basados en simulaciones pueden darnos una estimación del escenario sin infracción, es decir, simular sobre la base de una serie de supuestos (relativos al tipo de interacciones competitivas entre empresas, por ejemplo) cuál habría sido la situación probable si el competidor excluido pudiera haber estado activo en el mercado y no se hubiera visto afectado por la práctica de exclusión. El uso de otros métodos también es posible, por ejemplo, los datos financieros de las empresas implicadas pueden aportar indicaciones útiles sobre los probables rendimientos de las empresas si estas no hubieran estado afectadas por una infracción.

Denegación de suministro de un insumo esencial para solventes comerciales

Worldco es un fabricante internacional líder de materias primas que son un insumo esencial en la fabricación de solventes comerciales. Eusolv es una empresa que se dedica al mercado de solventes comerciales desde 1995, y la mayor parte de su volumen de negocios procede de las ventas de Betanol. Para fabricar Betanol, Eusolv compra Rawbeta a Worldco. Worldco es dominante en la producción de Rawbeta, que es la única materia prima adecuada para fabricar Betanol a escala industrial y a precios que permitan comercializarlo. Worldco también suministra Rawbeta a su filial Subco, que desde 2004 fabrica Betanol y compite con Eusolv.

En 2006, Worldco decide dejar de suministrar Rawbeta a empresas que vendan Betanol en la Unión Europea, con la excepción de su propia filial Subco. En un principio, Eusolv intenta comprar suficiente Rawbeta a otros proveedores o sustituir su insumo de Rawbeta por otras materias primas obtenidas mediante procesos experimentales, que son notablemente más caros y ocasionan un marcado aumento de los precios del Betanol, a la vez que una disminución de su calidad e idoneidad para fines comerciales. Como consecuencia, Eusolv sufre un descenso progresivo de sus ventas y termina por abandonar la producción de Betanol en 2010. Ese mismo año, Eusolv interpone una demanda por daños y perjuicios contra Worldco y su filial Subco con el fin de recuperar el lucro cesante debido a la denegación de suministro. El tribunal dictamina que la práctica de Worldco supuso un abuso de posición dominante prohibida por el artículo 102 TFUE.

(1) Comparación diacrónica

195. Cuando una práctica de exclusión afecta a competidores existentes, probablemente se dispondrá de datos de la misma empresa relativos a un periodo no afectado. En tales casos, el lucro cesante del competidor perjudicado puede estimarse efectuando una

¹⁵⁰ Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 79.

¹⁵¹ Véanse los apartados 35, 48 y 66.

comparación diacrónica. El escenario sin infracción puede construirse, por ejemplo, en referencia a datos sobre ingresos y costes de la empresa perjudicada antes de que la infracción por exclusión produjera efectos¹⁵². En muchos casos de prácticas de exclusión, puede que no se disponga de datos posteriores a la infracción o que no sean igualmente adecuados, especialmente si la infracción produjo efectos que pueden alterar la estructura de un mercado y no es probable que desaparezcan a corto plazo, por ejemplo cuando el competidor queda excluido del mercado y existen barreras para que vuelva a entrar a corto plazo, o cuando el competidor ha perdido cuotas de mercado que sería difícil recuperar debido a efectos de red¹⁵³.

En el ejemplo del Betanol, no se dispone de datos fiables posteriores a la infracción, puesto que Eusolv, la empresa perjudicada, ya no está presente en ese mercado, y puede que su retorno efectivo al mercado no se produzca inmediatamente una vez termine la infracción. Así pues, Eusolv decide construir un probable escenario sin infracción utilizando datos anteriores a 2006, cuando se inició la práctica de exclusión.

