

# 37

## LA «PASSING-ON DEFENCE», ¿UN FALSO DILEMA?<sup>(1)</sup>

---

Luis Antonio Velasco San Pedro  
Carmen Herrero Suárez  
Universidad de Valladolid

### I. INTRODUCCIÓN

Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como son los cárteles o los abusos de poder monopolístico, suelen comportar precios supracompetitivos<sup>(2)</sup>. Por esta razón, en muchos casos los daños concretos derivados de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagarles a los infractores sus clientes o *compradores directos*<sup>(3)</sup>. Frecuentemente, además, al incrementarse por ello los costes de estos últimos, tales sobreprecios acaban repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que van subadquiriendo los bienes<sup>(4)</sup>, a lo largo de las distintas fases de los procesos de distribución o transformación de dichos bienes, hasta llegar a los *consumidores finales*. En definitiva, también sobre los *compradores indirectos*, que no se relacionaron con los infractores.

A la vista de lo dicho, parece claro que el universo de posibles perjudicados puede estar constituido tanto por los compradores directos como por los indirectos, debiendo tener ambos grupos el derecho a ser indemnizados<sup>(5)</sup>. Desde un punto de vista técnico-

---

(1) Los autores agradecen las observaciones realizadas por la Profesora Patricia Gómez Costilla.

(2) Las ineficiencias asociadas a esta circunstancia son precisamente el principal fundamento de la proscripción de tales conductas. Por todos, véase POSNER, *Antitrust Law*, 2.<sup>a</sup> ed., The University Chicago Press, Chicago-Londres, 2001, pp. 9 y ss.

(3) Para simplificar la exposición hablaremos de compras y compradores, aunque naturalmente el problema se puede plantear con cualquier otro tipo de contrato.

(4) De nuevo para simplificar hablamos sólo de bienes, aunque la cuestión se plantea también en relación con los servicios, entendidos estos de la manera más amplia posible (incluyendo al seguro, la banca, el transporte, etc.).

(5) Así se ha considerado por el TJCE de 25 de noviembre de 1998, asunto C-308/97, *Manfredi*, ap. 61, y se mantiene por la Comisión en su *Libro Blanco*, ap. 2.1, p. 4.

formal, los inconvenientes de *legitimación* de los compradores indirectos —que no han sido parte contractual de los infractores—, para ejercitar las correspondientes acciones de daños, quedan resueltos si se considera que la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de los ilícitos anticompetitivos es seguramente la propia de la responsabilidad civil *extracontractual*<sup>(6)</sup>.

No obstante, cabe plantearse si semejante reclamación estaría fundada cuando el actor sea un comprador directo que haya repercutido los sobrepuestos a sus propios clientes-compradores indirectos. En este caso podría pensarse, como señala el *Libro verde de la Comisión*, que «los perjuicios causados por el comportamiento contrario a la competencia podrían así trasladarse a la cadena de suministro o incluso repercutirse íntegramente al comprador último, el consumidor final»<sup>(7)</sup>, situación en la que desaparecería el objeto mismo de la acción de indemnización, que es resarcir los daños efectivamente causados al perjudicado.

Esta situación, lejos de haber pasado desapercibida, es el centro de los debates de la llamada *passing-on defence*. Suscitada la cuestión en diversos casos de la jurisprudencia norteamericana, ha atravesado el Atlántico emergiendo en los planteamientos de los *Libros Verde y Blanco*<sup>(8)</sup> de la Comisión sobre acciones de indemnización, llegando este último a una propuesta concreta para su resolución<sup>(9)</sup>.

En este breve trabajo pretendemos resumir el estado de la cuestión tanto en Estados Unidos (ap. II) como en Europa (ap. III), para, seguidamente, revisar críticamente las ideas que hasta la fecha han sustentado estos debates, tanto desde la óptica del análisis económico como desde la doctrina general de la responsabilidad civil (ap. IV). Ello nos llevará a concluir que el debate de la *passing-on defence* trata de terciar en un problema más bien imaginario —la posibilidad de que los compradores directos se resarzan íntegramente repercutiendo los sobrepuestos a los compradores indirectos—, y que, en cualquier caso, la presunta inequidad que trata de resolverse encuentra solución adecuada en la doctrina general de la responsabilidad civil, sin necesidad de plantearse este dilema (ap. V).

(6) En el Derecho español su fundamento es el artículo 1902 del Código civil, aunque puede encontrarse uno más específico en el artículo 15 de la Ley de competencia desleal, que ha servido de base a la reclamación en algún caso reciente (asunto *Conduit v. Telefónica*). A este respecto véase PÉREZ-BUSTAMANTE/PASSAS, «Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia», en CREUS (coord.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 261 y ss. Ello no obsta para que las reclamaciones entre quienes han sido parte de relaciones contractuales puedan en su caso tener también un fundamento contractual.

