

JESÚS ALFONSO SOTO PINEDA\*

*Una experiencia comparada del Derecho  
antitrust: la defensa passing-on*

RESUMEN: El artículo presenta la *passing-on defence* como argumento de defensa de las empresas demandadas en el marco de procesos de reparación por daños y perjuicios surgidos de infracciones a las normas de libre competencia, haciendo referencia a las experiencias y actualidad de la figura en Estados Unidos y la Unión Europea, en busca de extraer el catálogo de beneficios e inconveniencias que aparea en la construcción de un sistema de defensa de la competencia que le acoja.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, Acciones de daños, *Passing-on defence*.

ABSTRACT: The article discusses the *passing-on defence* as an argument in favor of the cartel members during a liability process founded in violations of the antitrust rules. In particular, it refers to the experiences and the current situation of the argument in the United States and the European Union, and presents a catalogue of benefits and drawbacks that it may be useful for an antitrust system that adopt it.

KEYWORDS: Antitrust Law, Damages claims, *Passing-on Defence*.

## INTRODUCCIÓN

Con variados niveles de intensidad y un recorrido usualmente farragoso en la implementación de los caracteres de modernización del *antitrust*, en los sistemas de defensa de la competencia más destacados a nivel global se han emprendido procesos de descentralización enfocados a la redirección de las prioridades sancionatorias clásicas de la materia, hacia la implicación efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de los derechos que, en su favor, están adheridos a las normas de libre competencia<sup>1</sup>. Estados Unidos y Eu-

---

1 Abogado, de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Empresarial, de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Derecho y Ciencia Política, de la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como docente investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en las áreas de Derecho de la Competencia y Derecho del Consumo. Correo-e: [jesusalfonso.soto@uem.es](mailto:jesusalfonso.soto@uem.es), [jesus.soto@uexternado.edu.co](mailto:jesus.soto@uexternado.edu.co).

1 Toda vez que un sector importante de la doctrina defiende, que son precisamente ellos, como consumidores, el eje en torno al cual deben girar todos los sistemas de Defensa de la competencia erigidos a nivel global. Aquella percepción se encuentra presente en LANDE (1982, p. 65). De igual modo, la concepción que en aquella dirección se percibe en United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (s.f.). Siendo de relevancia a

ropa han liderado una parte fundamental de aquella dinámica<sup>2</sup>, estimulados por la consolidación de un sistema dual de aplicación público-privada de la mencionada normativa<sup>3</sup>, que en interés de ser más disuasorio y efectivo<sup>4</sup>, proporcione mayores garantías de acción ante las hipotéticas infracciones surgidas en los mercados<sup>5</sup>.

El proceso de consolidación de dicho sistema dual de aplicación de las normas *antitrust* ha planteado variados retos ahí donde ha sido emprendido (Wils, 2009, pp. 17 y ss.). La compenetración de dos vías objetivamente distantes como la privada y la pública<sup>6</sup> ha motivado dinámicos debates ju-

su vez ciertas decisiones tomadas en aquella dirección, verbigracia, en Estados Unidos (1993), con decisión de fecha 17 de septiembre de 1993; (2008); (2006); y en Europa (2001) y (2012).

- 2 Aquella intención en Europa y sus efectos puede reproducirse gracias a Mestmäcker (2000, pp. 401 y ss.); Holmes (2000, pp. 51-79); Basedow (2001, pp. 43 y ss.); Kingston (2001, pp. 340 y ss.); Gauer, Dalheimer, Kjolbye y De Smijter (2003, p. 3); Müller (2004, pp. 722 y ss.); y Van Bael y Bellis (2010, p. 1.209). En Estados Unidos, siendo de mayor recorrido la implementación del sistema mixto de aplicación de las normas *antitrust*, además de los fundamentos legislativos iniciales, que pueden consultarse en Finch (1902); también puede verse Lande (2004, pp. 651 y ss.) y Buccirosi, Ciari, Duso, Spagnolo y Vitale (2009, pp. 165-204).
- 3 A pesar de los diversos puntos de partida de ambos sistemas, pues al contrario de lo acaecido en Europa, en Estados Unidos la evolución de la política de competencia ha estado estrechamente relacionada desde su aparición con el ejercicio de acciones civiles de daños y perjuicios, superando durante muchas décadas la actuación de las autoridades de competencia nacionales y estatales en materia de *antitrust*. Posner (1976); Neale y Goyle (1980, p. 497); Holmes y Lennon (2004, pp. 475-478); Mullerat Balmaña (2011, p. 20), así como también la compilación jurisprudencial que sirve de sustento al extremo defendido, realizada por Gifford (1995, pp. 1.677-1.713).
- 4 Eovaldi (1970, p. 255); Hovenkamp (1999, p. 651); Lande y Davis (2010), y las bases de Becker (1968).
- 5 Los excedentes económicos y jurídicos de aquella posibilidad, en Komninos (2008, p. 12); Sullivan (1983, pp. 44 y ss.).
- 6 Entendido así de forma mayoritaria, aunque, con matices doctrinales, toda vez que algunos interpretan que por medio de la aplicación privada de las normas *antitrust* los jueces también tienen la obligación fundamental de proteger el interés general –lo cual le acerca a la vía pública de aplicación–, tanto cuando declaran la nulidad de una actuación, como cuando tutelan un interés privado (Alonso Soto, 2005, p. 41; Prosperetti, 2006; Colomer Hernández, 2008, p. 474). Del mismo modo, los comentarios de Marcos (2008, pp. 9 y 10), de los cuales se extrae una concepción diferenciada de las dos vías de aplicación por

risprudenciales y doctrinales en las economías de mayor relevancia<sup>7</sup>, que de forma paulatina, en la última década, se han ido extendiendo hacia las economías emergentes.

La dinámica descentralizadora ha provocado un cambio de perspectiva de la Defensa de la competencia a la totalidad, que ha conducido el debate concurrencial hacia nuevos derroteros<sup>8</sup>. Las condiciones institucionales, funcionales y sancionatorias se han visto desplazadas de forma gradual como prioridades en variados sistemas, dando lugar a otro tipo de factores más relacionados con el interés resarcitorio, tales como los judiciales, procesales, de legitimación activa, de carácter probatorio, etc.<sup>9</sup>.

Dentro de ese panorama, los sistemas *antitrust* que a nivel mundial han adoptado la prioridad reparadora, han venido intentando, de forma coordinada, armonizarla<sup>10</sup>, a pesar de los profundos inconvenientes que se han encontrado en el proceso<sup>11</sup>. Algunas cuestiones especialmente delicadas surgidas de las diferencias jurídico-culturales de los distintos sistemas han dificultado aquella labor (Waller, 2006, p. 368). Aspectos controvertidos,

---

parte de algún sector de la doctrina, sustentada en la clara ventaja que entienden, posee la aplicación privada para resolver intereses resarcitorios, y en la excepcional importancia que tiene la aplicación pública frente a la privada, para disponer y estructurar las condiciones de la política de competencia al completo.

- 7 Moodaliyar (2010, p. 153); Wils (2003, pp. 473) y ss.; Woolf (1986, p. 221).
- 8 Análisis profundo acerca de los diversos propósitos que le son atribuidos a la materia de acuerdo a la pugna de largo recorrido entre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, en Díez (2003, p. 34); Soto Pineda (2014, pp. 1-62).
- 9 Pitofsky (1970, p. 41), así como también Martin (1993), quien llama la atención acerca de ese cambio de perspectiva, al interpretarlo como un riesgo, inasumible; toda vez que la aplicación administrativa de las normas *antitrust*, por sí sola, aún presenta inconvenientes irresolutos que impiden centrar en nuevos objetivos las prioridades del sistema al completo.
- 10 Esas intenciones en Jurgen Sacker (2008, pp. 1-14).
- 11 Verbigracia, la coordinación de competencias entre las autoridades de competencia y los jueces, la seguridad jurídica y el tratamiento de la cosa juzgada, la identidad del sistema de Defensa de la competencia al completo, la litigiosidad surgida del ejercicio de acciones de daños por parte de los ciudadanos, el tratamiento de la prueba, la pugna procesal o de decisión entre las autoridades administrativas y los jueces, la cooperación administrativo-judicial, entre otros. Al respecto, Cavanagh (1987, p. 790); Wagener (2003, p. 1.887); Cavanagh (2005, pp. 207 y ss.); y Schinkel (2007, pp. 539-572).

como la defensa *passing-on*, se han mantenido irresolutos en virtud de la imposibilidad evidenciada en el entorno global para adoptar criterios uniformes acerca de su reconocimiento y ejercicio (Antonio, 2014, p. única). Lo cual, en el caso particular de la mencionada defensa, ha sido interpretado por muchos como peligroso, no solo con motivo de la capacidad que, interpretan, posee aquella excepción *passing-on*, para desestabilizar la reparación por daños y perjuicios fruto de ilícitos *antitrust*<sup>12</sup>, sino también de la inminente adopción de la figura en algunas economías –como las latinoamericanas– en las cuales la implementación de la aplicación privada de las normas de libre competencia se ve influenciada por la experiencia alcanzada en otras latitudes<sup>13</sup>.