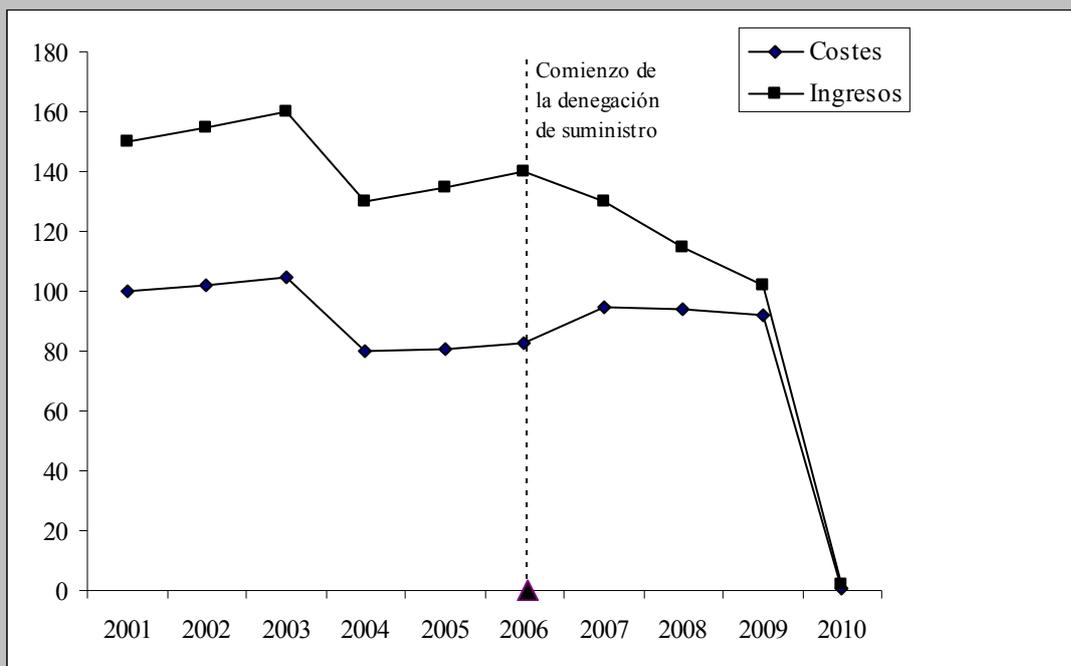
196. En algunos casos, los datos de ingresos y costes anteriores a la infracción utilizados para la comparación pueden afinarse. Por ejemplo, y en función de las disposiciones nacionales aplicables en materia de pruebas y sobre la carga de la prueba, un demandado puede rechazar el importe estimado por el demandante indicando otros elementos que puedan haber influido adversamente en los resultados de una empresa y no guarden relación con la infracción, tales como una disminución de la inversión en mercadotecnia, una pérdida de competitividad del producto o un aumento del coste de insumos que sea específico del competidor que solicita los daños y perjuicios. Por el contrario, puede demostrarse que la situación del competidor perjudicado en el escenario sin infracción habría sido mejor de lo que era antes de la infracción, por ejemplo, porque tenía un potencial de crecimiento. En general, la referencia a un periodo anterior no afectado por la infracción es probable que sea más fiable cuanto más tiempo haya estado el competidor en ese mercado y más estable haya sido su posición de mercado. En otras palabras, la referencia a un escenario anterior a la infracción puede beneficiarse más de los ajustes¹⁵⁴ si el competidor perjudicado era un recién llegado al mercado, puesto que es más probable que su cuota de mercado hubiera estado sujeta a fluctuaciones.

En el ejemplo, Eusolv facilita datos de sus ingresos y costes reales globales de la fabricación y venta de Betanol, expuestos en la siguiente gráfica:

¹⁵² A modo de ejemplo de la aplicación de una comparación «antes y durante» para estimar el perjuicio producido por una práctica de exclusión prohibida por el artículo 101 TFUE, véase *Corte d'Appello di Milano* (Tribunal de apelación, Milán), decisión de 3 de febrero de 2000, en el asunto n° I, 308 (Inaz Paghe contra Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

¹⁵³ Un producto está sujeto a efectos de red cuando su valor aumenta a medida que aumenta el número de usuarios.

¹⁵⁴ Estos ajustes pueden efectuarse mediante las técnicas descritas en los apartados 59 y ss.

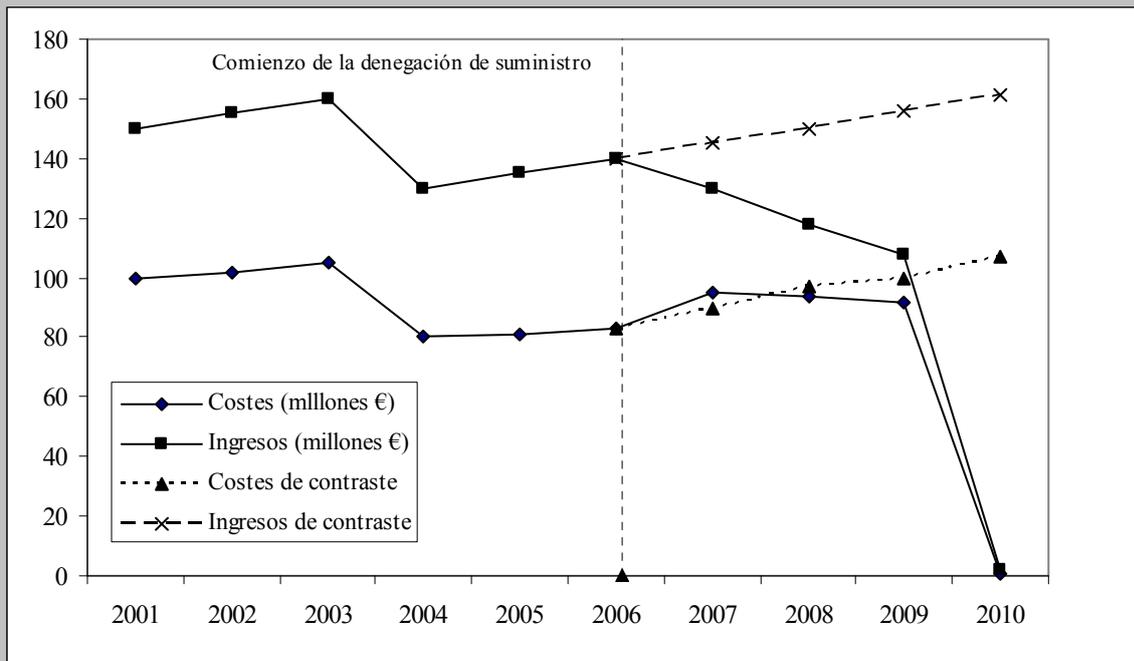


Para establecer un escenario sin infracción fiable, no se toman en cuenta los datos anteriores a 2004 porque Subco, el competidor más importante de Eusolv, todavía no estaba presente en el mercado, mientras que después de 2004 y hasta 2006 Eusolv tuvo una cuota de mercado estable.