En los EE.UU., sin embargo, como se verá en el ap. II, el Tribunal Supremo en el asunto *Illinois Brick* ha negado esta legitimación a los compradores indirectos en relación con la legislación antitrust federal, al rechazar la *offensive passing-on*; lo que ha llevado posteriormente a reconocerles expresamente esta legitimación en las legislaciones estatales.

(7) Comisión Europea, *LIBRO VERDE. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19-12-2005, COM (2005) 672 final, ap. 2.4, p. 8.

(8) Comisión Europea, *LIBRO BLANCO. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 2-4-2008, COM (2008) 165 final.

(9) Véase más adelante en el ap. III.

## II. ORÍGENES Y DESARROLLO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

La posibilidad de utilizar la repercusión del sobreprecio resultado de un cártel o de una conducta abusiva como argumento, tanto por parte del infractor de las normas de competencia, en cuanto defensa o excepción frente a la reclamación de daños (*passing-on defence* propiamente dicha), como por parte de los compradores indirectos a los que se ha trasladado el sobreprecio, en cuanto base de su legitimación para entablar acciones de daños (*offensive passing-on* o *indirect purchaser rule*), se planteó por vez primera en EE.UU. Ambas situaciones han sido contempladas con enorme recelo en el Derecho *antitrust* estadounidense que no reconoce, con carácter general, la *passing-on*, ni en su vertiente defensiva ni en su vertiente ofensiva. Antes de examinar con mayor detenimiento los términos en los que este debate se ha planteado en los tribunales y los argumentos utilizados como base de este rechazo, consideramos conveniente, para un correcto entendimiento de los mismos, recordar, muy someramente, cuál ha sido la evolución en EE.UU. de la aplicación privada del Derecho *antitrust*.

Una de las características particulares o definitorias del sistema *antitrust* estadounidense es la posibilidad de ejercicio de acciones privadas frente a conductas potencialmente anticompetitivas. En este sentido, la sección 4 de la *Clayton Act* reconoce el derecho de cualquier persona que se haya visto lesionada en su empresa o propiedades por una violación de la *Sherman* o de la *Clayton Act* a demandar para la obtención del triple de los daños sufridos (*treble damages*) más las costas del proceso, incluyendo una minuta razonable de abogado<sup>(10)</sup>.

El ejercicio de acciones de daños por infracción de las normas de competencia ha experimentado —de forma paralela a lo que ocurre en el caso de la aplicación por parte de las autoridades de competencia— periodos de más o menos intensidad, en atención a la mayor o menor receptividad de los jueces federales frente a las alegaciones de los particulares. En este sentido, en periodos en los que los tribunales son menos favorables a la ordenación normativa de la competencia mediante las normas *antitrust*, es más difícil que los procedimientos privados se resuelvan con éxito para los actores.

Desde la publicación de la *Sherman Act* hasta aproximadamente la segunda mitad de la década de los sesenta del siglo pasado, el número de casos privados era más o menos análogo al del número de casos tramitados por el Ministerio de Justicia. En los años sesenta se produce un cambio de orientación que determina un incremento sustancial de las acciones privadas. Desde finales de los setenta, no obstante, los tribunales —en gran medida por la recepción de las tesis ultraliberales de la *Escuela de Chicago*— son menos receptivos a las demandas *antitrust*, y en los ochenta se produce una notable disminución de acciones de daños. Así, la progresiva conformación eficientística de los objetivos del Derecho y la política *antitrust*, y el temor a que el ejercicio abusivo de acciones privadas condujera a una situación de exceso de disuasión u *overdeterrence*, in-

(10) «Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee».

fluirán en la actitud de los tribunales, que desarrollarán una interpretación restrictiva de la Section 4 de la *Clayton Act* —redactada, como hemos visto, en términos muy amplios—, utilizando para ello diversos argumentos: la teoría de la lesión anticompetitiva o *antitrust injury*, el argumento del comprador indirecto, etc.<sup>(11)</sup>

Volviendo a la *passing-on defence*, la primera vez que el Tribunal Supremo pudo pronunciarse sobre la viabilidad de utilizar la repercusión de costes por el demandado como defensa frente a una acción de daños tuvo lugar muy tempranamente. En dos sentencias de principios del siglo XX<sup>(12)</sup>, el Juez Holmes rechazó esta posibilidad, con fundamento en la necesidad de simplificación por parte de la ley, de las ramificaciones asociadas a toda conducta empresarial en una economía dinámica, y de permitir la elaboración de reglas judiciales interpretativas sencillas y efectivas.