En ese sentido, atizado por las múltiples desavenencias en torno a la llamada *passing-on defence*, a la que tarde o temprano deben enfrentarse todos los sistemas de Defensa de la competencia en los cuales se persigue, además de la sanción, el resarcimiento<sup>14</sup>. El presente trabajo expondrá esta figura surgida del Derecho anglosajón que aún no ha adquirido suficiente profundidad en el entorno suramericano<sup>15</sup>. Para ello, el artículo presentará, en primera medida, un concepto detallado de la figura, derivado a partes

12 En parte, en virtud de la complejidad que incorpora su puesta en marcha y desarrollo, desde la perspectiva institucional, judicial y de los actores privados. Tal y como puede apreciarse en Bulst (2008, pp. 81-95). De igual modo, resultan relevantes los comentarios realizados acerca del riesgo que aparece, de no ser correctamente implementada, adheridos a Alfaro Águila-Real (2009, pp. 10-11) y las profundas dudas que genera –tal y como se verá en apartados posteriores–, en Buyuksagis (2013, pp. 67-68).

13 Ejemplo de ello es el protagonismo que en el examen de la política de competencia en Colombia, realizado en el año 2009 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se le otorgó a la Defensa de la competencia estadounidense, haciendo uso de la experiencia sustantiva y comparada cosechada en aquel país, como fundamentos del desarrollo de la política de competencia colombiana (Colombia, OCDE y BID, 2009, pp. 1-82). Del mismo modo, Palacios Lleras (2014, p. única).

14 Opción general e imperativa de futuro del Derecho *antitrust* a nivel global, dado que por medio de un interés de reparación que acompañe la intención sancionatoria, el sistema en su totalidad alcanza cuotas de disuasión superiores, que repercuten, a su vez, en la creación de un ecosistema competitivo más estable. Al respecto, Rosochowicz (2005, pp. 1 y ss.).

15 La mayor evolución doctrinal en Latinoamérica puede encontrarse en México y Uruguay. Ejemplo de ello, los trabajos de Rivera Pedroza (2014, pp. 19-76) y Mendive Dubourdieu (2010, pp. 73-74). Son también relevantes los comentarios realizados en el entorno co-

iguales de las tesis más relevantes concebidas a los dos lados del Atlántico, tanto en sede jurisprudencial como en doctrinal.

A renglón seguido de aquella conceptualización, en el presente documento se exhibirá el estado actual del mencionado mecanismo de excepción en Europa –donde se le ha otorgado en el pasado reciente mayor protagonismo y consentimiento que el que le ha sido conferido en Norteamérica– y en Estados Unidos, donde los criterios de aplicación de la *passing-on defence* se han visto modificados los últimos 40 años, de forma leve y “circular”, a causa de las contradicciones e inconstancias que se han presentado en la jurisprudencia federal y estatal estadounidense, cuando la figura ha surgido en el marco de un supuesto de hecho particular.

Por medio de una presentación como la descrita, se pretende realizar una revisión de los fundamentos en los cuales se han basado las *conformidades* y *desavenencias* que se han generado en torno al mecanismo de defensa que sirve de eje al presente artículo, así como también de su actualidad. De aquel modo se intentará inferir, en la última parte del documento, la capacidad real de la *passing-on defence* para asentarse en otros sistemas de defensa de la competencia aún en construcción, analizando su alcance como riesgo efectivo para las acciones de daños surgidas de ilícitos *antitrust* y/o como elemento de garantía y equilibrio entre las partes dentro de un proceso.

#### DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA *PASSING-ON DEFENCE*

Con una experiencia de más de 100 años en la aplicación privada de las normas *antitrust*, la defensa de la competencia estadounidense configura una fuente inagotable de experiencias, de obligada atención<sup>16</sup>, en todos los sistemas duales –público-privados<sup>17</sup>– de protección de los mercados<sup>18</sup>,

---

lombiano, aunque, con una perspectiva especialmente europea, de Ortiz Baquero (2008, pp. 31-32).

16 Jones (2003, p. 95) y Kroes (2006).

17 Analizados por Segal y Whinston (s.f.), McAfee (2008), Waelbroeck, Frignani y Mégret (2007, p. 249) y Soto Pineda (2012, pp. 41-70).

18 Toda vez que desde sus inicios, en el país norteamericano, las víctimas de ilícitos *antitrust*, han contado con la posibilidad de promover, de forma individual o grupal, *damage actions* ante los Tribunales Nacionales. Así, tanto la sección 7 de la Sherman Act de 1890 como

erigidos<sup>19</sup> y por erigir alrededor del globo<sup>20</sup>. El surgimiento y proliferación de la *passing-on defence* a nivel internacional, por ejemplo, responden justamente a esa dinámica, toda vez que los aciertos y fallos en los que ha incurrido Norteamérica en lo referente a aquel mecanismo de defensa, desde su eclosión, han terminado influenciando las percepciones, ejecuciones o “inejecuciones” de la figura en otras latitudes. Circunstancia que ha generado un desarrollo internacional del mecanismo de excepción referido, pues de la implementación de aquella defensa en terceros sistemas han surgido nuevas experiencias, que a su vez han generado una concepción más completa y “deliberada” de la *passing-on* y de las implicaciones concurrenciales que incorpora, tal y como se expondrá en este y los apartados subsiguientes.

De tal modo, para definir la *passing-on defence* de acuerdo con esa experiencia internacional conjunta, en primera medida se cree necesario hacer una precisión esencial que permitirá afrontar con mayores garantías la lec-

---

la Clayton Act de 1914 en su sección 4, estipulan aquella posibilidad. Sobre ello, la labor de Buxbaum (2007, p. 44).

19 Como el europeo, donde la defensa de la competencia, a pesar de estar profundamente adherida a la costumbre jurídica comunitaria, solo hasta el año 2003 le otorgó un verdadero protagonismo a la custodia de los intereses particulares surgidos de ilícitos *antitrust*, mediante el ejercicio de acciones de daños. Así, en principio, lo hizo con el Reglamento 1 de aquel año, *Relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE* (16/12/2002 DO L 1 de 04/01/2003), en el cual empezó a establecer como prioridad el ejercicio de acciones privadas por infracción de las normas *antitrust*. Intención que ha reforzado en los años subsiguientes con el *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia* (19/12/2005, COM(2005) 672 final), en el cual se plantearon los razones del subdesarrollo de la aplicación privada de las normas *antitrust* en aquel momento; el *Discussion paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* anexo al Libro Verde, en el que se esbozaron las posibles medidas a adoptar para favorecer las acciones resarcitorias; el *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (02/04/2008, COM(2008) 165 final), en el que se adoptaron medidas para la consolidación de un sistema efectivo en el cual tenga cabida la aplicación privada, y la *Propuesta de directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, en la que se propusieron mecanismos de garantía a la aplicación eficaz de las normas de competencia en la Unión Europea por parte de los ciudadanos.

20 Cengiz (2007, p. 4), Buxbaum (2008, p. 2), Alfaro Águila-Real (2009, p. 25).

tura del presente documento: la referida a la cadena de suministro, toda vez que como se verá, la defensa *passing-on* que nos ocupa gira, en buena parte, en torno a la “categorización” de relaciones negociales que surge de aquella concepción (Rivera Pedroza, 2014, p. 74). En ese orden de ideas, resulta pertinente recordar que, de acuerdo con el planteamiento doctrinal mayoritario<sup>21</sup>, la cadena de suministro puede ser entendida como una red de unidades de negocio independientes, conectadas entre sí, en la cual cada una de las actividades asociadas al movimiento de bienes o servicios que la componen, configuran eslabones; que responden, a su vez, a relaciones directas entre los participantes entrelazados de forma adyacente, y a relaciones indirectas entre las partes discontinuas también conformantes del enlace negocial al completo (Jiménez Sánchez, 2002, p. 70).

En ese sentido, de la existencia de esas “múltiples” relaciones en el marco de una cadena de suministro, surgen efectos que tienen una conexión directa con la defensa de la competencia, y especialmente con la aplicación privada de las normas *antitrust*, pues de aquellas se desprenden connotaciones jurídicas muy controvertidas que involucran aspectos capitales para el *private enforcement* de las normas de libre competencia. A saber: (i) el referido a las relaciones de consumo “aguas–arriba”<sup>22</sup> y “aguas–abajo”<sup>23</sup>; (ii) el alusivo a la legitimación activa<sup>24</sup>; o, los relativos a (iii) los posibles mecanismos de oposición que un demandado –infractor de las normas de libre competencia por cartelización– podría invocar en el marco de un proceso enfocado a la reparación, y (iv) en contra de quién podría emplearlos.

Son precisamente los tres últimos, los aspectos en los cuales es posible encuadrar la *passing-on defence* como mecanismo de excepción del deman-

---

21 El mundo de los negocios está formado de acuerdo con aquella doctrina, de una red de relaciones interdependientes que se desarrollan y fomentan, a través de una colaboración estratégica que tiene como objetivo, generar beneficios recíprocos (Borys y Jemison, 1989, pp. 234–249; Ahuja, 2000, pp. 321–327; Lambert y Pohlen, 2001; Chen y Paulraj, 2004, pp. 121–122).

22 También conocidas, especialmente en el entorno italiano, como contratos a monte (aguas–arriba) y contratos a valle (aguas–abajo).

23 Este tipo de relaciones y su vínculo con la cadena de suministro, al verse incorporadas a su estructura conceptual, en Christopher (1992, p. 18).