Eusolv, de conformidad con las disposiciones nacionales sobre la carga de la prueba y el nivel probatorio, da cifras sobre cantidades, ingresos y costes «de contraste» que se habrían producido de no ser por la infracción.

Debido a las cada vez mayores aplicaciones industriales del Betanol, se observa que la demanda total de este producto (y, por tanto, el tamaño del mercado) han aumentado. Eusolv alega la estabilidad de su cuota de mercado tras la entrada de Subco en el mercado del Betanol para apoyarse en el supuesto de que, sin la infracción, habría mantenido una cuota de mercado similar. Sobre este supuesto Eusolv ofrece cifras de sus ingresos «de contraste» para los años 2006–2010, calculados sobre la base del valor total del mercado y de su cuota de mercado. Eusolv facilita cifras de su contabilidad interna sobre sus costes unitarios para los años 2004 a 2006¹⁵⁵. Se demuestra que los costes siguieron muy de cerca a los precios de los insumos para la producción de Betanol, es decir que, por ejemplo, un aumento de los precios de los insumos produce directamente un aumento correspondiente de los costes. Utilizando datos disponibles del sector sobre precios de los insumos, los expertos de Eusolv estiman los costes «de contraste» por unidad, es decir, mediante análisis de regresión, explican la evolución de los precios de los insumos y las eficiencias relacionadas con la producción de volúmenes superiores. La cifra de los costes «de contraste» globales de los años 2006–2010 se obtiene entonces multiplicando el coste unitario «de contraste» estimado por el número de unidades que habría vendido sin la infracción.

¹⁵⁵ Aquí se incluyen los costes no recuperables, repartidos a lo largo del tiempo.



Las cifras obtenidas se comparan con los ingresos y costes reales de Eusolv de la siguiente manera: los beneficios reales (ingresos reales menos costes reales) se deducen de los beneficios de contraste (ingresos de contraste menos costes de contraste). Esto constituye la estimación final de los daños y perjuicios solicitados por Eusolv.

Sin embargo, Worldco y Subco alegan que, para poder suministrar ese número mayor de unidades en 2006-2010, Eusolv habría necesitado ampliar su capacidad, haciendo frente a costes no recuperables que no se han incluido en el cálculo. El tribunal acepta ese argumento y la reparación por el lucro cesante se reduce en consecuencia (deduciendo los costes no recuperables previstos durante esos años, a prorrata, de la cifra presentada por Eusolv).

197. En casos de prácticas de exclusión, las cuotas de mercado pueden desempeñar un papel importante como indicador en el cálculo del lucro cesante mediante métodos comparativos tales como comparaciones diacrónicas. Por ejemplo, puede utilizarse un método comparativo para obtener la cuota de mercado probable del competidor excluido si no hubiera una infracción. El lucro cesante puede entonces cuantificarse multiplicando los datos obtenidos sobre costes e ingresos reales por unidad (o el promedio del margen de beneficios real) por las cantidades extra correspondientes a la cuota de mercado superior «de contraste» prevista sin la infracción. Esto se basa en el supuesto de que los costes e ingresos por unidad no habrían cambiado de forma significativa en el escenario sin infracción, y pueden ser aceptados por un ordenamiento jurídico como estimación del daño sufrido, posiblemente como indicios razonables o suficientes para cambiar la carga de la prueba¹⁵⁶. Una estimación más fina evaluaría la evolución de los costes e ingresos en el escenario sin infracción, siempre y cuando se dispusiera de datos suficientes.
198. Cuando se toma la cuota de mercado como indicador en la estimación del lucro cesante, debe tenerse en cuenta el hecho de que puede estar sujeta a fluctuaciones debidas a factores distintos de la infracción, tales como la disminución de la cuota de

¹⁵⁶ A modo de ejemplo de una estimación de un tribunal basada en multiplicar el número total de contratos celebrados por el infractor por la cuota de mercado de los demandantes antes de que comenzara la práctica de exclusión, véase *Corte d'Appello di Roma* (Tribunal de apelación, Roma), decisión de 20 de enero de 2003, en el asunto n° I, 2474 (Albacom S.p.A./Telecom Italia S.p.A.).

mercado de Eusolv en 2004 en el ejemplo de Betanol debida a la aparición de Subco como competidor¹⁵⁷. Puede también ocurrir que, si la infracción reduce el tamaño total del mercado, se subestimarían los ingresos estimados sobre la base de las cuotas de mercado del competidor excluido.