Pero los pronunciamientos judiciales más importantes tuvieron lugar en los años sesenta. En *Hannover Shore v. United Shoe Machines Corp.*<sup>(13)</sup>, el Tribunal Supremo afirmó que el demandante puede solicitar la totalidad del sobreprecio monopolístico (es decir, la diferencia entre el precio competitivo y el precio resultado de la conducta anticompetitiva) aunque haya conseguido repercutir parte del mismo a sus clientes. El tribunal vuelve a insistir en las dificultades prácticas asociadas al cómputo de daños si se estima el argumento de la repercusión de costes, y en la necesidad de simplificar el procedimiento judicial pero, además, añade una nueva tesis vinculada a la finalidad disuasoria de la aplicación privada. Se parte de la idea de que los compradores directos son demandantes más «eficientes» que los indirectos, que, a menudo, tendrán menos incentivos para entablar este tipo de acciones (fragmentación del daño, dificultades probatorias, etc.). El rechazo de la *passing-on defence* constituiría, así, una forma de incentivar y facilitar al comprador directo el ejercicio de acciones, al eliminar uno de los principales obstáculos con los que podrían toparse sus pretensiones concediéndoles el derecho a la totalidad del sobreprecio.

Como corolario lógico de esta sentencia, nueve años más tarde se decidió *Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>(14)</sup>, que rechazó la legitimación de los compradores indirectos para entablar acciones de daños, limitándose la legitimación activa a los sujetos directamente dañados por los cárteles. No se aportaron nuevos argumentos, insistiéndose en la necesidad de simplificación de la administración de justicia y en razones de coherencia que impedirían rechazar la *passing-on* en su vertiente defensiva, y permitirle en su vertiente activa u ofensiva; lo que además, se alega, podría conducir a una responsabilidad múltiple del

(11) Véase, *in extenso*, SULLIVAN/GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West, St. Paul, Minn., 2006, pp. 952 y ss.

(12) Véase *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta* (203 U.S. 390, 1906); *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.* (245 U.S. 531, 1918).

(13) 392 U.S. 481, (1968). *Hannover*, un fabricante de zapatos, entabló una acción contra *United Shoe*, un fabricante de máquinas de calzado. En este caso la conducta anticompetitiva era la práctica de la empresa de no vender sus máquinas sino ponerlas a disposición de los fabricantes sólo mediante contratos de leasing (en aquel momento práctica considerada abusiva), lo que encarecía notablemente los costes de *Hannover*. En su defensa, *United* alegó que no se le había producido ningún daño a *Hannover*, ya que éste había repercutido los costes a los compradores en forma de precios más altos por los zapatos. Esta defensa fue rechazada por los tribunales inferiores, y dicho rechazo confirmado por el Tribunal Supremo.

(14) 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061 (1977).

demandado, que podría verse obligado a afrontar la totalidad de la indemnización en dos o más niveles. El Tribunal Supremo sólo reconoce dos excepciones a la regla de *Illinois Brick*: los casos en los que el comprador directo está controlado por el demandado (infractor de la normativa *antitrust*), y aquellos supuestos en los que el comprador directo tiene un contrato de coste fijo o cantidad fija con su cliente; es decir, aquellos supuestos en los que el comprador directo tiene asegurada la venta de una cantidad fija de producto con independencia de su precio<sup>(15)</sup>. En ambos casos, el comprador directo carece de incentivos para demandar al infractor y denunciar los sobrepuestos anticompetitivos<sup>(16)</sup>.

La decisión del Tribunal Supremo en *Illinois Brick* desató una enorme polémica. Las excepciones serán denunciadas como insuficientes por algunos autores, y diversos Estados responderán permitiendo a los consumidores indirectos reclamar daños y perjuicios bajo la normativa *antitrust* estatal<sup>(17)</sup>. En conclusión, con arreglo a los parámetros actuales, un demandante federal tiene derecho a la totalidad del sobrepuesto monopolístico, aunque la mayoría de éste haya sido repercutido, sin que se produzcan reducciones en atención a los daños sufridos por el comprador indirecto. Teóricamente, los compradores indirectos podrían recuperar el triple de los daños sufridos —daños que les hayan sido repercutidos— bajo las provisiones de los Derechos estatales. Por tanto, el demandado podría ser considerado responsable por daños bastante más elevados que el triple del sobrepuesto monopolístico.

En nuestra opinión, la base sobre la que se sustenta esta negación de trascendencia de la repercusión de sobrepuestos anticompetitivos presenta numerosos puntos débiles y parece obedecer más a una preocupación por limitar el ejercicio de acciones privadas (estas sentencias son pronunciadas en el periodo de mayor influencia en los tribunales de las tesis de la *Escuela de Chicago*) que a argumentos sólidos, tanto sobre los efectos negativos desde la perspectiva de la disuasión como sobre las posibilidades fácticas de cálculo de los daños y riesgo de responsabilidades múltiples. En este sentido, la pretendida finalidad de incrementar la eficacia disuasoria de la aplicación privada perseguida con el rechazo de la *passing-on defence* casa mal con la negación de legitimación a potenciales víctimas —aunque sean indirectas— de conductas anticompetitivas. En segundo lugar, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, al valorar el argumento de la repercusión de costes desde una perspectiva económica, si atendemos, junto a consideraciones de sustituibilidad en la demanda, a consideraciones de sustituibilidad en la oferta<sup>(18)</sup>, el cálculo y asignación de daños entre todas las víctimas de la