24 Landes y Posner (1979, p. 602), Sarris (1984, p. 117), Richman y Murray (2007, p. 3) y Duffy (2012, pp. 1.709–1.748).

dado en los procesos de indemnización por daños y perjuicios surgidos de transgresiones a las normas de libre competencia, toda vez que este instrumento de defensa se basa en la reivindicación que se pone en disposición del demandado –infractor de la normativa *antitrust*–, para que aduzca que el demandante –usualmente el comprador directo del producto sobre el cual recayó la conducta restrictiva–, no sufrió daño alguno como resultado del sobreprecio provocado por dicha conducta, ya que en vez de asumir dicho incremento, lo trasladó (repercutió) a sus clientes (compradores indirectos del demandado) incorporándolo al precio del producto comercializado en el eslabón de la cadena de suministro del cual el demandante forma parte<sup>25</sup>.

Concepción aquella que tal vez puede ser mejor entendida mediante un ejemplo<sup>26</sup>. Como el que se configura en virtud de una situación hipotética de cartelización en el mercado del azúcar, en virtud de la cual un productor de caramelos que adquiere el azúcar con el sobreprecio surgido de la conducta restrictiva –con miras a incorporarlo a sus golosinas– solicita después, una vez descubierto el cartel, ser reparado por los daños y perjuicios que sufrió. Encontrándose aquel, ya en el curso del proceso, con una posible reivindicación de la(s) empresa(s) cartelista(s) –productora(s) de azúcar– por él demandada(s), basada en que entiende(n) que la reparación no se encuentra justificada de acuerdo con los méritos del asunto, dado que el demandante

---

25 La concepción de *passing-on defence* adherida al presente documento, es adaptación del análisis conjunto de Hellwig (2006, p. 1), González Duránte (2006, pp. 62-63), Verbovendence (2009, p. 457), Alfaro Águila-Real (2009, p. 14), Mendive Dubourdieu (2010, p. 73), Barling (2012, p. 3), Buyuksagis (2013, p. 67) y Díez de Uré (2013, p. 2).

26 En terreno no concurrencial, se resalta el ejemplo didáctico estrechamente relacionado, aportado por Soler Presas (2009, p. 10), en virtud del cual la compra de un inmueble defectuoso (con hundimientos previos en su superficie), posteriormente restaurado por el adquirente y vendido a mejor precio, suscitó un debate acerca de la posibilidad de excepción a disposición del vendedor inicial (demandado), basada en aducir que la operación no daba lugar a indemnización, toda vez que el adquirente en una venta subsiguiente había obtenido importantes beneficios que eliminaban cualquier posibilidad de reparación. Siendo así, debido a que para un sector de la doctrina y la jurisprudencia no está justificado el resarcimiento cuando no se configura un perjuicio –ya que el adquirente no solo no se vio perjudicado sino que además se benefició de la operación–; mientras que para otro sector el resarcimiento sí está justificado, pues la venta inicial en sí misma no es la razón del beneficio obtenido por el adquirente, y por lo tanto no pierde sus características de ilegalidad.

—productor de caramelos— no sufrió daño alguno indemnizable como consecuencia del incremento del producto cartelizado, ya que al haber aumentado los precios de sus caramelos y trasladado el sobrecosto del insumo azúcar a los consumidores finales de golosinas, no se vio perjudicado por la práctica restrictiva<sup>27</sup>.

La excepción reseñada ha dividido la doctrina y en la actualidad divide igualmente a los sistemas más connotados de defensa de la competencia a nivel global en los campos jurisprudencial y legislativo. Las dificultades en el cálculo de las indemnizaciones que conlleva la *passing-on defence*<sup>28</sup>; los riesgos de enriquecimiento injusto que pueden surgir de privar a los demandados de aquel mecanismo de oposición<sup>29</sup>; las difíciles condiciones probatorias que le rodean; la amenaza que algunos perciben en ella como excepción universal en procesos de reparación de no ser otorgada a los compradores indirectos la posibilidad de solicitar el resarcimiento por los daños causados por ilícitos *antitrust* y, en general, la presunta inequidad que surge en torno a la figura configuran, entre otros<sup>30</sup>, un catálogo importante de inconvenientes asociados al mecanismo de defensa, que a pesar de habersele atribuido de forma escalonada, están aún sin resolver.

Estados Unidos y Europa todavía no han alcanzado conceptos homogéneos que suavicen la adaptación de la *passing-on defence* en sistemas de defensa de la competencia imperantes en economías emergentes. De hecho, con los años, las diferencias se han ido acentuando, fruto de formas divergentes y cíclicas de enfrentar la cuestión. Tal y como se verá en los apartados subsiguientes, en los cuales serán expuestos los antecedentes y actualidad —desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial— de la defensa *passing-on* en aquellos territorios.

---

27 El ejemplo más reseñado, el de los dulces vitaminados, surgido de la hipotética cartelización del producto “vitamina” a adherir a los mencionados dulces. Así, Alfaro Águila-Real (*op. cit.*, p. 14).

28 Una propuesta idónea al respecto puede encontrarse en Verboven y Van Dijkdefence (*op. cit.*, p. 485).

29 Segura (2005, pp. 652 y ss.), Ortiz Baquero (2008, p. 32) y Soler Presas (*op. cit.*, p. 12).

30 Reseñan la excepción *passing-on* como uno de los variados obstáculos de las acciones de daños y perjuicios derivadas de carteles, Bellia, Marco (2013, pp. 1-7), Maillo González-Orús y Milla Marín (2013, p. 18).

ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ANTECEDENTES  
EN ESTADOS UNIDOS

La situación actual en la cual se enmarca la *passing-on defence* en Estados Unidos, como mecanismo de excepción del demandado en los procesos de reparación por ilícitos *antitrust*, es resultado de un recorrido jurisprudencial escaso, poco flexible que, al parecer, se ha visto firmemente influenciado por las hipótesis de la escuela de Chicago<sup>31</sup>. Los fallos más relevantes de aquel proceso son las sentencias *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery* (en lo sucesivo *Hanover Shoe*) del año 1968<sup>[32]</sup>, *Illinois Brick Co. v. Illinois* (en lo sucesivo *Illinois Brick*) del año 1977<sup>[33]</sup> y la decisión *California v. ARC America Corp* (en lo sucesivo *ARC America*) del año 1989<sup>[34]</sup>.

Así las cosas, al margen de algunos fallos relacionados, surgidos en las seis primeras décadas del siglo XX<sup>35</sup>, el fallo *Hanover Shoe* configura el primer precedente de relevancia de la cuestión, en virtud de su profundidad argumental y su impacto<sup>36</sup>. En el proceso que le dio lugar, el demandado adujo que el comprador directo –demandante– que asumió en principio el sobreprecio, no había sufrido pérdidas ni daños como consecuencia del incremento surgido de la conducta anticompetitiva, ya que aquel recargo no

31 Así lo entienden Velasco San Pedro y Herrero Suárez (2011, pp. 595-597). Acerca de la influencia de la mencionada escuela, sus principales postulados y la razón de ser de su protección, véase KOVACIC (1990, p. 1.413) y POSNER (1979, pp. 945-948).

32 392 U.S. 481 (1968).

33 431 U.S. 720 (1977).

34 490 U.S. 93 (1989).

35 A saber, los fallos *Chattanooga Foundry & Pipe Works and South Pittsburg Pipe Company, Plffs. in Err v City of Atlanta*, 203 U.S. 390 (1906), *Southern Pacific Co. v Darnelltaenzer Lumber Company*, 245 U.S. 531 (1918), y *Radovich v National Football League*, 352 US 445, 454 (1957).

36 El caso en mención surgió de un comportamiento continuado de la empresa *United Shoe Machinery*, productora de maquinaria para la fabricación de calzado, en virtud del cual esta ponía las maquinarias a disposición de las empresas productoras de calzado, siempre bajo la forma contractual del *leasing*, y no en uso del contrato de compraventa. Situación que fue interpretada por la empresa *Hanover shoe* como un abuso de posición de dominio, toda vez que la negativa de *United Shoe Machinery* a implementar otras figuras contractuales menos gravosas para sus compradores directos, generaba un sobreprecio de importancia que configuraba un riesgo para el sector al completo. En 489, fallo *Hanover Shoe*.

solo había sido trasladado a él, sino también a todos los otros compradores –a su vez competidores del querellante– conformantes de un mercado en el cual la demanda inelástica les permitía a los participantes de aquel nivel de la cadena trasladar el sobreprecio a sus consumidores (compradores indirectos) sin sufrir una caída en las ventas<sup>37</sup>.

Siendo singular el razonamiento del demandado, la Suprema Corte rechazó aquel argumento aduciendo profundas dificultades probatorias relacionadas con la imposibilidad de evidenciar aspectos como el traslado del sobreprecio a compradores indirectos<sup>38</sup>, o los efectos que aquella repercusión de precios podría tener en las ventas<sup>39</sup>. Aspectos que el Tribunal complementó aduciendo que aceptando aquella defensa, los infractores de las normas *antitrust* podrían no hacerse responsables de sus conductas, ya que al ser los compradores indirectos los que deberían solicitar los daños y perjuicios en esa realidad hipotética –al recaer sobre ellos el *verdadero* incremento– no habría verdaderas acciones de reparación<sup>40</sup>, pues de acuerdo con los argumentos del tribunal, además de dispersos<sup>41</sup>, los compradores indirectos se caracterizan por una profunda desconexión con los Derechos

37 Se resalta la reseña realizada al respecto, en virtud de su claridad, adherida a Verboven y Van Dijk (*op. cit.*, p. 459).