(2) Otros métodos comparativos

199. También pueden utilizarse como punto de comparación otros mercados geográficos o de productos para construir el escenario sin infracción¹⁵⁸. Así, los costes e ingresos de la misma empresa u otra similar en un mercado distinto pueden tomarse como referencia para estimar los costes e ingresos que habría obtenido el competidor perjudicado si no se hubiera producido la infracción. Estos métodos también pueden utilizarse para evaluar la fiabilidad de una estimación obtenida mediante una comparación diacrónica u otros métodos. Por ejemplo, si los resultados anteriores a la infracción del único competidor de una empresa históricamente monopolística indican que habría tenido una cuota de mercado determinada de no ser por la infracción, la estimación puede ser respaldada por la apreciación de que la misma empresa u otra similar que compite con el antiguo monopolista histórico en un mercado geográfico comparable realmente tiene una cuota de mercado similar, teniendo en cuenta las posibles diferencias entre las empresas o los mercados en cuestión.

D. Evitar la entrada de competidores

200. Las prácticas de exclusión pueden no solo llevar al deterioro de la posición en el mercado de un competidor existente, sino también a impedir la entrada de un competidor potencial que no estaba presente en el mercado. Impedir la entrada a nuevos competidores puede causarles un perjuicio muy importante por el cual tienen derecho a reparación. Los ordenamientos jurídicos deben tener en cuenta las dificultades inherentes de cuantificar este perjuicio y asegurarse de que las demandas por daños y perjuicios interpuestas por los competidores a los que se ha impedido entrar al mercado no resulten en la práctica imposibles o excesivamente difíciles¹⁵⁹.
201. La situación de impedir la entrada presenta algunas circunstancias propias que deben tenerse en cuenta al cuantificar el perjuicio. En particular, si la empresa perjudicada deseaba entrar en un mercado en el que todavía no estaba presente, hay una falta inherente de datos sobre sus resultados en dicho mercado.
202. El planteamiento general para cuantificar el lucro cesante de los competidores en tales situaciones no difiere esencialmente del de la situación de exclusión de los competidores que ven deteriorarse su posición en el mercado, puesto que también implica una evaluación de los beneficios que podría haber obtenido el competidor excluido de no ser por la infracción. Estos beneficios pueden compararse con la

¹⁵⁷ Por esta razón, en el ejemplo la cuota de mercado considerada para la cuantificación es la cuota de mercado estable de Eusolv después de 2004.

¹⁵⁸ Juzgado Mercantil número 5 de Madrid, decisión de 11 de noviembre de 2005 en el asunto nº 85/2005 (Conduit-Europe S.A. contra Telefónica de España S.A.), confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, decisión de 25 de mayo de 2006 en el asunto nº 73/2006.

¹⁵⁹ En algunos casos, es posible, en virtud de las disposiciones legales aplicables, cuantificar este daño mediante planteamientos pragmáticos, como el cálculo del valor total del mercado perdido en términos de beneficios, multiplicado por un porcentaje que exprese la cuota de mercado que probablemente hubiera adquirido la empresa excluida. Por ejemplo, si los beneficios totales generados por empresas activas en el mercado de referencia después de la infracción ascienden a 200 millones EUR y se estima que, sin la infracción, el competidor excluido habría tenido una cuota de mercado del 30 %, el lucro cesante podría estimarse, según este planteamiento, en 60 millones EUR.

situación real. En los casos en los que se impide la entrada, es probable que el competidor excluido no tenga beneficios o incluso tenga pérdidas (por ejemplo, cuando el competidor haya tenido que soportar costes que no ha recuperado al no haber podido entrar al mercado).

203. Como se ha mencionado anteriormente, los competidores excluidos pueden decidir solicitar daños y perjuicios solo por los costes soportados para entrar al mercado y no por la totalidad de los beneficios no percibidos. Este planteamiento puede ser más sencillo que solicitar la reparación del lucro cesante puesto que solo requiere cuantificar los costes no recuperables incurridos por el demandante.

El asunto del equipo médico

Newco es una empresa que se había propuesto entrar en el mercado de un dispositivo médico específico en un Estado miembro en el que Medco tiene una posición dominante. Para ser rentable, Newco habría necesitado alcanzar un tamaño mínimo en el mercado para aprovechar las economías de escala.

Temiendo perder ventas cuantiosas por culpa de Newco, Medco celebró acuerdos de compra exclusiva con una serie de clientes para impedir que Newco lograra esa escala mínima. Como resultado, Newco no pudo competir con Medco por esos clientes, ni entrar en el mercado con beneficios, lo que produjo unos precios medios para los clientes más elevados que si Newco hubiera entrado en el mercado. Puesto que se consideró que la conducta de Medco infringía el artículo 102 TFUE, Newco tendría derecho a solicitar reparación por el lucro cesante de resultados de la infracción. No obstante, para evitar realizar un análisis de lucro cesante completo, Newco solo solicitó una indemnización por los costes no recuperables en los que ya había incurrido para instalar una nueva fábrica y entrar en el mercado (incluidos, por ejemplo, los costes financieros y las pérdidas no recuperables por los insumos adquiridos).