(15) Este supuesto constituiría además un ejemplo de demanda perfectamente rígida (no susceptible a variaciones en los precios). La empresa podría repercutir el 100% del sobrepuesto y continuar produciendo la misma cantidad que antes de la existencia del cártel. El comprador directo no se vería perjudicado por éste, repercutiéndose la totalidad del sobrepuesto al comprador indirecto, que sería el único sujeto dañado por la práctica.

(16) Véase HOVENKAMP, *Antitrust*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 281 y ss.

(17) Véase SULLIVAN/GRIMES, ob. cit., pp. 970 y ss.; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, Thomson-West, St. Paul, Minn., 2005, pp. 626 y ss.

(18) En muchas ocasiones, las empresas, a la hora de determinar el precio de sus productos, atienden más a consideraciones relativas al coste de sus insumos, es decir, cuánto les cuesta producir un bien, que a la mayor o menor receptividad de los demandantes a alteraciones en los precios, lo que, por otra parte, puede ser difícil de conocer con precisión.

conducta anticompetitiva deviene más sencillo y el riesgo de responsabilidad múltiple y enriquecimiento ilícito se reduce considerablemente.

### III. TRATAMIENTO EN LOS LIBROS VERDE Y BLANCO DE LA COMISIÓN EUROPEA. LA OPCIÓN ENTRE DIVERSAS ALTERNATIVAS

En el ámbito europeo se han venido dando en los últimos años una serie de pasos orientados a impulsar el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas en materia de competencia. El primero consistió en la publicación de un *Libro Verde* sobre acciones indemnizatorias en 2005, en el que la Comisión identifica los principales obstáculos y factores causantes de la situación de subdesarrollo de la aplicación privada, proponiendo —y sometiendo a pública consulta— diversas soluciones y alternativas para acabar con la misma. En respuesta a los distintos comentarios y observaciones recibidos, principalmente por parte del Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, y, como paso previo a la publicación de un *Libro Blanco* sobre acciones indemnizatorias, la Comisión consideró conveniente la redacción de un primer documento de consulta, *Discussion Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, en el que se esbozan ya diversas opciones y medidas que pueden ser adoptadas, tanto por la Comisión como, principalmente, por los Estados miembros, para facilitar el ejercicio de acciones indemnizatorias<sup>(19)</sup>.

Finalmente, en abril de 2008, el ejecutivo comunitario procedió a la adopción del prometido *Libro Blanco* en el que se contienen ya una serie de medidas concretas orientadas a la creación y desarrollo de un sistema efectivo de aplicación privada de las normas de competencia en Europa.

La eventual admisibilidad de la repercusión de costes o daños en sus dos perspectivas, defensiva y activa, se contemplaba ya en el *Libro Verde*, que ofrecía a los Estados miembros cuatro posibles opciones.

La primera de ellas, la más amplia, acoge el argumento de la repercusión en ambas modalidades. Se permite la defensa *passing-on* o de daños repercutidos, y tanto los compradores directos como indirectos pueden demandar al infractor. La segunda opción contempla un modelo similar al estadounidense, en el que se rechaza que el infractor de una norma *antitrust* pueda alegar como defensa la repercusión de costes, y se niega legitimación activa a los compradores indirectos.

Finalmente, se barajan dos soluciones intermedias. En una de ellas se rechaza la *passing-on* como defensa válida frente a una acción de daños por infracción de las normas de la competencia, pero se admite la repercusión de costes de cara a reconocer la legitimación de los compradores indirectos. La última opción contempla un procedimiento en dos fases, en el que se excluye la defensa *passing-on* y se reconoce que cualquier víctima pueda demandar al infractor, permitiéndose que, en una segunda fase, el coste excesivo se reparta entre todas las partes que han sufrido un perjuicio<sup>(20)</sup>.

(19) *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*.

(20) *Libro Verde*, ap. 2.4, p. 9.

La Comisión irá paulatinamente decantándose por la primera de estas opciones. Así, tanto en el *Discussion Paper* como, finalmente, en el *Libro Blanco*, defiende la necesidad de reconocer al demandado la posibilidad de utilizar el argumento del *passing-on* como defensa frente a la acción indemnizatoria ejercitada por un cliente (siempre que no se trate del consumidor final). También considera que debería posibilitarse su uso desde una perspectiva activa, reconociéndose la legitimación del comprador indirecto para solicitar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la repercusión del sobreprecio, quien lógicamente, debería probar la existencia tanto del ilícito competitivo como del daño sufrido y de la relación de causalidad entre ambos. Es más, a fin de favorecer el ejercicio de acciones por los compradores indirectos, la Comisión propone la adopción en los Estados miembros de una regla que favorezca la prueba del nexo de causalidad; concretamente, la fijación de una presunción rebatible con arreglo a la cual se considere que el sobreprecio ilegal ha sido repercutido en su totalidad a lo largo de la cadena de distribución<sup>(21)</sup>.