38 En los últimos 40 años, se han suavizado parcialmente las dificultades probatorias relacionadas con el sobreprecio. A día de hoy se aplican métodos como el *Yardstick* o el *Before and after* que, por medio de la comparación de los precios del producto investigado y otros de la misma naturaleza (el primero), y del cotejo de los precios del producto antes y después de la conducta anticompetitiva (el segundo), permiten cuantificar un elemento esencial para la determinación de los daños y perjuicios surgidos de ilícitos *antitrust*. Acerca de los mencionados métodos, Van Dijk y Verboven (2005, pp. 9-11) y Veljanovski (2007, pp. 13-14).

39 Al margen de los argumentos probatorios, de acuerdo con las concepciones del Tribunal, independientemente del precio que el comprador directo les dé a sus productos *a posteriori*, el precio que pagó al cartelista en su momento es ilegal, por ser fruto de una concertación anticompetitiva que a su vez disminuyó las ganancias del mencionado comprador. *Hanover Shoe*, 489.

40 Y mucho menos sanciones adecuadas. Tal y como defendieron también en los años subsiguientes, al tenor de la evolución jurisprudencial al respecto, en la cual se reafirmó dicha concepción (Landes y Posner, 1979, p. 602).

41 Característica innegable de los compradores indirectos, independientemente del emplazamiento y el sistema (Fernández, 2012, p. 12).

que en su favor están adheridos a las normas, que les hace demandantes menos *versados* que los compradores directos<sup>42</sup>.

El fallo *Hanover Shoe* sentó jurisprudencia acerca de la defensa *passing-on* y en virtud de sus razonamientos, además, los compradores indirectos fueron apartados de cualquier posibilidad de poner en marcha acciones de reparación por ilícitos *antitrust* (Page, 2008, p. 4). El Tribunal, al parecer, interpretó que al no otorgarle a los demandados la posibilidad de utilizar la *passing-on* como reivindicación, no era necesario otorgarles a los compradores indirectos el poder de solicitar el resarcimiento por los daños causados<sup>43</sup>; ya que lo contrario significaría complicar el procedimiento judicial y desproteger al demandado, que así se vería empujado, a asumir múltiples responsabilidades e indemnizaciones en más de un nivel (Velasco San Pedro y Herrero Suárez, 2011, p. 597). Esto, *a contrario sensu* de lo que sucedería, según la interpretación que permite el mencionado fallo, si se le diese la posibilidad a los demandados de utilizar la *passing-on defence* en el curso de un proceso, ya que en aquel caso, estando claro que en los mercados suele trasladarse el incremento surgido de la conducta anticompetitiva al siguiente eslabón de la cadena, aquel comprador indirecto sobre el que no repercutió el sobreprecio, sino que lo asumió —por ser consumidor final o por, simplemente, no haber trasladado el incremento anticompetitivo— debería siempre contar con la posibilidad de buscar el resarcimiento por el daño que se le causó.

La doctrina marcada por el asunto *Hanover Shoe* se hizo extensiva también en el fallo posterior *Illinois Brick*, en el cual el mismo Tribunal reafirmó sus concepciones principales acerca del rechazo a la defensa *passing-on* y a

---

42 Mendive Dubourdieu (*op. cit.*, pp. 73-74): “(...) Se señala que éstos (los consumidores) no tienen un buen conocimiento de costos como para poder estimar el perjuicio generado por un precio predatorio o la aplicación de una política monopólica. Por ello, se afirma, el competidor se hallará en mejores condiciones de efectuar un análisis económico que informe acerca de las consecuencias cuantitativas que ha tenido la aplicación de una política anticompetitiva”.

43 Situación que es interpretada por una importante parte de la doctrina como un absurdo, pues el comprador directo puede demandar daños y perjuicios que no sufrió como resultado de la conducta anticompetitiva, mientras que el comprador indirecto, que es el que suele soportar la carga verdadera del sobreprecio, no puede poner en marcha acciones de reparación (Banfi del Río, 2013, p. 237).

la legitimación activa de los compradores indirectos<sup>44</sup>. Las críticas a aquella *disposición restrictiva* fueron considerables<sup>45</sup>. Algunos Estados de la Unión, atizados por la doctrina<sup>46</sup>, interpretaron que no solo los ciudadanos (compradores indirectos en potencia) quedaban desprotegidos de mantenerse aquella limitación, sino también los demandados, quienes contaban con escasos mecanismos de defensa a su disposición para hacerle frente a las acciones de reparación<sup>47</sup>. Razón por la cual en algunos Derechos estatales se modificó el enfoque interno –desplazando la óptica federal de la cuestión–, otorgando tanto el derecho a los demandados de recurrir a la *passing-on* cuando entendiesen que habían sido repercutidos los precios al siguiente eslabón de la cadena<sup>48</sup>, como también la posibilidad a los compradores indirectos de reclamar los daños y perjuicios causados por ilícitos *antitrust*<sup>49</sup>.

Aquella pugna normativa, como era de esperarse, generó una confusión acerca de la *passing-on* en sus vertientes *activa y defensiva* que ocasionó que mediante un grupo normativo (estatal) el mecanismo de reivindicación y la

44 Al respecto, Gavil (s.f., pp. 553 y ss.).

45 Un desarrollo acerca de los conflictos y debates que se generaron en sede doctrinal, pueden ser consultados en American Bar Association (2007, pp. 358-360).

46 Aún muy crítica en la actualidad en virtud del efecto continuado que causó en el entorno de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*, Richman (2007, p. 69).

47 Críticas que se vieron alimentadas, de forma importante, por la modificación circular, pero continua, de los propósitos de la defensa de la competencia propiamente dicha, toda vez que los fundamentos que sugieren unos derroteros especialmente sociales de la materia, vinculados con favorecer a los individuos antes que a los mercados y a la eficiencia, han tomado fuerza, estimulando los debates y estableciendo las preocupaciones de desprotección “social”, como elementos de importancia a tomar en cuenta también, en lo referido a los mecanismos de defensa en disposición de los demandados en el entorno de las acciones de daños, y a la legitimación activa para el ejercicio de dichas acciones, por parte de los compradores, directos e indirectos. Acerca de esa óptica más social del *antitrust*, Piraino (2007, p. 348), Lande (1982, p. 65), Cseres (s.f., p. 77 y ss.) y Valentine (2003).

48 Sobre ello, Hussain, Garrett y Howell (2001, pp. 18 y ss.) y Kosicki y Cahill (2006, pp. 599-630).

49 Las excepciones estatales en el tema en mención son conocidas como “*Illinois Brick repealer statutes*”, sobre las cuales se ha referido Cengiz (2010, p. 48). De igual forma, son relevantes en lo referido al enfoque modificado emprendido por algunos estados, incluso acudiendo a las normas de protección al consumidor para justificar acciones de reparación de los compradores indirectos, los comentarios de Davis (1997, pp. 391 y ss.) y O’connor (s.f., p. 36).

legitimación de los compradores indirectos pareciesen tener cabida, mientras que de acuerdo con las normas federales, no hubiese lugar a ellos<sup>50</sup>. En el año 1989, la perspectiva al respecto se vio parcialmente modificada gracias al fallo *ARC America*, que no cambió el enfoque de la cuestión, pues mantuvo los conceptos de los fallos *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*, pero que sí legitimó las acciones de reparación de compradores indirectos en sede estatal.

No obstante la modificación en virtud de la cual el espectro de defensa en favor de los particulares fue ampliado, en Estados Unidos no se entendió ni en aquel momento, ni en la jurisprudencia posterior, que conferir la posibilidad de acción a los compradores indirectos en sede estatal debiera significar también que la defensa *passing-on* fuese un imperativo a otorgar a los demandados como medio de reivindicación. Prueba de ello es que al día de hoy el Derecho *antitrust* de aquel país continúa rehusándose a aceptar el mecanismo de defensa en mención y admite solo, parcialmente, el ejercicio de acciones de reparación por parte de los compradores indirectos.

En Estados Unidos se han emprendido iniciativas de actualización que, a pesar de no haber modificado aún la forma de enfrentar la *passing-on*, sugieren que serán flexibilizadas en el futuro sus perspectivas defensiva y activa. En 2007, la Comisión de modernización de la materia ya recomendó una reforma de las acciones de daños por ilícitos *antitrust*<sup>51</sup>, en la cual estas últimas fuesen restringidas a las verdaderas pérdidas que el comprador tuviese que enfrentar como consecuencia de la conducta anticompetitiva, y no, como es

---

50 Salvo excepciones, marcadas especialmente por eventualidades en virtud de las cuales el comprador directo tenga dificultades o imposibilidad para poner en marcha las pertinentes acciones de reparación. *Freeman v San Diego Ass'n of Realtors*, 322 F.3d 1133, 9th Cir. (2003).