204. En casos en los que se ha impedido la entrada de competidores efectivamente, no hay datos de ingresos y costes anteriores a la infracción para el mercado en cuestión, mientras que los datos posteriores a la infracción tal vez tampoco sirvan de referencia para una comparación diacrónica debido a los efectos de la infracción. En tales casos, la referencia a un mercado geográfico o de producto comparable en el que esté presente la misma empresa u otra comparable podría ser un medio mejor para construir un escenario sin infracción. Los mercados geográficos o de producto en cuestión deben ofrecer suficiente grado de similitud, aunque es posible ajustar algunas diferencias entre los mercados¹⁶⁰.
205. En algunos casos, la evaluación de los resultados financieros del competidor puede aportar datos suficientes para estimar los beneficios en el escenario sin infracción¹⁶¹.

En la situación expuesta en el ejemplo anterior, supongamos que Newco desee suministrar a los tres centros médicos privados principales de un Estado miembro un tipo innovador de película para aparatos de rayos X. Supongamos que normalmente el mercado de este tipo de

¹⁶⁰ Esto puede hacerse, por ejemplo, mediante un análisis de regresión, siempre y cuando se disponga de datos suficientes. Véase el apartado 69 y ss. Para un ejemplo de práctica de exclusión en la que se aceptó, en principio, un mercado geográfico diferente como punto de comparación, véase Juzgado Mercantil número 5 de Madrid, decisión de 11 de noviembre de 2005 en el asunto nº 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. contra Telefónica de España S.A.), confirmado por la Audiencia Provincial de Madrid, decisión de 25 de mayo de 2006 en el asunto nº 73/2006.

¹⁶¹ Para ilustrar la cuantificación del perjuicio a un nuevo competidor excluido de un mercado que se licita, véase *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior de Justicia regional, Düsseldorf), decisión de 16 de abril de 2008, en el asunto nº VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

equipos médicos para centros médicos privados sea un mercado que se licita. Gracias a una mejora tecnológica, Newco puede ofrecer sus productos a un precio inferior al de Medco. Sin embargo, Medco, que tiene una posición dominante en el mercado de aparatos de rayos X, vincula los productos, aplicando un precio superior a los aparatos de rayos X de los centros que no le compran la película. Como resultado, Newco no consigue el contrato. En esas circunstancias, Newco demostró que realmente podía suministrar las cantidades solicitadas por los centros al precio ofrecido, y aportó datos detallados de sus propios costes. Basándose en estos datos, y suponiendo que Newco hubiera resultado elegido como contratista en los casos en que ofrecía el precio más bajo, podrían estimarse los márgenes de beneficios previstos sin recurrir a una comparación diacrónica o a otros mercados geográficos o de producto.