#### IV. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

##### 1. DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

En el debate de la *passing-on defence*, como se acaba de poner de manifiesto, subyace la creencia de que los compradores directos que se ven obligados a pagar sobreprecios a sus proveedores como consecuencia de su conducta anticompetitiva están en condiciones de repercutirlos totalmente a sus clientes-compradores indirectos<sup>(22)</sup>, resarcándose así de los daños que hubieran experimentado. Como veremos a continuación, semejante planteamiento, sin embargo, no se compadece con lo que resulta del análisis económico, al ignorar ni más ni menos que el funcionamiento de las *leyes de la oferta y la demanda*.

Para ilustrar lo que decimos, es útil servirse de un razonamiento análogo al que se realiza en relación con la introducción de un impuesto indirecto que grave un determinado bien, para determinar quién acaba soportando dicho impuesto, si el productor del bien o el consumidor final<sup>(23)</sup>. La semejanza de este supuesto con el que aquí nos interesa deriva de que el sobreprecio resultado de una conducta anticompetitiva produce un resultado económicamente equivalente a un impuesto indirecto. Sería una especie de *impuesto privado*, que grava, en este caso indebidamente, a los compradores del bien objeto de la conducta anticompetitiva.

(21) Véase *Discussion Paper*, párrafos 208 a 213, y *Libro Blanco*, ap. 2.6, pp. 8 y 9.

(22) Como se verá a continuación, esta situación sólo se produciría en la situación puramente teórica de una demanda totalmente inelástica o rígida.

(23) En relación con este problema, con consecuencias que no parecen suscitar dudas entre los economistas, véase PINDYCK/RUBINFELD, *Microeconomía*, trad. española, 4.<sup>ª</sup> ed., Prentice Hall, Madrid, 1998, pp. 276 y ss.; GARCÍA VILLAREJO/SALINAS, *Manual de Hacienda Pública General y de España*, 3.<sup>ª</sup> reimpr., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 468 y ss., y KRUGMAN/WELLS, *Introducción a la Economía, Microeconomía*, trad. española, Editorial Reverté, Barcelona, 2006, pp. 494 y ss.



Pues bien, en este contexto, y siguiendo con la analogía, si el comprador directo intentara repercutir íntegramente a sus propios clientes-compradores indirectos el sobreprecio que tuvo que pagar a su proveedor que infringió el Derecho de la competencia, lo que nos indica el mencionado análisis es que por regla general no lo conseguiría, de manera que aquella carga (el sobreprecio) acabaría siendo soportada por ambos. La proporción en que esto se produciría dependerá, en realidad, no de la voluntad del comprador directo<sup>(24)</sup>, sino de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de los bienes y mercados concretos que estemos considerando<sup>(25)</sup>. Si la demanda es muy inelástica en relación con la oferta, la carga del sobreprecio recaerá principalmente sobre el comprador final-comprador indirecto. Pero si ocurriera lo contrario, esto es, demanda muy elástica en relación con la oferta, recaería fundamentalmente en los vendedores-compradores directos<sup>(26)(27)</sup>.

Lo indicado se comprende fácilmente con un sencillo gráfico. La curva de la oferta originaria ( $Of_1$ ) se habría desplazado hacia arriba ( $Of_2$ ) como consecuencia del incremento de los costes debido al sobreprecio ( $\Delta P$ ). Esto determinaría un nuevo punto de equilibrio con la curva de demanda ( $D$ ), que determinaría un nuevo precio ( $P_2$ ), más elevado que el originario ( $P_1$ ), pero que no recogería todo el aumento de costes repercutido ( $\Delta P$ ), determinando, además, una menor cantidad vendida ( $C_2$ ), frente a la que se habría vendido sin ese incremento de costes ( $C_1$ ). En definitiva, como se indicaba, un reparto de la carga (sobreprecio) entre los oferentes (vendedores-compradores directos) y los demandantes (compradores indirectos) del bien en cuestión<sup>(28)</sup>.

---

(24) Normalmente además, como se insistirá más adelante, este comprador directo no será consciente de que los precios que él ha pagado están manipulados artificialmente al alza, al no serle evidente la conducta anticompetitiva, particularmente cuando se trate de cárteles.

(25) Sobre los conceptos de elasticidad de la oferta y la demanda, que hacen referencia a la variabilidad de la cantidad demandada u ofertada en función de la variación de los precios, véase PINDYCK/RUBINFELD, ob. cit., pp. 28 y ss.

