

# Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales

**Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha  
Consejero académico de GA\_P

---

*La técnica del passing on y la legitimación resarcitoria contra cartelistas por los compradores indirectos a causa de la imposición de sobrecostes de precio son extremos continuamente recurrentes cuando se trata de la directiva de daños competenciales. ¿Pero no hay restricciones de causalidad adicionales? La reciente transposición española igualmente parece partir de la inmediatez entre infracción y daño resarcible.*

## 1. Directiva y ley

(1) La Directiva 2014/104 UE y el Real Decreto Ley 9/2017, que modifica el articulado de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), regulan parcialmente las acciones indemnizatorias para la exigencia de resarcimiento por daños entre particulares como consecuencia de infracciones competenciales de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Entre otros variados temas del Derecho de daños que las normas no tratan está el relativo a la relación causal de conductas y daños. Básicamente nos ocupamos aquí de los daños producidos a terceros por la existencia de precios cartelarios.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

## 2. Restricciones de causalidad

(2) Cuando nos referimos a una exigencia de relación causal queremos emplear esta locución en un sentido amplio, expresivo de todas las restricciones (salvo la exigencia de culpa, de la que la Ley de Defensa de la Competencia tampoco dice nada) que sirven para delimitar restrictivamente el círculo de los sujetos legitimados para reclamar y la naturaleza y cuantía de los daños resarcibles. En rigor, los mecanismos de delimitación restrictiva pueden reducirse a los siguientes:

(3) Primero, no todos los sujetos que «sufren» un daño por una infracción competencial han visto lesionado un «derecho subjetivo» (en términos de la praxis del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la propia Directiva 2014/104 UE, considerando 2). Por tanto, habría que introducir una restricción a la aparente incondicionalidad de las expresiones empleadas por los artículos 71.1 y 72.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Pongamos un ejemplo: el comprador A repercute al comprador B el sobrecoste del cártel, y el comprador B integra el producto en su proceso empresarial consistente en ejecutar obras y servicios para terceros, cuya factura repercute el sobrecoste. Otro ejemplo: ¿se lesiona el derecho subjetivo «competencial» por una (simple) «pérdida de oportunidad» de obtener una ganancia<sup>1</sup> o por la pérdida de una posibilidad perdida de comprar (a causa del sobrecoste del cártel) o porque un tercero no contratante «sufre» de otro modo las consecuencias del cártel, por ejemplo, reducción de la oferta disponible o pérdida del puesto de trabajo? Los sujetos «dañados» tienen que encontrarse en el círculo de los sujetos e intereses que la norma material (LCD, Directiva 2014/104 UE) trata de tutelar. No parece pertenecer a este «círculo de tutela» —seguimos con los ejemplos— el competidor no cartelario que sufrió repercusiones patrimoniales negativas precisamente por no estar dentro del cártel y al que tampoco se han repercutido los sobrecostes del cártel (reparemos en el tenor del artículo 78.1 III: «el derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes»).

(4) Segundo, el daño «materialmente causado» tiene que estar comprendido en alguno de los ámbitos posibles de lo que se considera, como requisito adicional, la «imputación objetiva del daño (causado)» o, si se quiere, *causation in Law*: doctrina de la adecuación, de la previsibilidad, de la consecuencia necesaria, de la consecuencia directa, la *remoteness rule*,<sup>2</sup> el deber de mitigar<sup>3</sup>, la regla *in pari delicto*<sup>4</sup>, la exigencia de una infracción «suficientemente grave»<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Curiosamente menciona la pérdida de oportunidad, fuera de contexto, el considerando 13 de la directiva.

<sup>2</sup> Valga el ejemplo de *Dumortier frères*, del TJCE, 1979, sobre no responsabilidad por insolvencia consecencial de los reembolsos debidos pero no pagados.

<sup>3</sup> *Odigitria*, TJCE, 1995. Por ejemplo, la posibilidad de haber mitigado, *passing on* el sobrecoste sin que, por la estructura del mercado, ello hubiera supuesto una pérdida de volumen de negocio.

<sup>4</sup> *Courage*, TJUE, 2001.