51 Siendo uno de sus principales focos de acción, toda vez que tras su creación en el año 2002, la mencionada Comisión ha intentado hacerles frente a todos los inconvenientes de importancia surgidos en el Derecho *antitrust* norteamericano, como resultado de las diferencias de percepción acerca de las acciones de daños entre el Derecho Federal y el Derecho de algunos Estados. Circunstancia que ha desarmonizado el sistema por completo, generando inconvenientes anexos relacionados con el *forum shopping*, que de forma escalonada se han intentado suavizar en los últimos 10 años mediante instrumentos de adjudicación coordinada de los asuntos entre los distintos *enforcement bodies* legalmente empoderados para hacerse cargo de los mismos. Sobre el tema, Rivera Pedroza (*op. cit.*, p. 65).

actualmente, al monto total de los daños y perjuicios ocasionados por la cartelización. De seguir recomendaciones como la descrita, la *passing-on defence* tarde o temprano será una realidad del sistema norteamericano<sup>52</sup>. Aunque, como ya se dijo, la actualidad del asunto es que el medio de reivindicación sobre el cual gira el presente artículo, aún no tiene cabida.

#### PRECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DEL TEMA EN LA UNIÓN EUROPEA

En el contexto europeo, los debates jurisprudenciales y doctrinales en torno a la *passing-on defence* se han visto condicionados a la aún reciente implementación de la aplicación privada de las normas de libre competencia. Los verdaderos avances de las acciones de daños y perjuicios en el Comunidad Europea se han cosechado tras el año 2001, pues solo hasta aquel momento se removieron las bases del *enforcement* de las normas de libre competencia europeas y se plantearon nuevas prioridades de la agenda concurrencial<sup>53</sup>.

En ese sentido, a pesar de que el mencionado año significó un antes y un después de la aplicación privada de la normativa de referencia, la jurisprudencia europea ya había sentado ciertas bases de importancia acerca de temas relacionados<sup>54</sup> y, en específico, acerca de la reivindicación *passing-on* en torno a la cual gira este trabajo.

---

52 De esa opinión, Verboven y Van Dijk (*op. cit.*, p. 460).

53 En virtud del impacto generado por el asunto *Courage Ltd v Bernard Crehan* (en lo sucesivo *Courage v Crehan*). Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 2001, Asunto C-453/99. Resaltado por su importancia, en Landolt (2006, pp. 257 y ss.), Komninos (2008, pp. 122 y ss.) y Moreno-Tapia Rivas y Fernández Vicién (2002).

54 Muchos interpretaban que el asunto *Courage Ltd v Bernard Crehan* planteaba aspectos que ya habían sido desarrollados en sede europea, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Masterfood Ltda vs. HB Ice Cream Ltda*, de 14 de diciembre de 2000, Asunto C-344/98; así como también en sede de la *House of Lords* inglesa en las sentencias de 1984, *Bord Bainne cooperative Ltd. v Milk Marketing Broad* (2 CMLR 585) y *Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board* (1 AC 130), y de 1985, *Bourgoin S.A v Minister of Agriculture Fisheries and Food* (1 QB 716). Whish, Richard, "The enforcement of EC competition law in the domestic court of members states", *Current and future perspectives on EC competition law: a tribute to Professor M.R. Mok*, Editor Gormley, Lawrence, Kluwer Law International, Londres, Boston, 1997, p. 81.

Así las cosas, el asunto *Société Comateb v Directeur général des douanes et droits indirects* (en lo sucesivo *Société Comateb*), del año 1997<sup>[55]</sup>, configura el primer precedente relevante acerca de la repercusión de precios en el viejo continente. En aquel fallo, el Tribunal de Justicia europeo adujo que la *passing-on defence* resultaba compatible con el Derecho comunitario, pero que merecía matices a tomar en cuenta, pues su aceptación no significaba que debía desconocer que un operador que hubiese repercutido un sobreprecio pudiese haber sufrido también un perjuicio como resultado de dicha conducta, por haber visto reducido su volumen de ventas o por haber soportado un daño de carácter similar<sup>56</sup>.

Aquella *tibia* pero notable concepción acerca de la figura no generó un impacto real en la Comunidad y solo hasta los años posteriores al 2003 fue valorada como un instrumento a considerar en la delimitación del alcance que en Europa debía dársele a la reivindicación *passing-on* en el marco de las acciones de daños.

De tal forma, al margen del aporte jurisprudencial mencionado y del avance—y cambio de perspectiva— que significó el Reglamento 1 del año 2003, al establecer como una de las prioridades del sistema, el ejercicio de acciones privadas<sup>57</sup>, fue el *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios causados por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia* (en lo sucesivo *Libro Verde*)<sup>58</sup>, el que realmente le otorgó profundidad a la *passing-on defence*; pues al señalar un catálogo de posibilidades en disposición de los

55 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95.

56 Apartado 31 del asunto *Société Comateb*: “(...) el operador puede haber sufrido un perjuicio por el propio hecho de haber repercutido sobre sus clientes el tributo recaudado por la Administración con infracción del Derecho comunitario, porque el incremento del precio del producto, provocado por la repercusión del tributo, haya originado una disminución del volumen de ventas (...)”.

57 Con la consecuente confirmación de aquella prioridad mediante la jurisprudencia europea. Entre la cual resalta la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Vincenzo Manfredi y otros Vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros* (en lo sucesivo *Manfredi Vs. Lloyd Adriatico*), de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04. Sobre ella Afferni, Giorgio, “Case: ECJ-Manfredi v Lloyd Adriatico”, *European Review of Contract Law*, Volumen. 3, n.º 2, pp. 179 a 190

58 COM (2005) 672 final - no publicado en el *Diario Oficial*.

Estados miembros para hacerle frente al tema, además de erigirlo como un aspecto fundamental de los procesos de reparación, le dio protagonismo y connotación en sede jurisprudencial y doctrinal. Así, las cuatro opciones que estructuró el *Libro Verde* en esa dirección, fueron, a saber<sup>59</sup>:

1. Aceptar la reivindicación *passing-on* en el curso de un proceso surgido de acciones de daños, así como también la legitimación de compradores directos e indirectos para emprender dichas acciones en contra de los infractores de las normas *antitrust*.

2. Rechazar la defensa *passing-on* del infractor de la normativa de libre competencia y no otorgar legitimación activa a los compradores indirectos.

3. Excluir la defensa *passing-on* y conceder tanto a los compradores directos como a los indirectos el poder de emprender acciones de daños contra los infractores, valiéndose de la repercusión de precios para comprobar la legitimación de los compradores indirectos.

4. Crear un procedimiento en dos fases en virtud del cual se rechace la reivindicación *passing-on* y se legitime a compradores directos e indirectos para emprender acciones de daños, permitiendo que en la segunda fase el costo excesivo se reparta entre todos aquellos que sufrieron un daño.

Dados los grandes avances que se configuraron gracias a la estructuración de las vías mencionadas y la imperativa elección de una de aquellas opciones, tal y como se desprendía del Libro Verde, la Comisión Europea publicó en el año 2008 el *Libro blanco relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (en lo sucesivo, *Libro Blanco*)<sup>60</sup>, en el cual fueron adoptados mecanismos dirigidos a afianzar un sistema de defensa de la competencia efectiva, conforme al cual el elemento privado estuviese también suficientemente garantizado, otorgando a todo ciudadano o empresa que sufriese daños como consecuencia del incumplimiento de las normas de libre competencia comunitarias el poder de exigir la reparación por dicho daño a aquel que se lo causó.

Esta circunstancia está relacionada de forma directa con la repercusión de precios en torno a la cual gira el presente documento, toda vez que en virtud

---

59 Apartado 2.4: *Defensa passing-on y legitimación del comprador indirecto*, Pregunta G, Opciones 21, 22, 23 y 24.

60 COM (2008)165 final - No publicado en el *Diario Oficial*.

de lo expuesto en el *Libro Blanco*, quedó claro que de existir una posibilidad de activar la *passing-on* por parte del demandado cuando el comprador directo hubiese trasladado el sobreprecio a sus compradores, lo más lógico es que no se limitase la legitimación de los compradores indirectos<sup>61</sup>. Así, la Comisión Europea en el *Libro Blanco* expuso que, mediante la implementación de una legitimación refutable, conforme a la cual se presumiese que el exceso anti-competitivo les fue repercutido totalmente en todas y cada una de las *fases* de la cadena de valor a los compradores indirectos<sup>62</sup>, estos podrían contar con un crédito importante que, a la larga, redundaría en un incremento del ejercicio de acciones por parte de los compradores indirectos<sup>63</sup> y *compensaría* los efectos –posiblemente desalentadores– de la reivindicación de repercusión de precios por parte de las empresas demandadas.

La *Propuesta de directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* (en lo sucesivo *Propuesta de Directiva*) acogió las dos aristas que habían sido concretadas en el *Libro Blanco* y por un lado delimitó que efectivamente las empresas demandadas en el marco de las normas de libre competencia podrían utilizar el argumento de repercusión de precios en contra de sus demandantes (normalmente compradores directos), y por otro estableció la legitimación activa de los compradores indirectos, apoyada en la disposición

---

61 “(...) de hecho tanto el comprador indirecto como el demandado defenderían que se ha repercutido el precio anticompetitivo” (Agencia Española de Defensa de la Competencia, 2008, p. 4).

62 *Libro Blanco*, apartado 2,6.