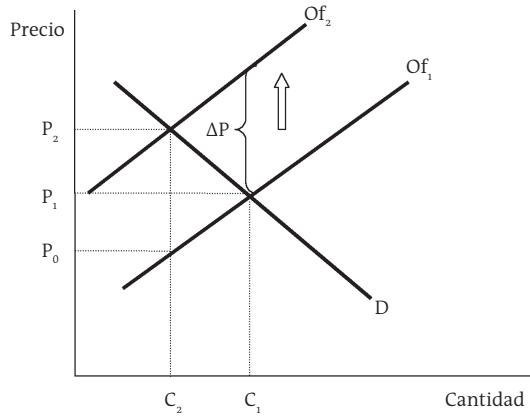
(26) Con mayor detalle, incluyendo gráficos y fórmulas matemáticas, véase PINDYCK/RUBINFELD, D.L., ob. cit., p. 279 y ss.

(27) Un planteamiento semejante parece haber seguido el Tribunal Supremo norteamericano en la ya citada sentencia *Illinois Brick*, cuando señaló que «the ratio of the shares of the overcharge borne by passers and passer will equal the ratio of the elasticities of supply and demand in the market for the passer's product» (431 U.S., at. 741). Esta perspectiva, no obstante, es criticada por COOTER («Passing on the Monopoly Overcharge: a further Comment on Economic Theory», en 129 *U. Pa. L. Rev.*, 1980-1981, p. 1523 y ss.), que considerará que cuando un factor de producción sube, los productores tratarán de atemperarlo sustituyéndolo por otro cuyos precios no hayan subido. Esto puede ser cierto en un determinado número de casos, pero ello no desmiente la corrección del análisis efectuado en circunstancias en que no se produzca esa sustitución y se acaben repercutiendo costes (porque no hay productos sustitutivos, o porque se prefiere por las razones que sea seguir adquiriendo el insumo). Por otra parte, el análisis económico sólo es factible si se simplifica la realidad considerando sólo determinados factores *ceteris paribus* (en la microeconomía se parte fundamentalmente de los precios, cuando es obvio que existen otras condiciones de transacción, que también son relevantes y que influyen sobre la demanda y la oferta de los productos: calidad, garantías ofrecidas, condiciones contractuales, etc.).

En cualquier caso, la consideración de los aspectos económicos implicados en la *passing-on* ha suscitado un debate considerable en los EE.UU.. *Ad ex.*, además del trabajo que se acaba de citar, véanse HARRIS/SULLIVAN, «Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», en 128 *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 269 y ss. y LANDES/POSNER, «The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan», 128, *U. Pa. L. Rev.*, 1979-1980, pp. 1274 y ss.

(28) ¿Cómo se calcula o mide el daño sufrido por cada uno de los afectados? El daño sufrido por el vendedor-comprador directo no se mide por la pérdida de beneficio en cada unidad, sino por la pérdida en las ventas:





## 2. DESDE LA DOCTRINA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD

El objeto de las acciones de indemnización de daños y perjuicios es el resarcimiento de los daños efectivamente causados. Dentro de éstos debe comprenderse tanto el *daño emergente* —esto es, la pérdida patrimonial sufrida— como el *lucro cesante* —esto es, la ganancia dejada de percibir—, experimentados por el perjudicado, según la conocida regla que, para el Derecho español, recoge el artículo 1106 del Código civil<sup>(29)</sup>.

El debate de la *passing-on defence* se plantea exclusivamente sobre el primer componente de la referida ecuación, que no es otro que el *daño emergente*. El comprador directo, como consecuencia del sobreprecio que tuvo que pagar a su proveedor cartelista o monopolista, ha sufrido una pérdida patrimonial cierta al ver indebidamente incrementados sus costes. Ahora bien, como posteriormente repercutió estos costes sobre sus propios clientes —vendría a decirse por los partidarios de reconocer la *passing-on defence*—, los compradores-indirectos, no habría sufrido *daño emergente* susceptible de ser indemnizado.

Pese a su aparente contundencia, no es fácil engarzar esta última conclusión con las exigencias de la doctrina general de la responsabilidad civil, que parte de que los daños indemnizables son los que sean consecuencia del *incumplimiento del deudor*<sup>(30)</sup>, sin que deban tenerse en cuenta las consecuencias de otros actos ajenos<sup>(31)</sup>, máxime si estos no

$C_1 \times P_1 - C_2 \times P_2$  (menor cantidad), mientras que el daño al comprador final-comprador indirecto se calcularía atendiendo al sobreprecio pagado en cada unidad:  $P_2 - P_1$ , y a la reducción de la cantidad que podrán consumir:  $C_2 - C_1$ .