<sup>5</sup> *Brasserie*, TJCE, 1996.

- (4) etcétera. Sin ir más lejos, y a pesar de todas las bendiciones legales a la legitimación (*legitimatío ad processum* y *ad causam*) del «comprador indirecto» en la Directiva 2014/104 UE y en la Ley de Defensa de la Competencia, *hablando con corrección* no es posible imputar objetivamente al infractor el daño sufrido por repercusión del sobrecoste en este segundo nivel de la cadena, porque esta repercusión proviene de una decisión empresarial libre del comprador de primer nivel. Y si esto es así respecto del sobrecoste (a pesar del art. 78.1 LDC), con más razón lo será respecto del lucro cesante (art. 78.1 III) sufrido como consecuencia de la repercusión (o por otra razón), por ejemplo, una reducción del volumen de negocio del comprador indirecto.

### 3. La inmediatez normativa entre infracción y daño resarcible

- (5) *La Ley de Defensa de la Competencia no contiene ninguna restricción ni ninguna exigencia adicional que tenga que ver con la regla de causalidad entre la conducta infractora y el daño.* En comparación con el problema de prueba de la «cuantificación del perjuicio», que es preeminente en dicha ley (art. 76), como también el de la «repercusión del sobrecoste» (art. 79), la prueba de la relación causal, en la medida en que no está absorbida por la primera, no es siquiera mencionada en esta ley. Porque según la norma «cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción» competencial (art. 72.1, inicio) tiene «derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento». El artículo 71.1 («los infractores [...] serán responsables de los daños y perjuicios causados») no contiene una delimitación «causal» del daño resarcible, porque «causados» no es más que una descripción del consecuente de la infracción (como «ocasionados» en artículo 72.1). Cuando se articula la legitimación de los compradores indirectos (*passing on*) en los diversos lugares de la ley (arts. 73.2, 73.4a, 73.5, 78 *in fine*, 79 y 80), se hace siempre sin referencia a que suplementariamente tengan que acreditar que existe entre infracción y daño una relación causal suficiente. La Ley de Defensa de la Competencia no contiene ninguna presunción de relación de causalidad, porque el artículo 79.2 establece sólo la presunción de que el sobrecoste se ha repercutido en el siguiente nivel de la cadena, pero no que el infractor sea causalmente imputable de esa repercusión. Por lo mismo, aunque la constatación administrativa de una infracción se considera «irrefutable» de la existencia de la infracción, nada más es irrefutable (art. 75.1). El artículo 76.3 contiene una presunción de que las infracciones competenciales «causan» daños, pero no delimita qué daños son los causados ni qué sujetos que sufren daños pueden imputarlos al infractor.

- (6) Podría argüirse que esta denunciada laguna no es tal, sino que el Derecho europeo de la competencia ha renunciado a la exigencia suplementaria de una relación causal entre infracción y daño. Y, de hecho, la experiencia previa de la Corte de Justicia en los casos *Danfoss*<sup>6</sup>, *Courage*<sup>7</sup>, *Manfredi*<sup>8</sup> y *Kone*<sup>9</sup>, entre otros, pone de manifiesto un modo de construir el argumento

<sup>6</sup> C-94/10, 2011.

<sup>7</sup> C-453/99, 2001.

<sup>8</sup> C-295/04 a 298/04, 2006.

<sup>9</sup> C-557/12, 2014.

(6) resarcitorio como si bastara con (1) recordar que los artículos 101 y 102 del tratado producen efecto directo y crean derechos subjetivos interprivados<sup>10</sup>, y (2) con insistir en que el principio de efectividad del Derecho comunitario es contrario a toda barrera o prohibición nacional que haga prácticamente imposible la realización del derecho atribuido (art. 4 de la directiva). Es cierto que la técnica no es depurada —o que se usa una estudiada ambigüedad— y unas veces parece que la barrera que hay que superar sería una potencial norma nacional que negara *legitimación activa* a cierta clase de «dañados» (p. ej.,: *los compradores indirectos no pueden demandar resarcimiento*), mientras que otras se da a entender que es la misma exigencia de relación causal lo que supone la barrera inaceptable (p. ej., *el daño de los compradores indirectos no puede imputarse causalmente a la conducta anticompetitiva en origen*)<sup>11</sup>. En el primer caso, y en los términos del artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la falta de «tutela judicial efectiva» se produciría *in limine litis*, mientras que en el segundo, estaría causada por la sentencia de fondo, como si pudiera hablarse de una lesión del derecho de «tutela judicial efectiva» por una sentencia de fondo que no incurriera en vicios procedimentales.