63 Algunos interpretan, *a contrario sensu* de la concepción de la Comisión, que “La propuesta de esta presunción iría contra la regla general de que es el demandante quien ha de demostrar su pretensión, con lo que sería necesaria una modificación de las reglas procesales internas. En todo caso, dadas las dificultades de prueba existentes para los compradores indirectos a la hora de reconstruir la ‘cadena’ del daño la propuesta de la Comisión parece adecuada para aligerar la carga de la prueba, si bien, como se verá en la sección 7, lo que no parece adecuado es que la presunción cubra la totalidad del daño. Sin la colaboración del comprador directo y sucesivos compradores indirectos hasta llegar al nivel del demandante en la cadena de suministro es prácticamente imposible demostrar que el precio se ha repercutido, puesto que son ellos los que cuentan con la información sobre sus costes de producción” (Agencia Española de Defensa de la Competencia, 2008, p. 7).

de la legitimación refutable sugerida en el *Libro Blanco*, basada en presumir que el sobreprecio surgido de la práctica anticompetitiva efectivamente fue repercutido, fase tras fase de la cadena de suministro, a los consumidores, fortaleciendo así el concepto de compensación completa, reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso *Courage* (Alfaro Águila-Real y Reher, 2010, p. 44). Disposiciones aquellas, concretadas en el recorrido de la figura en la Unión Europea, que determinan la cabida que la *passing-on defence* tiene a día de hoy en terreno comunitario<sup>64</sup>.

## CONCLUSIONES

La defensa *passing-on* configura un elemento un tanto paradójico del sistema de defensa de la competencia en su totalidad, toda vez que a pesar de surgir de los argumentos que soportan la aplicación privada de las normas de libre competencia, configura un riesgo contundente —y tal vez el de mayor peligro— para la intencionalidad resarcitoria intrínseca del *private enforcement*. Esto, con motivo de la incompatibilidad que, puede interpretarse, existe, entre la *passing-on defence* como instrumento de reivindicación en materia de libre competencia y el curso habitual de las relaciones comerciales, en virtud del cual suele ser común que los costos asumidos por un empresario en cualquiera de los niveles de la cadena de suministro sean trasladados proporcionalmente a sus clientes, ya que otorgar a las empresas cartelizadas el poder de defenderse mediante argumentos de repercusión de precios, en un sector como el comercial, donde ese comportamiento, y no el contrario, suele ser habitual, puede significar también que se les está otorgando a dichas empresas un instrumento de defensa *universal* que a la larga puede conllevar que el resarcimiento fruto de infracciones a las normas de libre competencia sea simplemente teórico.

Así las cosas, de acuerdo con lo observado en la investigación que da origen al presente documento, resulta posible justificar que la defensa *passing-on*

---

64 Prueba de ello, la decisión de 28 de junio de 2011 del Tribunal Federal de justicia alemán (BGH), y de 08 de junio de 2012 y 07 de noviembre de 2013, del Tribunal supremo español, en las cuales los dos extremos básicos de la defensa *passing-on*: legitimación activa de los compradores indirectos y el acceso al argumento de repercusión de precios, se vieron reforzados en terreno comunitario.

redunda, o tiene toda la capacidad para hacerlo, negativamente, en el ejercicio y desenlace de las acciones de daños y perjuicios surgidas de ilícitos *antitrust*. La intención del sistema de defensa de la competencia al completo –la libre competencia– y de la aplicación privada de las normas que la sustentan –el resarcimiento–, pueden verse distorsionadas gracias a la presencia del medio de reivindicación bajo estudio.

El inconveniente no se presenta exclusivamente con motivo de aquel poder excepcional que se le otorga a las empresas mediante la *passing-on defence* –en Europa, pues en Estados Unidos no se acepta hoy en día dicho medio de defensa– sino también en virtud de la legitimación activa, toda vez que los sistemas de mayor relevancia no han logrado ponerse de acuerdo tampoco acerca de quién debe *ostentar* aquella prerrogativa que influencia frontalmente el alcance de la reivindicación *passing-on*. Así, por un lado, en Estados Unidos se ha entendido que solo el comprador directo debe tener la posibilidad de solicitar los daños y perjuicios surgidos de una infracción a las normas *antitrust*, mientras que en Europa se han inclinado por defender que tanto compradores directos como indirectos deben tener aquel poder, a pesar de los inconvenientes de carácter probatorio que pueden surgir de aquella posibilidad. Es claro que en ambos territorios la posición elegida es consecuente con la imposibilidad de activar la defensa *passing-on* en el curso de un proceso (Estados Unidos), y con la aceptación que se le da a la misma en Europa en el marco de un caso enfocado a la reparación.

Con los matices propios de cada sistema jurídico, parece claro que la lógica de la *passing-on defence* pasa por comprender que de no otorgársele al demandado la posibilidad de reivindicar la repercusión de precios, podría terminar confiriéndose un poder extraordinario, en este caso a compradores indirectos demandantes, para, además de repercutir los precios a sus clientes, obtener la reparación de daños y perjuicios que verdaderamente no tuvieron que soportar (enriquecimiento injusto).

Siendo ese solo uno de los aspectos a concluir, ya que del mismo modo, en otro escenario, cuando el demandado tiene la posibilidad de reivindicar la repercusión de precios, parece necesario que dicha capacidad deba aparejar el otorgamiento de la legitimación activa también al comprador indirecto, ya que lo contrario significaría conceder un poder extraordinario y absoluto al demandado que, tal y como se expuso en los primeros párrafos de estas

conclusiones, eliminaría cualquier posibilidad de reparación surgida de un ilícito *antitrust*.

No otorgar la defensa *passing-on* indudablemente puede conllevar un nivel de desprotección en los demandados y un beneficio extraordinario para los compradores directos, que además de repercutir el precio, busquen el resarcimiento. Pero otorgar la defensa *passing-on* también genera un desbalance importante que no puede ser ignorado, pues además de conferir un medio de defensa universal en favor de los demandados contra compradores directos –que usualmente repercuten el precio al ser empresarios– les garantiza a dichas empresas involucradas con la provocación del “daño *antitrust*”, un nivel de “acción resarcitoria” en su contra, muy restringido, ya que los compradores indirectos no empresariales –comúnmente consumidores– en virtud de su dispersión y la desconexión que tienen con las normas, no suelen emprender acciones de reparación ante infracciones de gran especialización como aquellas que nos competen, vinculadas con las normas de libre competencia.

En ese sentido, dadas las características de la *passing-on defence*, está claro que la figura ha surgido como un medio de protección de los demandados, que a la larga puede ser interpretado como un instrumento de sobreprotección, susceptible de generar un entorno conveniente para las empresas, en virtud del cual se favorezca el “soslayo” de ciertas responsabilidades concurrenciales.

El peligro de la reivindicación bajo estudio es innegable, por lo que de implementarse en un sistema de defensa de la competencia –dado el gran beneficio que apareja para las empresas demandadas– es más que necesario determinar un catálogo de imperativos y de herramientas estabilizadoras que favorezcan un entorno resarcitorio en el ámbito de las infracciones *antitrust*. Imperativos como que, de tener cabida en el marco de un proceso que gire en torno a las normas de libre competencia, siempre aquella posibilidad deba ir aparejada al otorgamiento de legitimación activa a los compradores indirectos; y herramientas estabilizadoras, conforme a las cuales la carga de la prueba recaiga siempre en el demandado en aquellos casos en los que se ponga en marcha la reivindicación *passing-on*, se acerquen las acciones de daños por ilícitos *antitrust* a los consumidores finales, o se potencien los instrumentos de ejercicio grupal de las acciones de daños fruto de menoscabos ocasionados por las normas de libre competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AFFERNI, GIORGIO (s.f.). “Case: ECJ-Manfredi v Lloyd Adriatico”. *European Review of Contract Law*, Volumen. 3, n.º 2.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2008). *Comentarios de la asociación española de Defensa de la competencia al libro blanco de daños de la Comisión Europea*.
- AHUJA, GAUTAM (2000). “The duality of collaboration: inducements and opportunities in the formation of Interfirm linkages”. *Strategic Management Journal*, Vol. 21, n.º 3.
- ALEMANIA, Sentencia del Tribunal Federal de justicia alemán (BGH), de 08 de junio de 2012.
- ALEMANIA, Sentencia del Tribunal Federal de justicia alemán (BGH), de 28 de junio de 2011.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS y REHER, TIM (2010). “Towards the directive on Private enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe? *The European Antitrust Review*”.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (2009). “Contra la armonización positiva: La propuesta de la comisión para reforzar el Private Enforcement del Derecho de la Competencia”. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (2009). “Dos breves comentarios: la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia y el “passing-on defence” en materia de indemnizaciones de daños y perjuicios”. *Competencia y sectores regulados*, n.º 70.
- ALONSO SOTO, RICARDO (2005). “El interés público en la Defensa de la Competencia”. *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*. Directores Martínez Lage, Santiago y Petitbo, Juan, Madrid: Marcial Pons.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (2007). *Indirect purchaser litigation handbook*. Chicago: American Bar Association.
- ANTONIO, KIRSCHEN (2014). “La defensa del passing-on y la legitimación de los compradores indirectos para solicitar indemnización por daños antitrust”. Disponible en [compemedia.com](http://compemedia.com).