(29) Así se ha entendido también específicamente en relación con los ilícitos anticompetitivo por el TJCE en la citada sentencia *Manfredi*, aps. 95 y 97, y el *Libro Blanco*, ap. 2.5, pp. 7 y 8.

(30) Regla recogida en el artículo 1107 del Código civil español. En todo caso, lo que cabe plantearse aquí, como resulta de este mismo precepto, es la extensión de la responsabilidad, en caso de dolo o mala fe —como acontecerá de ordinario en las vulneraciones de las reglas de competencia—, no sólo a los daños previsibles, sino a todos los conocidos.

(31) Con la excepción, naturalmente, de los que sean resultado de la culpa exclusiva o concurrente de la víctima en el momento de la causación del daño, o sean cometidos por un tercero por el que el deudor deba responder.

son coetáneos, como sucedería con la repercusión de los precios, en manos exclusivamente de los compradores directos, y necesariamente diferidos en el tiempo.

La anterior dificultad, sin embargo, podría aparentemente soslayarse recurriendo, conjunta o alternativamente, a dos institutos generales de la responsabilidad civil. Por un lado, al *deber de mitigar los daños* sufridos que tiene todo perjudicado, como consecuencia de las exigencias de la buena fe<sup>(32)</sup>. Por otro, al viejo principio de la *compensatio lucri cum damno*, conforme al cual, en el cálculo del daño deben compensarse las ventajas que hubiera obtenido el perjudicado como consecuencia del hecho dañoso<sup>(33)</sup>.

Los perfiles generales de ambos expedientes distan de estar claros, al venir polemizando la doctrina sobre su alcance y requisitos<sup>(34)</sup>. Con todo, parecen de difícil cuando no de imposible aplicación a situaciones como las que se contemplan aquí. En cuanto al *deber de mitigar el daño*, debe tenerse en cuenta que, en el caso que aquí nos interesa —el de los daños antitrust—, el perjudicado normalmente no va a ser consciente de que se le está dañando. Si se trata de cárteles, porque éstos, al estar radicalmente prohibidos, y en algunos Derechos penados criminalmente, van a ser por naturaleza secretos. Si fuera un abuso de poder monopolístico, porque éste no suele ser tampoco evidente por sí mismo<sup>(35)</sup>. Pero aunque el comprador directo llegara a conocer que se le está dañando, no parece jurídicamente exigible que extienda tales daños a sus propios clientes, máxime cuando ello va en contra de la propia esencia de la actividad competitiva, que es la de ofrecer los mejores precios posibles para incrementar la clientela<sup>(36)</sup>.

Respecto a la *compensatio lucri cum damno*, suele coincidir la doctrina, para evitar consecuencias manifiestamente absurdas<sup>(37)</sup>, en que es necesario que el beneficio compensable se haya obtenido mediante el hecho generador de la responsabilidad o hallarse en relación causal adecuada con éste<sup>(38)</sup>. Siguiendo estos planteamientos, se señala que

---

(32) Una manifestación especialmente clara de este deber se encuentra en el llamado *deber de salvamento* en el contrato de seguro que, en el Derecho español, se impone expresamente a los asegurados por el artículo 17 de la Ley de contrato de seguro.

(33) Como advierte ALFARO, «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia», en *Indret* 3/2009, p. 10 (<[http://www.indret.com/pdf/632\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf)>), aunque considerando la *compensatio lucri cum damno* como regla de cierre del deber de mitigación.

(34) En especial en relación con la *compensatio lucri cum damno*. En la doctrina española, véanse SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 7.ª ed., Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 275 y ss.; CRISTÓBAL, «*Compensatio lucri cum damno* en el resarcimiento del daño por el deudor», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 595, 1989, pp. 1965 y ss., y SOLER, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», en *Indret* 2/2009 (<[http://www.indret.com/pdf/632\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf)>).

(35) Incluso a veces al propio monopolista, dada la dificultad que existe en no pocos casos para deslindar una conducta abusiva de lo que puede ser una normal práctica competitiva, como saben todos los que se han asomado a la realidad de este mundo.

(36) Aunque de manera no totalmente clara, utiliza argumentos parcialmente coincidentes ALFARO, ob. cit., p. 10.

(37) Uno de estos casos es el señalado por CANTZLER, al que cita SANTOS BRIZ (ob. cit., II, p. 276, nota 255): «A lesiona culposamente a B. Éste, camino del hospital, halla una suma de dinero cuyo dueño no aparece».

(38) Véase SANTOS BRIZ, ob. cit., II, pp. 275 y ss. y CRISTÓBAL, ob. cit., pp. 1968 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

«es claro que no habrán de computarse los beneficios que el propio perjudicado haya obtenido a raíz del hecho dañoso en virtud de su actividad o de negocios jurídicos independientes para obtener la reparación del daño»<sup>(39)</sup>. Así las cosas, debe remarcarse que la eventual (no necesaria) repercusión de costes en los compradores indirectos procede de actos o negocios jurídicos independientes realizados por el propio perjudicado, por lo que quedaría fuera del alcance de la aplicación de tal principio.

Pero a nuestro juicio la mayor debilidad del debate de la *passing-on defence* es que prescinde totalmente del segundo componente de la ecuación, que es, como se indicó anteriormente, el *lucro cesante*. En este sentido, no tiene en cuenta que cualquier repercusión de los sobreprecios aguas abajo del comprador directo implicará para él de ordinario una menor venta resultado del retraimiento de la demanda como consecuencia del incremento del precio, así como la percepción finalmente de un *sobreprecio inferior* al incremento de sus costes, según se vio en el apartado anterior. Esto es, no considera las ganancias dejadas de percibir por los compradores directos<sup>(40)</sup>. Para ser coherente con ello, y teniendo además en cuenta que los daños antitrust suelen ser daños continuados, debería hacerse una valoración conjunta de toda la situación creada a raíz de la inicial vulneración de las reglas de competencia por los cartelistas o monopolistas: si se repercutieron por los compradores directos o no los costes en las ventas sucesivas a los compradores indirectos, cómo incidió ello sobre los precios efectivamente percibidos y las cantidades de bienes realmente vendidos, etc. Cosas todas ellas que no se hacen.

Así las cosas, entendemos que el dilema que se plantea en la *passing-on defence* debe resolverse exclusivamente en el marco de la valoración integral de los daños sufridos, teniendo en cuenta todas las circunstancias<sup>(41)</sup>. Si esto se hace adecuadamente no tiene por qué producirse inequidad alguna. A los consumidores finales, de reclamar<sup>(42)</sup>, habrá que indemnizarlos por los sobreprecios que hayan pagado, en comparación con los que habrían tenido en un mercado competitivo. Respecto a los intermediarios de la cadena, y muy particularmente en relación con los compradores directos, habrá que valorar cómo se ha afectado a su actividad económica, considerando todos los factores relevantes, entre ellos evidentemente el incremento inicial de sus costes, pero también cómo ha incidido esto en su cuenta de resultados, pues no sólo deben estimarse, como se ha dicho reiteradamente, los daños emergentes, sino asimismo los lucros cesantes (pérdida de ventas). La repercusión de los precios, en este sentido, no es más que una pieza de un complicado rompecabezas<sup>(43)</sup> para cuyo encaje la *passing-on defence* es sencillamente superflua e innecesaria.

(39) SANTOS BRIZ, ob. cit., II, p. 276.

(40) En la misma línea de lo que estamos señalando, aunque desvinculándolo de la problemática de la *passing-on defence*, el *Libro Blanco*, ap. 2.5, p. 8, considera que para calcular el daño debe tenerse en cuenta «también el *lucro cesante* por una reducción en las ventas y comprende el derecho a percibir intereses».

(41) En una línea que nos parece coincidente con nuestra opinión, señala CRISTÓBAL (ob. cit., p. 1978), «que el daño resarcible es un concepto unitario y no el fruto de deducir de los menoscabos los beneficios».

(42) En la articulación de estas reclamaciones residen, por otro lado, como es bien sabido las mayores dificultades con las que se enfrenta la aplicación privada del Derecho de la competencia.

(43) Advierte de la complejidad del cálculo de los daños el *Libro Blanco*, ap. 2.5, p. 8. Sobre este tema, véase asimismo el estudio preparado por la Comisión Europea, *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts* (<[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)>).

## V. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones que se han efectuado, se reafirma nuestra apreciación preliminar. Los debates y planteamientos que subyacen en la temática de la *passing-on defence* parten de un presupuesto manifiestamente erróneo cual es el de entender que es posible que los compradores directos de los cartelistas o monopolistas se resarzan íntegramente repercutiendo *aguas abajo* los sobrepuestos a sus clientes-compradores indirectos. Un análisis económico elemental revela que aunque se repercutan estos sobrepuestos (cosa que no tiene por qué ocurrir necesariamente), al final dicha carga será compartida por ambos tipos de compradores, directos e indirectos, en una proporción que dependerá de la elasticidad relativa de sus respectivas curvas de oferta y demanda.

Por otro lado, la presunta inequidad que trata de resolverse a través de la *passing-on defence* encuentra su solución más adecuada en la doctrina general de la responsabilidad civil. Concretamente en una *valoración integral del daño sufrido*, que tenga en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante de los perjudicados, sean estos compradores directos o indirectos. Para ello, además, no hay necesidad de forzar esta doctrina con la apelación a presuntos deberes de mitigación del daño, o a la *compensatio lucri cum damno*, como ya hemos dicho, de difícil por no decir imposible aplicación a estos casos, donde habitualmente los perjudicados no son conscientes de que están siendo dañados, y se están considerando actos independientes de la conducta dañosa.