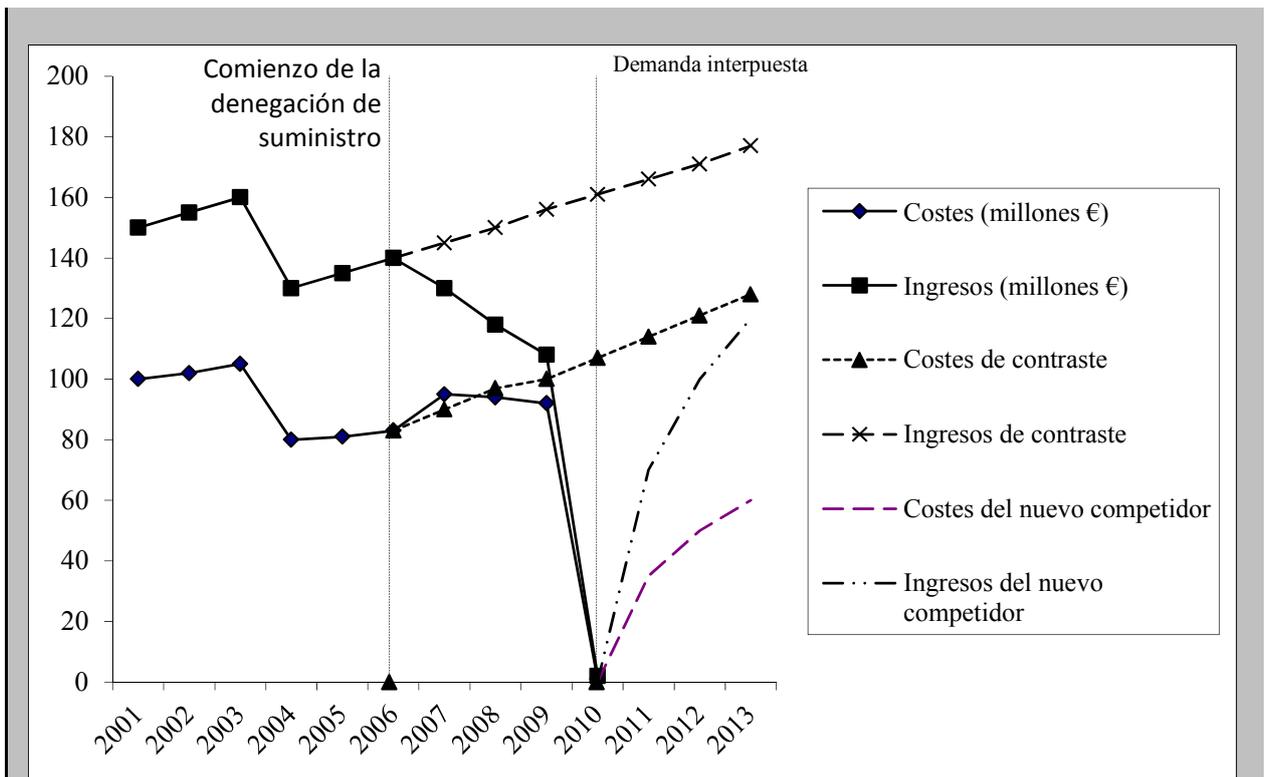
E. Reparación por pérdidas futuras

206. Al solicitar una reparación, los competidores excluidos podrían solicitar una reparación no solo por el lucro cesante durante el periodo de infracción sino también por los beneficios no percibidos después de finalizada dicha práctica¹⁶². Esto es relevante, en particular, cuando no puedan retornar al mercado o recuperar totalmente sus cuotas de mercado por los efectos que perduran de la infracción finalizada. En ese caso, podría pedirse reparación por beneficios futuros, es decir, beneficios que probablemente se perderán después de que se haya interpuesto y se haya fallado la demanda de reparación.
207. El problema para cuantificar esta pérdida reside no solo en las técnicas que hay que emplear, sino también en el plazo de tiempo durante el cual todavía pueda identificarse y repararse el lucro cesante. La legislación nacional desempeña un papel importante al respecto, determinando, por ejemplo, en qué circunstancias puede recuperarse una pérdida futura, o estableciendo normas pragmáticas para abordar esta cuestión caso por caso¹⁶³.
208. Los factores que probablemente afecten a la elección del límite de tiempo relevante para solicitar lucro cesante futuro comprenden, entre otros, el tiempo probablemente necesario para retornar al mercado en cuestión. En otros casos, esta evaluación puede ser más sencilla por las circunstancias del asunto. Por ejemplo, en el ejemplo anterior de los aparatos de rayos X, la duración de los contratos por los que licitaba Newco puede constituir un plazo de tiempo razonable durante el que debieran compensarse futuros beneficios con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables. En otros casos, puede también considerarse el plazo durante el que la empresa podría razonablemente haber seguido produciendo bienes o prestando servicios sin nuevas inversiones.

En el ejemplo del Betanol, Eusolv puede solicitar reparación también por los beneficios que podría haber obtenido después de 2010, cuando fue expulsado del mercado e interpuso una demanda por daños y perjuicios. En tal caso, sería posible utilizar las mismas técnicas empleadas para reconstruir el escenario sin infracción en los años 2006–2010 y proyectarla en el futuro. Evidentemente, el lucro cesante en el futuro no puede solicitarse con una duración indefinida. Eusolv decidió tomar como referencia el lapso de tiempo probable que habría necesitado Eusolv para retornar al mercado una vez se hubiera puesto fin a la infracción.

¹⁶² A modo de ejemplo de concesión de daños y perjuicios también por el periodo posterior al término de una infracción, véase *Østre landsrets* (Audiencia de Dinamarca Oriental), decisión de 20 de mayo de 2009, en el asunto n° B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s/Post Danmark A/S*).

¹⁶³ Al estimar beneficios futuros, conviene rebajar, por lo general, su valor para reflejar la depreciación monetaria con el tiempo.



III. CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO A LOS CONSUMIDORES

209. Las empresas que tienen una conducta colusoria o abusan de su posición dominante para excluir a un competidor pueden enfrentarse a costes o a una reducción temporal de sus beneficios para aplicar la infracción. Este sacrificio se soporta para lograr un falseamiento del proceso competitivo que, en última instancia, situará a los infractores en una posición en la que obtengan mayores beneficios gracias a las condiciones falseadas del mercado conseguidas, permitiendo así recuperar, a expensas de sus clientes, la pérdida temporal o la reducción de beneficios soportada para alcanzar esa posición. Las secciones siguientes tratarán de dos situaciones lesivas para los consumidores típicas causadas por prácticas de exclusión. A los efectos de cuantificación, el daño causado a los consumidores por prácticas de exclusión puede ser análogo al causado por infracciones que den lugar a un aumento de los precios, que se trata con más detalle en la parte 3 de esta Guía práctica.

A. Recuperación de pérdidas

210. El ejemplo más sencillo del perjuicio causado a los consumidores en la fase de recuperación de las prácticas de exclusión son los precios predatorios, cuando una empresa abusa de su posición dominante fijando sus precios en un nivel artificialmente bajo que no pueden igualar sus competidores, quienes al final abandonarán el mercado o sufrirán una reducción de su cuota de mercado. Una vez los competidores hayan sido excluidos del mercado, o se haya logrado una cuota de mercado superior, los infractores pueden disfrutar de mayores beneficios gracias a que se ha debilitado la presión competitiva.