#### 4. La causalidad es constitutiva del resarcimiento

(7) Pero el considerando 11 de la directiva es elocuente de que la relación causal es un elemento constitutivo del resarcimiento de daños competenciales y que su construcción y alcance están reservados al Derecho de los Estados. Claro, con la inevitable coletilla de que tales doctrinas (de la causalidad u otras) «no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento garantizado por el TFUE». Y retorna la ambigüedad: ¿negar que exista relación causal, por ejemplo, con el daño

<sup>10</sup> Considerando 3 de la Directiva 2014/104 UE: «Los artículos 101 y 102 del TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también tienen una función esencial en la aplicación de las normas sobre competencia (la aplicación privada). Al pronunciarse sobre litigios entre particulares protegen los derechos subjetivos que emanan del Derecho de la Unión, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones en ellos establecidas, exigen que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones».

<sup>11</sup> Considerando 4 de la Directiva 2014/104 UE: «El derecho, contemplado en el Derecho de la Unión, a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacional exige que todos los Estados miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo. La necesidad de que existan vías procesales eficaces también se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos del Derecho de la Unión».

(7) de los compradores indirectos, supone *simplemente negar que haya una relación de causalidad* o comporta una «restricción» que hace imposible el ejercicio del derecho? Lo lógico sería lo primero, porque la falta de relación causal comporta de suyo que «no hay derecho» que pueda ejercitarse y, eventualmente, limitarse o imposibilitarse.

(8) La situación que resulta de lo expuesto genera un dilema constructivo de grueso porte. La incorporación de la directiva en la Ley del Mercado de Valores (LMV) no ha pretendido, al menos expresamente, construirse como un régimen excepcional resarcitorio. Y, a pesar de ello, las consecuencias resarcitorias se formulan de una manera tan abstracta como que parece que no existen restricciones a la posibilidad de reclamar y obtener resarcimiento.

### 5. La singularidad del comprador indirecto al que se repercute el sobrecoste

(9) En mi opinión, la única singularidad del régimen nuevo es la referida al «comprador indirecto» (o al «proveedor indirecto»)<sup>12</sup> del comprador directo de un miembro del cártel<sup>13</sup>, que está claramente singularizado en la Ley de Defensa de la Competencia respecto de «cualquier [otra] persona que haya sufrido daños»<sup>14</sup> (art. 72.1). Y, además, se trata de una singularidad limitada a la repercusión del sobrecoste; todavía más, frente a lo que pudiera haber sugerido cierta jurisprudencia comunitaria en casos de *passing on* de cargas o costes indebidamente exigidos por el Estado a un particular (caso *Danfoss*), la acción del comprador indirecto no depende tampoco de que sea imposible o difícil para este comprador recuperar de su propio vendedor el sobrecoste repercutido, porque ni por vía de daños ni por vía de restitución podría conseguirse aquella recuperación. Es decir, le corresponde si hay repercusión, y basta con ello. Una interpretación alternativa no podría explicar la restricción que se contiene en los apartados I y II del artículo 78.1 de la mencionada ley. En efecto, no tendría sentido que «cualquier persona» tuviera derecho a obtener el «pleno resarcimiento» del daño emergente (aparte del lucro cesante) (art. 72.2 LDC) y que, sin embargo, el derecho al resarcimiento enunciado en este título se refiera únicamente al sobrecoste y no pueda superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel (cf. art. 78.1). Por lo tanto, la singularidad o salvedad causal sólo afecta a la repercusión del daño emergente en forma de sobrecoste.

(10) La explicación sólo puede hallarse en la existencia de un postulado implícito en la Ley de Defensa de la Competencia y en la Directiva 2014/104 UE, a saber: *no existen restricciones de causalidad respecto del comprador de primero o de segundo nivel al que se ha repercutido el*

<sup>12</sup> Incluso de otro infractor, dada la regla de solidaridad del artículo 73, salvo excepciones («sus propios compradores directos e indirectos», arts. 73.2, 73.5).

<sup>13</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo en *Kone* que el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea precluía una legislación que «excluyera categóricamente» al comprador indirecto de un proveedor no miembro del cártel, pero que se hubiera aprovechado también de la subida de precios creada por el cártel. Pero eso no quiere decir que no pueda ser excluido en el fondo del asunto por falta de relación causal, como creo que ocurre.

<sup>14</sup> Por ejemplo, quien no compró, precisamente por el sobrecoste de precio. O quien no vendió (más) el adquirente que por el sobrecoste del cártel redujo su demanda a terceros.

- (10) *sobrecoste y sólo en la medida de este sobrecoste*<sup>15</sup>. En lo demás y para los demás afectados, rige el Derecho común, incluso para el lucro cesante específico por la repercusión del sobrecoste (a pesar de artículo 78.1 III), que sigue sometido a las restricciones de causalidad ordinarias.

## 6. *Passing on* como excepción y como legitimación activa

- (11) Es digno de nota que no hay una conexión necesaria entre la admisión de la excepción de *passing on* opuesta por el infractor y la legitimación automática del comprador de segundo nivel al que se repercute el sobrecoste. Podría haberse aceptado en la directiva de daños competenciales y en la Ley de Defensa de la Competencia la excepción del *passing on* solamente en su faceta defensiva (enarbolada por el infractor: el comprador A no ha sufrido daño porque repercutió a B, art. 78.3), sin extenderla a la faceta activa de la legitimación, por falta de condiciones de suficiencia causal en el comprador indirecto «repercutido». La consecuencia sería, se dice entonces, que el infractor no respondería por los daños repercutidos, eliminando de esta forma la función ejemplificante del Derecho de daños competenciales (art. 80.1 LDC). Con todo, este reproche vendría a hacer un supuesto de la cuestión, pues en un horizonte hipotético como el descrito, el infractor no respondería *porque jurídicamente no se le podrían imputar tales daños*. Reparemos en que en una consideración estrictamente causal, el artículo 78.3 tampoco se sostiene: «Es cierto —diría el primer comprador—, repercutí todo el sobrecoste en el nivel B, pero es una actuación independiente que no está “causada” por el cártel, sino por una decisión empresarial mía».

- (12) Observemos finalmente que el sobrecoste, que nunca podría *en buena ley* ser un daño «contractual» (sólo es daño contractual el que deriva de *incumplimiento* de contrato), aunque quieran otra cosa la directiva y la Ley de Defensa de la Competencia, sólo podría ser en sana lógica recuperado por el comprador directo o por el afectado por la conducta del artículo 2..2a o d de dicha ley, como *restitución de una prestación hecha sin causa*<sup>16</sup>, mientras que el comprador o proveedor indirecto nunca podría recuperar frente a su contraparte (no partícipe del cártel) mediante una acción de restitución (la repercusión del sobrecoste tiene causa) ni tampoco frente al infractor por medio de una acción de enriquecimiento sin causa, porque el infractor no se ha enriquecido de ninguna forma a costa del comprador indirecto. Al crear la directiva y la ley aquí tratadas un concepto atécnico, pero normativo, de «daño a un derecho subjetivo a la competencia» (que en mi opinión sólo existe como un reflejo de ley misma), han evitado los problemas y lagunas que hubieran existido de haber tenido que recurrir al Derecho de la restitución o al Derecho contractual en lugar de al Derecho de daños.

<sup>15</sup> Considerando 41 de la Directiva 2014/104 UE: «Los consumidores o las empresas a los que, por lo tanto, se haya repercutido la pérdida experimentada han sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional».

<sup>16</sup> Ni la Ley de Defensa de la Competencia ni la Directiva 2014/104 UE afirman, empero, que, además del contrato de cártel, también sea nulo el contrato de venta de miembro del cártel al primer eslabón de la cadena de distribución.