- BANFI DEL RIO, CRISTIÁN (2013). “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia”. *Revista Chilena de Derecho privado*, n.º 21.
- BARLING, GERALD (2012). “Experiencias judiciales nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia tras las sentencias de los asuntos Courage y Manfredi”. *Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del TFUE por los jueces nacionales*, Red Europea de Formación judicial.
- BASEDOW, JURGEN (2001). “Who will protect competition in Europe? From central enforcement to authority networks and private litigation”. *European Business Organization Law Review*, n.º 2.
- BECKER, GARY (1968). “Crime and Punishment: An economic approach”. *The Journal of Political Economy*. Columbia University.
- BELLIA, MARCO, (2013). “Passing-On” Defense in antitrust Litigation: Preliminary Notes for a general analysis”. *Documento de trabajo*, Luiss Guido Carli University.
- BORYS, BRYAN y JEMISON, DAVID (1989). “Hybrid arrangements as strategic alliances: theoretical issues in organizational combination”. *Academy of Management Review*, n.º 14.
- BUCCIROSSI, PAOLO; CIARI, LORENZO; DUSO, TOMASO; SPAGNOLO, GIANCARLO y VITALE, CRISTIANA (2009). “Measuring the Deterrence Properties of Competition Policy: The Competition Policy Indexes”. *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, n.º 1.
- BULST, FRIEDRICH WENZEL (2008). “Of Arms and Armour – the European Commission’s White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law”. *Bucerius Law Journal*, Vol. 2.
- BUXBAUM, HANNAH (2008). “Competition in the private enforcement of regulatory law”, *Documento de trabajo*. Indiana University School of Law.
- BUXBAUM, HANNAH (2007). “Private enforcement of competition law in the United States - Of optimal deterrence and social cost”. *Private enforcement of EC competition law*, Editor Basedow, Jurgen. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Holanda.

- BUYUKSAGIS, ERDEM (2013). “New perspectives in misuse of market power: How should the effects-based approach complement the existing normative solution?”. *Swiss Review of Business Law*. Vol. 85, n.º 1.
- CAVANAGH, EDWARD (2005). “Antitrust Remedies Revisited”, *Oregon Law Review*, N.º 84.
- Cavanagh, Edward (1987). “Detering Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?”. *Tulane Law Review*, n.º 61.
- CENGIZ, FIRAT (2010). “Antitrust Damages Actions: lessons from American indirect purchasers’ litigation”. *International and Comparative Law Quarterly*, VOL. 59, n.º 1.
- CENGIZ, FIRAT (2007). “Passing-on Defense and indirect purchaser standing in actions for damages against the violations of Competition Law: What can the EC learn from the US?”. *CCP Working Paper 07-21*.
- CHEN, INJAZZ y PAULRAJ, ANTHONY (2004). “Towards a theory of supply chain management: the constructs and measurements”. *Journal of Operations Management*, n.º 22.
- CHRISTOPHER, MARTIN (1992). *Logistics and supply chain management: strategies for reducing costs and improving service*. Londres: Pitman.
- COLOMBIA, OCDE y BID (2009). *Derecho y política de la competencia en Colombia: Examen inter pares*. Disponible en <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>.
- COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO (2008). “La tutela judicial de la Defensa de la Competencia”, *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la ley 15 de 2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia*, Directores Parejo Alfonso, Luciano y Palomar Olmeda, Alberto. Madrid: La Ley.
- CSERES, KATALIN JUDITH (s.f.). “What has competition done for consumers in liberalised markets?”. *The Competition Law Review*, Vol. 4, n.º 2.
- DAVIS, ROBERT W. (1997). “Indirect Purchaser Litigation: Arc America’s Chickens Come Home to roost on the Illinois Brick Wall”. *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, n.º 2.
- DÍEZ DE URÉ, ANDREA y TRONCOSO FERRER, MIGUEL (2013). “La propuesta de directiva relativa a las demandas por daños causados por ilícitos de competencia”. *Documento de trabajo*, Gómez-Acebo & Pombo Abogados.
- DÍEZ, ESTELLA (2003). “Los objetivos del Derecho Antitrust”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 224.

- DUFFY, MATTHEW (2012). “Chipping away at the Illinois brick Wall: expanding exceptions to the indirect purchaser rule”. *Notre Dame Law Review*, Vol. 87, n.º 4.
- EOVALDI, THOMAS (1970). “Private Consumer Substantive and Procedural Remedies under State Law”. *The Antitrust Bulletin*, n.º 15.
- ESPAÑA. Sentencia del Tribunal supremo, de 07 de noviembre de 2013.
- ESTADOS UNIDOS. 489, fallo *Hanover Shoe*. 392 U.S. 481 (1968).
- ESTADOS UNIDOS. *California v. ARC America Corp.* 490 U.S. 93 (1989).
- ESTADOS UNIDOS. *Cascade Health Solutions vs. PeaceHealth*. 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008).
- ESTADOS UNIDOS. *Chattanooga Foundry & Pipe Works and South Pittsburg Pipe Company, Plffs. in Err v, City of Atlanta*, 203 U.S. 390 (1906).
- ESTADOS UNIDOS. Clayton Act de 1914.
- ESTADOS UNIDOS. *Freeman v. San Diego ass’n of realtors*, 322 F.3d 1133, 9th Cir. (2003).
- ESTADOS UNIDOS. *Illinois Brick*. 431 U.S. 720 (1977).
- ESTADOS UNIDOS. *Kochert Vs. Greater Lafayette Health Servs., Inc.* 463 F.3d 710, 715 (7th Cir. 2006).
- ESTADOS UNIDOS. *Radovich v. National Football League*, 352 US 445, 454 (1957).
- ESTADOS UNIDOS. Sherman act de 1890.
- ESTADOS UNIDOS. *Southern Pacific Co. v Darnelltaenzer Lumber Company*, 245 U.S. 531 (1918).
- ESTADOS UNIDOS. *United States vs. Brown University y otros* United States Court of Appeals, Third circuit. - 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).
- EUROPA. *Courage Ltd v Bernard Crehan*. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de Septiembre de 2001, asunto C-453/99.
- EUROPA. *Discussion paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* anexo al Libro Verde.
- EUROPA. *General Electric/Honeywell*. Caso n.º COMP/M.2220, de 3 de julio de 2001.

- EUROPA. *Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (02/04/2008, COM(2008) 165 final).
- EUROPA. *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia* (19/12/2005, COM(2005) 672 final).
- EUROPA. *Masterfood Ltda Vs. HB Ice Cream Ltda*, Sentencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de Diciembre de 2000, Asunto C-344/98.
- EUROPA. *Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet*. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 2012, asunto C-209/10
- EUROPA. *Propuesta de directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*.
- EUROPA. Reglamento 1 de aquel año, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE* (16/12/2002 DO L 1 de 04/01/2003).
- EUROPA. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de Enero de 1997, asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95. *Société Comateb*.
- EUROPA. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Vincenzo Manfredi y otros Vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, de 13 de Julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.
- FERNÁNDEZ, CANI (2012). “Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España”. *Gaceta jurídica de la unión Europea y de la competencia*, n.º 29.
- FINCH, ARTHUR (1902). *Bills and debates in Congress Relating to Trust: Fiftieth Congress to fifty-seventh Congress, First Session, Inclusive*. Washington: U.S. Government Printing Office.
- GAUER, CELINE; DALHEIMER, DOROTHE; KJOLBYE, LARS y DE SMIJTER, EDDY (2003). “Regulation 1/2003: a modernized application of EC competition rules”. *Competition Policy Newsletter*.
- GAVIL, ANDREW (s.f.). “Antitrust Remedy wars episode I: Illinois Brick from inside the Supreme Court”. *St. John’s Law Review*, Vol. 79.

- GIFFORD, DANIEL (1995). "The Jurisprudence of Antitrust". *Southern Methodist University Law Review*, n.º 48.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, HENAR (2006). "La reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de Defensa de la competencia". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 13.
- HELLWIG, MARTIN (2006). "Private Damage Claims and the Passing-On Defense in horizontal Price-fixing cases: an economist's perspective". *Preprints of the Max Planck Institute for research on Collective Goods Bonn 2006/22*.
- HOLMES, KATHERINE (2000). "The EC White Paper on Modernisation". *Journal of World Competition*, n.º 23.
- HOLMES, MARJORIE y LENNON, PAULA (2004). "Causation—The Route to Damages". *European Competition Law Review*, Vol. 25, n.º 8.
- HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust policy—the law of competition and its practice*. St Paul, Minn.: West Publishing.
- HUSSAIN, SAMID; GARRET, DANIEL y HOWELL, VANDY (2001). "Economics of class certification in indirect purchaser antitrust cases". *Journal of the antitrust and unfair competition law section of the state bar of California*, Vol. 10, n.º 1.
- JELEZTCHEVA, MARÍA (2007). *Las Autoridades de Defensa de la Competencia. Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ ELÍAS (2002). *Marco conceptual de la cadena de suministro: un enfoque logístico*, publicación técnica n.º 215, Secretaría de comunicaciones y transportes: Instituto Mexicano del transporte, Sanfandila.
- JONES, CLIFFORD (2003). "A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the U.S". *European Competition Law Annual 2001: Effective private enforcement of EC Antitrust Law*, Editores Ehlermann, Claus-Dieter y Atanasiu, Isabela, Oxford, Hart Publishing.
- JURGEN SACKER, FRANZ (2008). "Legal foundations of competition law", *Competition Law: European Community practice and Procedure*. Editores Hirsch, Gunter; Montag, Frank y Jurgen Sacker, Franz, Sweet & Maxwell, Londres.

- GAVIL, ANDREW (s.f.). “Antitrust Remedy wars episode I: Illinois Brick from inside the Supreme Court”. *St. John’s Law Review*, Vol. 79.
- KINGSTON, SUZANNE (2001). “New division of responsibilities in the proposed Regulation to modernize the rules implementing articles 81 and 82 EC? A warning call”. *European Competition Law Review*, n.º 22.
- KOMNINOS, ASSIMAKIS (2008). *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*. Oxford: Hart Publishing.
- KOSICKI, GEORGE y CAHILL, MILES (2006). “Economics of pass through and damages in indirect purchaser antitrust cases”. *The antitrust bulletin*, Vol. 51, n.º 3.
- KOVACIC, WILLIAM (1990). “The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy”. *Wayne Law Journal*, n.º 36.
- KROES, NEELIE (2006). “More Private Antitrust Enforcement Through Better Access to Damages – An Invitation for an Open Debate”. Discurso pronunciado el 9 de marzo de 2006 en Bruselas, Bélgica, discurso 06/158.
- LAMBERT, DOUGLAS y POHLEN, TERRANCE (2001). “Supply chain metrics”. *The international journal of logistics management*, Vol. 12, n.º 1.
- LANDE (1982). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretations Challenged”. *Hastings Law Journal*, n.º 34.
- LANDE, ROBERT H. y DAVIS, JOSHUA P. (2010). “Comparative Deterrence from Private enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws”. *Research paper n.º 2010-08*.
- LANDE, ROBERT H. (2004). “Five Myths about antitrust damages”. *University of San Francisco Law Review*, Vol. 40.
- LANDE, ROBERT (s.f.). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretations Challenged”. *Hastings Law Journal*, n.º 34, p. 65.
- LANDES, WILLIAM y POSNER, RICHARD (1979). “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”. *University of Chicago Law Review*, n.º 46.

- LANDOLT, PHILIP LOUIS (2006). *Modernised EC competition law in international arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, JERÓNIMO y MILLA MARÍN, PILAR (2013). “50 años de lucha contra los carteles en España y perspectivas de futuro”. *Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España*. Centro de política de la competencia, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo.
- MARCOS, FRANCISCO y SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT (2008). “Damages for breach of the EC antitrust rules: Harmonising Tort Law through the back door?”. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1.
- MARTIN, STEPHEN (1993). *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*. Prentice Hall, Englewood Cliffs, 2da edición.
- MCAFFEE, R. PRESTON; MIALON, HUGO. M. y MIALON, SUE. H. (2008). “Private v Public Antitrust Enforcement: A strategic analysis”. *Journal of Public Economics and Emory Public Law*. Disponible en <http://userwww.service.emory.edu/~hmialon/StrategicPrivatePublicAntitrustEnforcement.pdf>.
- MENDIVE DUBOURDIEU, ANDRÉS (2010). “Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 18.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM (2000). “The EC Commission’s modernization of competition policy: a Challenge to the community’s constitutional order”. *European Business Organization Law Review*, n.º 1, pp. 401
- MOODALIYAR, KASTURI; REARDON, JAMES y THEUERKAUF, SARAH (2010). “The relationship between public and private enforcement in competition law: a comparative analysis of South African, the European Unión, and Swiss law”. *South African Law Journal*, Vol. 127, n.º 1.
- MORENO-TAPIA RIVAS, IRENE y FERNÁNDEZ VICIÉN, CANI (2002). “Un paso adelante en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia por los Jueces Nacionales: El Asunto Courage”. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1.
- MÜLLER, FELIX (2004). “The New Council Regulation (EC) n.º 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition”. *German Law Journal*, Vol. 5, n.º 6.
- MULLERAT BALMAÑA, RAMÓN (2011). “El arbitraje y el Derecho de la competencia”. *Revista Derecho de los negocios*, n.º 248.

- NEALE, ALAN DERRETT y GOYLE, D.G. (1980). *The Antitrust Laws of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law*. New York: Cambridge University Press.
- O'CONNOR, KEVIN J. (s.f.). "Is the Illinois Brick Wall Crumbling". *Antitrust*, n.º 15.
- ORTIZ BAQUERO, INGRID SORAYA (2008). "La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia". *Revista e-Mercatoria*, Vol. 7, n.º 1.
- PAGE, WILLIAM (2008). "Class Interpleader: The Antitrust Modernization Commission's Recommendation to Overrule *Illinois Brick*". *Documento de trabajo*, University of Florida Levin College of Law.
- PALACIOS LLERAS, ANDRÉS (2014). *El mito de la universalidad del Derecho de la competencia*. Disponible en [lalibrecompetencia.com](http://lalibrecompetencia.com).
- PIRAINO, THOMAS (2007). "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century". *Indiana Law Journal*, Vol. 82, n.º 2.
- PITOSFSKY, ROBERT (1970). "Arbitration and antitrust enforcement". *Arbitration Journal*, n.º 40.
- POSNER, RICHARD (1979). "The Chicago School of antitrust analysis". *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen. 27, n.º 4.
- POSNER, RICHARD (1976). *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- PROSPERETTI, LUIGI (2006). "Antitrust Damages in Europe: An Economic perspective". Paper presentado en la conferencia *Antitrust between EC Law and national law*, Treviso, 18 y 19 de mayo de 2006.
- REINO UNIDO (1984). *Garden Cottage Foods v Milk Marketing Board* (1 AC 130).
- REINO UNIDO, HOUSE OF LORDS (1984). *Bord Bainne cooperative Ltd. v Milk Marketing Board*. (2 CMLR 585)
- REINO UNIDO, HOUSE OF LORDS (1985). *Bourgoin S.A v Minister of Agriculture, Fisheries and Food*. (1 QB 716).

- RICHMAN, BARAK y MURRAY, CHRISTOPHER (2007). “Rebuilding Illinois Brick: A functionalist approach to the indirect purchaser rule”. *Southern California Law Review*, n.º 81.
- RIVERA PEDROZA, ABEL (2014). “Responsabilidad civil, acciones colectivas y competencia económica. Replantando el estándar de daño exigible”. *El desafío de la reclamación de daños en competencia económica*. México: Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC).
- ROSOCHOWICZ, PATRICIA HANH (2005). “Deterrence and the Relationship Between Public and Private Enforcement of Competition Law”. *European Competition Law Review*, Volumen. 25, n.º 12.
- SARRIS, VALERIE (1984). *The efficiency of private enforcement: the Illinois brick decision*. Nueva York: Garland Publishing.
- SCHINKEL, MAARTEN PIETER (2007). “Effective Cartel Enforcement in Europe”. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30.
- SEGAL, ILYA. R y WHINSTON MICHAEL (s.f.). “Public vs private enforcement of antitrust law: A Survey”. *Working paper n.º 335*. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952067](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952067).
- SEGURA, FRANCISCO (2005). “Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el derecho civil chileno”. *Estudios de Derecho civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código civil*. Editores: Varas, Juan Andrés y Turner, Susan. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- SOLER PRESAS, ANA (2009). “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”. *Indret: revista para el análisis del Derecho*, n.º 2.
- SOTO PINEDA, JESÚS ALFONSO (2014). “La protección al consumidor como finalidad primordial de la Defensa de la competencia: la experiencia de los Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia”. *Working Paper*.
- SOTO PINEDA, JESÚS ALFONSO (2012). *Vías de aplicación del Derecho de la competencia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- SULLIVAN, CHARLES. A. (1983). “Breaking Up the Treble Play: Attacks on the Private Treble Damage Antitrust Action”. *Seton Hall Law Review*, n.º 14.

- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD) (s.f.). Model Law on Competition. Disponible en [http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf).
- VALENTINE, DEBRA (2003). "Prepared Remarks for the Pacific Economic Competition Council". *Conference on Trade and Competition Policy*. Montreal, 13 y 14 de mayo de 2003.
- VAN BAEL, IVO y BELLIS, JEAN-FRANÇOIS (2010). *Competition Law of the European Community*. Alphen aan den Rijn, Holanda: Kluwer Law International.
- VAN DIJK, THEON y VERBOVEN, FRANK (2005). "Quantification of damages". *Working Paper*. ABA Publications in Antitrust.
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO y HERRERO SUÁREZ, CARMEN (2011). "La Passing-on defence, ¿un falso dilema?". *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Directores Velasco San Pedro, Luis Antonio y Alonso Ledesma, Carmen, Martínez Lage, Santiago y Petitbo, Juan, Lex Nova, Valladolid.
- VELJANOVSKI, CENTO (2007). "The Economic of Cartels", *Finish competition law yearbook 2006*.
- VERBOVEN, FRANK y VAN DIJK, THEON (2009). "Cartel damages claims and the passing-on defense". *The Journal of industrial economics*, Vol. 57, n.º 3.
- WAELEBROECK, MICHEL; FRIGNANI, ALDO y MÉGRET, JACQUES (1998). *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo I. Barcelona: Bosch.
- WAGENER, WILLIAM (2003). "Modeling the Effect of One Way Fee Shifting on Discovery Abuse in Private Antitrust Litigation". *New York University Law Review*, n.º 78.
- WALLER, SPENCER (2006). "Towards a More Constructive Public-Private Partnership for Enforcing Competition Law". *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 29, n.º 6.
- WHISH, RICHARD (1997). "The enforcement of EC competition law in the domestic court of members states". *Current and Future perspectives on EC Competition Law: A Tribute to Professor M.R. Mok*. Editor Gormley, Lawrence, Kluwer Law International. Londres, Boston.
- WILS, WOUTER, P.J. (2003). "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?". *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 26, n.º 3.

WILS, WOUTER, P.J. (2009). “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages”. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 32, n.º 1.

WOOLF, HARRY (1986). “Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View”. *Public Law*, n.º 220.