211. La recuperación puede verse como una fase complementaria de la infracción que puede dar lugar a efectos de coste excesivo para los clientes de los infractores. Este coste excesivo constituye un perjuicio causado por la práctica de exclusión, por el que los consumidores pueden solicitar reparación.

Recuperación en un asunto de precios predatorios

Consideremos, por ejemplo, el mercado de vuelos en una ruta concreta entre dos ciudades. El operador dominante en ese mercado es Titan Airlines, una empresa consolidada que ofrece un servicio en vuelo de gran calidad por una tarifa estándar de 1 000 EUR. Otro operador en ese mercado específico es Bluesky Airlines, empresa más pequeña, que empezó a operar en la misma ruta recientemente a un precio de 800 EUR.

Titan Airlines participa en precios predatorios rebajando estratégicamente sus tarifas a un precio standard de 500 EUR. Bluesky Airlines tiene problemas para igualar estas tarifas predatorias y, como resultado, no consigue ser rentable y al final se ve expulsada del mercado. El operador dominante Titan Airlines aprovechará en este caso la reducción de la competencia y aumentará sus beneficios subiendo las tarifas a un nivel superior al de las tarifas anteriores a los precios predatorios, es decir, por encima de su precio standard inicial de 1 000 EUR. Si Titan Airlines, hasta que vuelva a entrar un competidor, cobrara un precio de 1 100 EUR, sus clientes, debido a la infracción, tendrían que pagar un coste excesivo de 100 EUR.

212. Cuando deben cuantificarse costes excesivos debidos a la recuperación, el marco conceptual que se aplica no es, en principio, distinto del expuesto en la parte 3, en concreto, el referente a las infracciones que dan lugar más directamente a una subida de precios. Puesto que el perjuicio causado por una práctica de exclusión no se limita a los competidores del infractor, sino que se hace extensivo a todos los consumidores en un mercado específico, las cuestiones debatidas en el marco del perjuicio consistente en el coste excesivo son también relevantes en este escenario.
213. La posición lograda por una empresa en el mercado debido a una infracción por prácticas de exclusión no motiva en todos los casos un aumento de precios para los clientes de la empresa infractora. No obstante, también en tales casos la infracción puede resultar lesiva para los clientes, por ejemplo si hace que empeore la calidad. En el ejemplo, puede ocurrir que la empresa dominante Titan Airlines vuelva a poner el mismo precio standard de 1 000 EUR, que no supera las tarifas que cobraba antes de la exclusión de Bluesky Airlines. Los pasajeros que viajen en esa ruta concreta, sin embargo, les afecta adversamente, por ejemplo, si Titan Airlines aprovecha la oportunidad de la menor presión competitiva para rebajar el nivel de su servicio en vuelo.
214. Los clientes del competidor excluido pueden encontrarse en una situación distinta que los clientes de los infractores, ya que tal vez tengan que cambiar a los productos que venden las empresas infractoras, puesto que el competidor es expulsado del mercado. Aparte de la posibilidad de que se reduzca la calidad, tal vez también tengan que pagar a las empresas infractoras precios superiores a los que pagaban por los productos vendidos por la empresa excluida. En función de las disposiciones jurídicas aplicables, puede que se les permita demostrar que, de no ser por la infracción, habrían comprado al competidor excluido a un precio inferior. En tal caso, el efecto que debe considerarse es, en principio, similar a un coste excesivo. El coste excesivo puede calcularse comparando el precio del producto vendido por la empresa infractora en el escenario real con el precio que cobraba la empresa excluida en el escenario sin infracción.

Por ejemplo, los pasajeros que viajaban con Bluesky Airlines antes de su exclusión tal vez se enfrenten a un coste excesivo cuando, debido a la exclusión del mercado de Bluesky Airlines, estén obligados a volar con tarifas más caras de Titan Airlines. El coste excesivo puede estimarse como la diferencia entre el precio real de 1 000 EUR pagado a Titan Airlines y el

precio de 800 EUR que hubiera cobrado Bluesky Airlines si no hubiera sido expulsada del mercado. En tal caso, el coste excesivo sufrido por los pasajeros obligados a pasar de Bluesky Airlines a Titan Airline podría estimarse en 200 EUR.

B. Perjuicio a los competidores como clientes de los infractores

215. En aquellos casos en los que un competidor es también cliente del infractor, las prácticas de exclusión pueden perjudicar al competidor, puesto que el infractor es su proveedor. En esas situaciones, el competidor excluido puede no solo solicitar reparación por el incremento de los costes motivado por la infracción, sino también decidir solicitar reparación por el lucro cesante debido a que los volúmenes producidos o vendidos son inferiores a los que se habrían registrado de no haberse producido la infracción¹⁶⁴.
216. Cabe señalar que, a efectos de cuantificación, los competidores que sufren un coste excesivo se encuentran en una situación análoga a la de los clientes de los miembros de un cártel u otra infracción que dé lugar a un coste excesivo. Para explicarlo, se puede utilizar el ejemplo del Betanol, y suponer que, en lugar de denegar el suministro de Rawbeta a Eusolv, la empresa dominante Worldco decide aumentar el precio de Rawbeta que cobra a Eusolv de manera que estrecha sus márgenes de beneficios. En tal situación, se plantean consideraciones similares a las del caso de un incremento de precios generado por otros tipos de infracciones. En el ejemplo, Eusolv solicitaría reparación por el coste excesivo que representa la diferencia entre el precio que pagó como resultado de la práctica de exclusión y el precio que habría pagado si no hubiera habido infracción. Si se ha repercutido el coste excesivo, los clientes de Eusolv también pueden interponer una demanda por daños y perjuicios, y la propia Eusolv puede solicitar reparación por los volúmenes perdidos a causa del incremento de precio.

¹⁶⁴ A modo de ejemplo de la estimación de daños y perjuicios en una fijación de precios discriminatorios que afecta a un competidor en su calidad de cliente del infractor, véase *Højesteret* (Tribunal Supremo de Dinamarca), decisión de 20 de abril de 2005, en el asunto n° 387/2002 (*GT Linien A/S v DSB*).

Lista de asuntos citados

Tribunal de Justicia de la UE

Asunto 238/78 Ireks-Arkady GmbH/Consejo y Comisión, Rec. 1979, p. 2955.

Asunto C-271/91, Marshall, Rec. 1993, p. I-4367.

Asunto C-308/87, Grifoni II, Rec. 1994, p. I-341.

Asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90 Mulder y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203.

Asunto C-453/99, Courage, Rec. 2001, p. I-6297.

Asunto C-147/01, Weber's Wine World, Rec. 2003, p. I-11365.

Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619.

Asunto C-360/2011, Pfleiderer, Rec. 2011, p. I-5161.

Asunto C-199/11, Comunidad Europea /Otis NV y otros, 2012, pendiente de publicación.

Tribunal General

Asunto T-202/98, Tate & Lyle/Comisión, Rec. 2001, p. II-2035.

Asuntos acumulados T-25/95 etc., Cimenteries CBR SA/Comisión, Rec. 2000, p. II-491.

Tribunales de los Estados miembros

Corte d'Appello di Milano (Tribunal de apelación, Milán), decisión de 3 de febrero de 2000, en el asunto n° I, 308 (*Inaz Paghe contra Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Corte d'Appello di Roma (Tribunal de apelación, Roma), decisión de 20 de enero de 2003, en el asunto n° I, 2474 (*Albacom S.p.A/Telecom Italia S.p.A.*).

Corte d'Appello di Milano (Tribunal de Apelación, Milán), decisión de 11 de julio de 2003, (*Bluvacanze*)

Cour d'Appel de Paris (Tribunal de Apelación, París), decisión de 23 de junio de 2003 (*Lescarcelle-De Memoris/OGF*)

Landgericht Dortmund (Audiencia regional, Dortmund), decisión de 1 de abril de 2004, en el asunto n° 13 O 55/02 *Kart (Vitaminpreise)*.

Højesteret (Tribunal Supremo de Dinamarca), decisión de 20 de abril de 2005, en el asunto n° 387/2002 (*GT Linien A/S v DSB*).

Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 28 junio 2005, en el asunto n° KRB 2/05 (*Cemento transportable*).

Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid, decisión de 11 de noviembre de 2005, en el asunto n° 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. contra Telefónica de España S.A.*).

Audiencia Provincial de Madrid, decisión de 25 de mayo de 2006, en el asunto n° 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación, Lituania), decisión de 26 de mayo de 2006, en el asunto n° 2A-41/2006 (*Stumbras*).

Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo, Italia), decisión de 2 de febrero de 2007, en el asunto n° 2305 (*Fondiaría SAI SpA/Nigriello*).

Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 19 de junio de 2007, en el asunto n° KBR 12/07 (*Cártel mayorista de papel*).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Audiencia territorial, Graz), decisión de 17 de agosto de 2007, en el asunto n° 17 R 91/07 p (*Autoescuela*).

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior de Justicia regional, Düsseldorf), decisión de 16 de abril de 2008, en el asunto n° VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo), sentencia de 20 de noviembre de 2008, asuntos acumulados T 32799-05 y T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB y otros/VPC Aktiebolag*), recurrida.

Tribunal Administratif de Paris (Tribunal Administrativo, París), decisión de 27 de marzo de 2009, (SNCF v Bouygues).

Østre landsrets (Audiencia de Dinamarca Oriental), decisión de 20 de mayo de 2009, en el asunto n° B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s v Post Danmark A/S).

Kammergericht Berlin (Tribunal Superior de Justicia regional, Berlín), decisión de 1 de octubre de 2009, en el asunto n° 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Tribunal Superior de Justicia regional, Karlsruhe), decisión de 11 de junio de 2010, en el asunto n° 6 U 118/05; recurrida ante el Tribunal Federal de Justicia (véase más adelante).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona, decisión de 20 de enero de 2011, en el asunto n° 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia, Alemania), decisión de 28 de junio de 2011, en el asunto n° KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal (Tribunal de Apelación de la Competencia, Reino Unido), decisión de 28 de marzo de 2013, en el asunto n° 1166/5/7/10 (Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig).