



LA DEFENSA *PASSING-ON* Y LA LEGITIMACIÓN DE LOS COMPRADORES INDIRECTOS: DOS DESAFÍOS FRENTE A LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

SEBASTIÁN SOLARTE CAICEDO¹

RESUMEN

Cuando la violación de las normas sobre protección de la competencia conduce a la generación de sobrecostos, los agentes tienen dos opciones: absorberlos o trasladarlos a quienes se encuentran en el siguiente eslabón en las cadenas de producción y suministro. De optar por lo segundo, la eventual pretensión indemnizatoria estará sujeta a la realización de complejos análisis económicos, lo cual, en opinión de muchos, entorpecería el sistema judicial y no aseguraría la obtención del resultado anhelado. Así, el derecho a ser reparado y la economía judicial entran en un conflicto que ya se ha dado en otros países, y que no tardará en llegar a Colombia.

1 Estudiante de décimo semestre de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: sebastiansolarte7@hotmail.com

Palabras clave: indemnización de perjuicios; costos trasladados; compradores indirectos; aplicación privada del derecho de la competencia.

THE PASSING-ON DEFENSE AND THE STANDING OF INDIRECT PURCHASERS: CHALLENGES TOWARDS THE PRIVATE ENFORCEMENT OF ANTITRUST LAWS IN COLOMBIA

SUMMARY

When the infringement of the antitrust laws leads to the creation of over costs, agents have two options: absorb the loss or pass it downstream in the chains of production and distribution. If the latter is chosen, the damages claims that may arise will be subject to complex economic analysis, which will obstruct judicial economy and will not necessarily guarantee the success of the claim. In that way, the right to compensation and the efficiency of the judicial system clash in a dispute that has already been seen in other countries and that will soon arrive to Colombia.

Key words: *damages claim; passing-on defense; indirect purchasers; private enforcement of antitrust law.*

INTRODUCCIÓN

Históricamente, la responsabilidad civil se ha consagrado como una de las herramientas más utilizadas por el Estado para restablecer el equilibrio perdido en las relaciones sociales por la generación injusta de daños (Santos Ballesteros, 2010, p. 1). Sus elementos se encuentran en constante cambio con el fin de adaptarse a las nuevas realidades y necesidades de la sociedad. Es por

esto que, en tiempos recientes, la responsabilidad civil se ha visto vinculada, entre otros, a la protección de los datos personales, el medio ambiente o los objetos lanzados al espacio ultraterrestre, categorías de reparación que en otra época difícilmente hubieran sido imaginadas.

El campo de aplicación de la responsabilidad civil no solo se amplía en razón de los avances técnicos y científicos, sino también por la mutación y reinterpretación de categorías jurídicas que parecían estar ya definidas. Una de ellas es el derecho de la competencia. Ortiz (2011) lo describe de la siguiente manera:

Las normas de libre competencia fueron consideradas en sus orígenes como meros instrumentos de intervención del Estado en la economía y, en concreto, como una herramienta para la protección del interés general. Solo la evolución de las relaciones entre la competencia desleal y la libre competencia, hicieron evidente que lo desleal también abarca lo público y lo antitrust también encerraba la protección de los intereses privados (p. 161).

En efecto, la aplicación privada del derecho de la competencia —es decir, la posibilidad de los damnificados de acudir a los jueces civiles para que apliquen en su favor las normas de protección de la libre competencia— representa uno de los mayores cambios en el derecho de la competencia de un gran número de ordenamientos. Así, el debate que viene dándose en Estados Unidos desde hace más de un siglo —el *private enforcement* estadounidense comenzó con la expedición del *Sherman Act* y el *Clayton Act* en 1890 y 1914, respectivamente— está siendo retomado en varios países, siendo Colombia uno de ellos.

La aplicación privada de las normas de protección de la competencia tiene tres finalidades, según Cengiz (2007, citando a Gavil): 1) lograr la reparación de los daños causados a las víctimas de las infracciones a las normas de competencia, 2) desincentivar la comisión de este tipo de conductas, y 3) complementar los

esfuerzos que, desde lo público, emprenden las autoridades de competencia (p. 3).

Como se observa, la indemnización de perjuicios es uno de los objetivos de la aplicación privada del derecho de la competencia. Al adentrarse en el estudio de la responsabilidad civil, es necesario cambiar el enfoque con el que se examina esta especialidad del derecho. Sobre el particular, de la Vega (2001) comenta lo siguiente:

La reparación del daño concurrencial causado va dirigida directamente a la tutela del interés del operador económico organizado dañado. En su estudio es necesario poner de manifiesto desde el principio este carácter individualista de la acción de responsabilidad de los ilícitos concurrenciales, pues, aunque la tutela de intereses supraindividuales es una constante en el ámbito concurrencial (interés del Estado e interés colectivo de los consumidores), la interposición de una acción de responsabilidad civil mantiene necesariamente su función resarcitoria (privada) en aquel sector (p. 53-54).

Así, la aplicación privada del derecho de la competencia implica estudiar, desde una óptica preferentemente privatista, los efectos que puede tener una conducta anticompetitiva.

En este marco, uno de los temas que más controversia han suscitado a nivel legal, jurisprudencial y doctrinal es la reparación de los daños derivados de la traslación de sobrecostos anticoncurrenciales en las cadenas de producción y suministro. Ante la existencia de sobrecostos en estas cadenas, el receptor de los mismos tiene dos opciones: absorberlos y asumir la pérdida o trasladarlos vía precio a los miembros inferiores de la cadena (Cengiz, 2007, p. 7). Cuando un agente decide optar por la segunda alternativa, surgen dos figuras propias de la aplicación privada del derecho de la competencia: la defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos. La primera de las figuras permite que el agente que incurrió en prácticas anticompetitivas se excuse de

indemnizar a uno de sus compradores demostrando que él, a pesar de haber pagado en un primer momento los sobrecostos, los transfirió a su comprador y se abstuvo de absorberlos. A su turno, la segunda hace referencia a la posibilidad que tienen los compradores indirectos, quienes absorben al final los sobrecostos de la acción anticompetitiva, de demandar a quien incurrió en la conducta para reclamar la indemnización de sus perjuicios, a pesar de no tener una relación inmediata con él. A esta alternativa también se le ha denominado “*passing-on* ofensivo” (Schaefer, 1975).

En una economía de mercado, las cadenas de producción y suministro juegan un rol fundamental en la circulación de bienes y servicios, por lo que la decisión de trasladar el sobrecosto derivado de una acción anticompetitiva puede tener complejas consecuencias en el plano jurídico. En particular, resulta especialmente problemático analizar *ex post* las decisiones de mercado de cada uno de los agentes de la cadena, lo que dificulta, por ejemplo, saber hasta qué punto una conducta anticompetitiva es realmente la causa de las variaciones que se presentan en dichas cadenas. En consecuencia, frente a una eventual pretensión indemnizatoria, tanto el juez, como las partes, encontrarán un gran número de obstáculos para explicar económicamente lo sucedido y lograr adecuar esto a las formalidades jurídicas necesarias para obtener la indemnización de los perjuicios causados (Cengiz, 2007, p. 7).

Al tratar de encontrar una respuesta a estos problemas, los jueces y legisladores se enfrentan con tres elementos que, sin importar la solución que se acoja, suelen entrar en conflicto: la justicia de las decisiones, representada en la reparación integral de las víctimas; la efectividad de las reglas sobre competencia en su misión de desincentivar la comisión de conductas anticompetitivas; y la eficiencia del sistema judicial y de los procesos (p. 8). La priorización de estos elementos es una decisión que debe resolverse internamente, y dependiendo de la importancia que se le dé a cada uno de ellos, cambiará la forma en que se resuelvan

las discusiones sobre la defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos.

El presente artículo pretende estudiar la manera en la que estas dos figuras del derecho *antitrust* podrían llegar a Colombia, a raíz del creciente interés que existe en el entorno nacional por las acciones de responsabilidad derivadas de la comisión de conductas contrarias a la libre competencia. Para ello, es necesario analizar, en primer lugar, la historia y el desarrollo del tema en la jurisprudencia *antitrust* estadounidense; posteriormente, revisar la reciente evolución que ha tenido la materia en la Unión Europea; y, finalmente, concluir con un estudio sobre la armonización del *passing on* defensivo y ofensivo con el régimen colombiano de responsabilidad civil, y así sugerir cuál podría ser la postura que se debe asumir en el país de cara a esta cuestión.

2. LA CONTROVERSIA ALREDEDOR DE LA DEFENSA PASSING-ON Y LA LEGITIMACIÓN DE LOS COMPRADORES INDIRECTOS EN EL DERECHO COMPARADO

Para comprender integralmente el funcionamiento de la *passing on defense* y la legitimación por activa de los compradores indirectos, es necesario analizar los debates que se han dado en Estados Unidos y en Europa sobre este tema, para así entender en dónde se ubica actualmente la discusión y cuáles han sido los argumentos presentados. Para tal efecto, se estudiará, en primer lugar, la evolución temprana de estas figuras en la jurisprudencia estadounidense; luego, se analizarán las reacciones suscitadas en razón de los primeros fallos en la materia; y, finalmente, se examinará la postura que se ha asumido frente al tema en la Unión Europea.

2.1 EL TEMPRANO RECHAZO DEL *PASSING-ON* EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como ya se mencionó, la aplicación privada del derecho *anti-trust* estadounidense tiene una tradición de más de un siglo. El marco legal de estas acciones está compuesto principalmente por el *Sherman Act*, promulgado en 1890, y el *Clayton Act*, de 1914. En concreto, la Sección Cuarta del *Sherman Act* establece que las cortes de distrito están facultadas para prevenir e impedir las violaciones de las normas *antitrust*;² y la Sección Cuarta del *Clayton Act* consagra que toda persona que se haya visto lesionada en sus negocios o propiedad en razón de conducta prohibida por las normas de protección de la competencia, tiene derecho a que el causante del daño le indemnice, de manera triplicada, los perjuicios sufridos.³

Como se señaló anteriormente, la aplicación privada de las normas sobre competencia implica que los jueces conozcan casos sobre esta materia. Esto, sumado a la tradición de *common law* imperante en Estados Unidos, lleva a que la jurisprudencia haya jugado un rol fundamental en la determinación del alcance de las figuras jurídicas.

Las primeras decisiones de la Corte Suprema de Justicia estadounidense relacionadas con el *passing-on* se dieron en los casos *Chattanooga Foundry & Pipe v. City of Atlanta*, de 1906, y *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, de 1918, en las cuales el célebre juez Oliver Wendell Holmes Jr. rechazó la viabilidad de esta defensa por considerar que las reglas de interpretación jurídica deben ser sencillas, efectivas y promotoras de una idea simplificada de las actividades económicas empresa-

2 15 USC, Sección 4.

3 15 USC, Sección 15.

riales.⁴ Lo mismo fue decidido en *Thomsen v. Cayser* (1917) y *Adams v. Mills* (1932), sentando que la recuperación de los sobrecostos por parte de los demandantes no exoneraba al demandado de tener que indemnizarlos por los daños inicialmente causados.

La decisión hito en la materia se presentó en 1968 en el caso *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* La sociedad accionante, *Hanover Shoe*, demandó la indemnización triplicada de los perjuicios que había sufrido por parte de *United Shoe*, en razón de que esta, al tener monopolizado el mercado, no vendía sus máquinas sino que las arrendaba a altos precios. En su opinión, el incremento en los costos derivado de esta conducta la legitimaba para solicitar una indemnización de perjuicios. En su defensa, *United Shoe* argumentó que *Hanover* no había sufrido ningún daño, pues todos sus sobrecostos fueron trasladados a sus clientes a través de un mayor precio.

La Corte Suprema, al decidir el *certiorari*, y con fundamento en el precedente judicial existente, desestimó la defensa propuesta por *United Shoe*. En efecto, concluyó que para que un comprador sustente su pretensión indemnizatoria, debe demostrar que el precio pagado fue ilegalmente alto y determinar la cuantía de dicho sobrecosto; y, en ese escenario, habrá quedado sustentado que su propiedad se disminuyó injustamente –como lo requiere la Sección Cuarta del *Clayman Act*. Así, se consideró que el comprador tiene derecho a la indemnización de perjuicios en cualquiera de los siguientes supuestos: 1) si decide absorber el sobrecosto; 2) si mantiene su precio a pesar del costo excesivo pero afecta otros factores de producción para disminuir sus egresos; y 3) si resuelve incrementar los precios de su propio producto para mitigar su pérdida. Lo anterior, con base en una visión sancionatoria frente a quien incurrió en el acto anticompetitivo:

4 Velasco & Herrero, 2010.

Mientras el vendedor continúe cobrando el precio ilegal, está obteniendo del comprador más de lo que la ley le permite. Sea cual sea el precio al que el comprador venda, el precio que tuvo que pagar fue ilegalmente alto, y sus rendimientos hubieran sido superiores si sus costos hubieran sido inferiores.⁵

La lógica económica que expresó la Corte en la opinión mayoritaria, redactada por el juez Byron White, se sustenta en la dificultad que representa para el demandante analizar económicamente la situación y lograr cuantificar los daños efectivamente sufridos por él. Explicó la Corte que son muchos los factores que influyen en la política de precios de una compañía, por lo que el impacto que genera el cambio en una de las variables del precio y de las ventas totales puede no ser fácilmente cuantificable. Así mismo, y más allá de que se demuestre que el sobrecosto de un bien condujo a un aumento de precios, resulta imposible para quien alega la defensa *passing-on* probar que el demandante no hubiera incrementado los precios de sus bienes en caso de que el sobrecosto no hubiera existido.

Por estas razones, se concluyó que la defensa *passing-on* impone una carga probatoria prácticamente imposible de cumplir para quien la alega, y de ser aceptada, llevaría a procesos judiciales desgastantes, con un difícil debate probatorio y el planteamiento de complejas teorías. De manera complementaria, consideró la Corporación que, de aceptarse la defensa, los compradores indirectos serían los verdaderos titulares de la acción indemnizatoria, pero, por falta de motivación para iniciar un proceso judicial, quienes actuaron anticompetitivamente terminarían reteniendo los beneficios de su conducta sin indemnizar a nadie.

Esta decisión, si bien fijó una postura frente al *passing-on* como defensa, no se manifestó frente al *passing-on* como estra-

5 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). (Traducción libre del autor).

tegia ofensiva, es decir, como argumento para legitimar por parte activa a quienes, por asumir indirectamente los sobrecostos, se hayan visto perjudicados. El asunto fue resuelto en *Illinois Brick Co. v. Illinois*, decisión de 1977. En este caso, el Estado de Illinois, junto con otras 700 entidades locales, entabló una acción de indemnización triplicada de perjuicios contra *Illinois Brick*, por haber adquirido bloques de concreto a un precio que superaba en US\$3,000,000 el precio de mercado del producto. La razón del aumento fue un acuerdo de fijación de precios del que hizo parte la demandada. El debate se centró en el hecho de que los demandantes nunca compraron directamente los bloques a *Illinois Brick*, pues siempre hubo en el medio una cadena de suministro de la que hacían parte constructores y contratistas, por lo que los demandantes y la demandada nunca celebraron operación alguna.

Al revisar la decisión de la Corte de Distrito, la Corte de Apelación concluyó que los compradores indirectos están legitimados para reclamar una indemnización triplicada por los daños sufridos, siempre y cuando logren probar el sobrecosto ilegal que causó los perjuicios. Sin embargo, la Corte Suprema revocó este fallo por dos razones. Primero, se explicó que, de admitirse la legitimación por activa de los compradores indirectos, quien incurrió en la conducta anticompetitiva se vería obligado a indemnizar por duplicado, por un lado, a sus compradores directos, y por otro, a los indirectos –pues el rechazo del *passing-on* como defensa no fue derogado.

En segundo lugar, se estimó que lo decidido en *Hanover Shoe* frente al *passing-on* para los demandados se debe aplicar también para los demandantes, pues, de lo contrario, se estaría frente a las mismas dificultades económicas y procesales que quiso evitar la Corte en 1968. De esta manera, se optó una vez más por priorizar la eficiencia judicial a costa del derecho a obtener la indemnización por los daños sufridos. Sobre el particular, dijo la Corporación lo siguiente:

Se debe entender que *Hanover Shoe* busca que las leyes *antitrust* sean aplicadas de la manera más efectiva al concentrar la reparación de perjuicios derivada de los sobrecostos en los compradores directos, en vez de permitir que cada persona potencialmente afectada por el sobrecosto entable una demanda para ser indemnizada por lo que tuvo que absorber.⁶

De la decisión mayoritaria –que, coincidentemente, también fue redactada por el juez White– se apartaron los jueces Brennan, Marshall y Blackmun. En su disentimiento, manifestaron que la Sección Cuarta del *Clayton Act* tiene como objetivo proteger a cualquier persona que pueda ser considerada como víctima de una práctica anticompetitiva prohibida. En esa medida, en su opinión, limitar la legitimación por activa a los compradores directos implica cercenar el real alcance que el legislador y la jurisprudencia pretendieron darle a la acción indemnizatoria en casos *antitrust*. Así mismo, recordaron que la aplicación privada de las normas de protección de la competencia busca promover la efectiva indemnización de los perjuicios causados, así como disuadir la comisión de conductas anticompetitivas, pero una decisión como la alcanzada en *Illinois Brick* impide que se logren dichos objetivos.

La jurisprudencia posterior no varió su posición frente al *passing-on*. En *Associated General Contractors of California v. California State Council of Carpenters* (1983), la Corte complementó el análisis de *Illinois Brick* desde el estudio de la imputación causal del daño, y estableció dos elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez para efectos de determinar si un demandante está legitimado para entablar pretensiones indemnizatorias por daños derivados de conductas anticompetitivas: 1) la naturaleza de la pretensión, para determinar si el daño sufrido está dentro de los que las normas *antitrust* pretenden evitar; y 2) si el daño es directo, es decir, que pueda ser atribuido causalmente al demandado. De esta manera, el análisis económico expuesto en *Hanover*

6 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). (Traducción libre del autor).

Shoe e Illinois Brick fue reconducido al concepto de causalidad para concluir que, difícilmente, un comprador indirecto tendrá la posibilidad de demostrar que el daño sufrido es fácticamente imputable a quien incurrió en una conducta anticompetitiva, pues la presencia de agentes intermedios hace que se difumine el análisis causal y el daño pueda ser explicado a través de otros factores.⁷

2.2. REACCIONES FRENTE A LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

El análisis económico realizado por la Corte en estos fallos ha sido ampliamente discutido, en especial, por la preponderancia que se le dio a la eficiencia del sistema judicial frente al derecho de las víctimas a ser reparadas.

Landes y Posner (1979) defendieron la decisión tomada en *Illinois Brick*. Para ellos, la Corte acertó al prohibir que los compradores indirectos puedan reclamar indemnización por los perjuicios que sufrieron para darle prioridad a la función disuasiva, argumentando que, aunque se les legitimara por activa, nada garantiza que la función reparatoria se vería satisfecha. La prevención de futuras conductas anticompetitivas es analizada por los autores desde los incentivos para entablar las acciones de responsabilidad y la efectividad de estas, frente a lo cual concluyen, por las siguientes razones, que es más probable que se logre el pretendido fin disuasivo si los únicos legitimados por activa son los compradores directos:

1. El comprador directo tiene un vínculo inmediato con el autor de la conducta anticompetitiva, por lo que está en una mejor posición para detectar una violación a las normas *antitrust* y conocer las circunstancias de la misma. En cambio, no es probable que un comprador indirecto logre identificar si el au-

⁷ *Associated General Contractors of California v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).

mento en el precio de un bien se debe a la conducta anticompetitiva de uno de los miembros de las cadenas de producción o suministro (p. 609-610).

2. Si se legitima por activa a los compradores indirectos, se incrementaría el número de personas que pueden reclamar la indemnización de sus perjuicios. Sin embargo, a mayor número de reclamantes, menos será la cantidad que le será reconocida a cada uno de los demandantes; y a menor indemnización, menor incentivo se tiene para soportar las cargas que envuelve un proceso judicial (p. 612-613).
3. No es cierto que un comprador directo vaya a abstenerse de demandar a su vendedor por temor a dañar su relación comercial. Un agente que busque maximizar sus utilidades, se dará cuenta de que, gracias a *Illinois Brick*, solo él, como comprador directo, puede reclamar la indemnización triplicada de los perjuicios derivados de los sobrecostos. En efecto, para que se abstenga de perseguir esta cuantiosa indemnización, el incentivo comercial por parte del vendedor tendría que ser atractivo a un mismo nivel; y la amenaza de retaliaciones de su parte tampoco es suficiente para desincentivar la pretensión indemnizatoria, pues esto reforzaría los argumentos que el comprador directo podría presentarle al juez (p. 614).
4. La disuasión que se consigue a través de la regla de *Illinois Brick* también termina beneficiando a los compradores indirectos, pues se lograría acabar con los sobrecostos y así lograr que los productos vuelvan a tener un precio justo de mercado (p. 605).

En el otro extremo de la discusión se ubicaron Harris y Sullivan (1980), quienes concluyeron, con base en el análisis de modelos, que la traslación de los sobrecostos hacia los compradores indirectos es la regla general, y no la excepción. En consecuencia, consideraron que la decisión de *Illinois Brick* constituye una injusticia frente a quienes, al final, terminan sufriendo los daños por las conductas anticompetitivas (p. 276).

Tras exponer el análisis económico detrás de su conclusión sobre el paso hacia abajo de los sobrecostos, estos autores trataron los aspectos más controversiales del *passing-on* para concluir y proponer lo siguiente:

1. Los jueces, sin recurrir a esfuerzos extraordinarios, están en la capacidad de hacer análisis de mercado para determinar cómo ha sido trasladado un sobrecosto dentro de las cadenas de producción o suministro. Consideran los autores que el hecho de que una cadena sea larga, no implica que sea compleja –como lo insinuó la Corte Suprema. Por eso, en la medida en que los compradores puedan ser determinados individualmente, será posible determinar el movimiento de los sobrecostos. Incluso, consideraron que las técnicas de medición existentes eran suficientes para la determinación de la cantidad de sobrecosto absorbida por cada participante en la cadena. En todo caso, y para asegurar la eficiencia de la acción para los compradores indirectos, los autores sugieren la introducción de presunciones para asegurar resultados justos en los procesos –las cuales, cuando se muestren injustas, deberían ser fácilmente controvertidas por los demandados (p. 339-343).
2. Los autores de las conductas anticompetitivas jamás tendrán que indemnizar más allá del daño –triplicado- que causaron. Con el paso del sobrecosto, los compradores directos trasladan también a los indirectos el derecho a ser resarcidos. De esta manera, el único escenario en el que los demandados tendrán que pagar la totalidad –triplicada- de los daños causados es si el 100 % de sus compradores directos e indirectos llegasen a lograr una sentencia favorable (p. 343-348).
3. Frente a la disuasión de conductas anticompetitivas a través de las acciones de responsabilidad, concluyen los autores que los compradores directos son los más propensos a conformarse con el *statu quo* y a no demandar. Además, si los sobre-

costos son trasladados durante un periodo largo de tiempo, es probable que los compradores directos adapten su estrategia de negocio e infraestructura para normalizar el sobre costo. Finalmente, consideran los autores que modificar la regla de *Illinois Brick* tendría un efecto mínimo en los incentivos de los compradores directos para demandar, pues persiste la posibilidad de ser indemnizados de manera triplicada, pero dicha modificación motivaría considerablemente a los compradores indirectos (p. 349-352).

Esta discusión no se quedó en el plano académico, y varios estados reaccionaron frente a la decisión de prohibir el *passing-on* en sus modalidades defensiva y ofensiva. La mayoría, con anterioridad a *Illinois Brick*, ya se había manifestado a favor de la legitimación por activa de los compradores indirectos, al haberse constituido como *amici curiae* en dicho proceso para apoyar las pretensiones del Estado de Illinois.⁸ Por esta razón, a nadie sorprendió que, tras la decisión de la Corte, los Estados reaccionaran para garantizar la efectiva reparación de los daños causados por prácticas restrictivas de la competencia. El primero en hacerlo fue California, que modificó su estatuto antitrust en 1978 para conceder legitimación por activa a los compradores indirectos ante la ocurrencia de daños antitrust. En 1979, lo siguieron los Estados de Wisconsin, Nuevo México e Illinois; y a comienzos de la década de los ochenta, Dakota del Sur, y el Distrito de Columbia se unieron al grupo de reacción frente a la regla de *Illinois Brick*. Con posterioridad, fueron varios los que reinterpretaron sus legislaciones, y, en la actualidad, una treintena de Estados confiere legitimación en la causa por activa a los compradores indirectos.

La jurisprudencia tampoco se detuvo en su análisis de la regla prohibitiva del *passing-on* ni desconoció el avance de las leyes

8 Finn, 2006.

estatales *antitrust*. Es por esto que en *California v. ARC America Corp.* (1989), la Corte Suprema reconoció que cuando una ley estatal legitima por activa a los compradores indirectos, la prohibición de *Illinois Brick* no se aplica. Sobre el particular, expresó lo siguiente:

Al ser analizado adecuadamente, *Illinois Brick* fue una decisión relacionada con las leyes *antitrust* federales, y no sobre la relación entre las leyes federales y estatales sobre la materia. El propósito legislativo que fundamentó *Illinois Brick* no es suficiente para concluir que las normas federales precaven a los Estados de fijar normas para los compradores indirectos.⁹

Esta decisión, aunque fue celebrada por los detractores de *Illinois Brick*, abrió la puerta a contradicciones procesales, como lo manifestó Miller (2004). En su opinión, el hecho de que la Corte haya permitido que los Estados legislaran en contra de la regla de *Illinois Brick* sin que exista un pronunciamiento similar frente a la regla de *Hanover Shoe*, constituye una plataforma para que se presenten los casos de indemnización duplicada que la Corte ha rechazado constantemente (p. 210).

Precisamente, esto fue lo que sucedió en 2010 cuando la Corte Suprema de California, en el caso *Clayworth v. Pfizer*, concluyó que, si bien el *Catwright Act* (ley estatal *antitrust*) es claro en incorporar la legitimación por activa del comprador indirecto, la *passing-on defense* no fue incluida por el legislador. Por esta razón, se determinó que la regla de *Hanover Shoe* es aplicable por ser un precedente de orden federal, y quienes incurrieron en conductas contrarias a las normas de competencia no pueden exonerarse de indemnizar a quien, a pesar de haber trasladado los costos hacia abajo en las cadenas de producción o suministro, pretende ser reparado.¹⁰

9 *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989). (Traducción libre del autor).

10 *Clayworth v. Pfizer*, 49 Cal. 4th 758 (2010).

Esta decisión, como lo describen Foley y Taggart (2011), consagró uno de los escenarios que *Hanover Shoe* quiso evitar —esto es, que quien se comportó anticompetitivamente deba indemnizar a compradores directos e indirectos sin poder defenderse demostrando quién fue el que verdaderamente absorbió el sobrecosto (p. 41).

Por último, es necesario señalar que en el año 2002 fue creada la Comisión de Modernización de las Leyes de Competencia —*Antitrust Modernization Commission*—, en cuyo reporte final (2007) se recomendó derogar las reglas contenidas en *Hanover Shoe* e *Illinois Brick* para permitir que tanto los compradores directos, como los indirectos, estén legitimados para reclamar, a nivel federal, la indemnización triplicada de los perjuicios que logren acreditar durante el juicio. Sin embargo, la recomendación no ha sido adoptada aún, por lo que, en la actualidad, la única posibilidad para los compradores indirectos de acudir a la jurisdicción federal se da cuando puedan acumular sus pretensiones a una *class action* entablada por los compradores directos, de acuerdo con el *Class Action Fairness Act*.

2.3. EUROPA Y LA PRIORIZACIÓN DEL DERECHO A SER INDEMNIZADO

El estudio en Europa de la defensa *passing-on* y la legitimación en la causa por activa de los compradores indirectos es mucho más reciente. Los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reproducción de lo antes establecido en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, establecen las conductas que son prohibidas porque se consideran contrarias a la libre competencia. Al analizarlos, la jurisprudencia comunitaria ha sido constante en reconocer que toda persona que sufra daños derivados de la comisión de conductas reprimidas por las normas de protección de la competencia, tiene derecho a ser indemnizado. En *Courage v. Crehan* (2001), el Tribunal de Jus-

ticia de la Unión Europea justificó su decisión de permitir que cualquier particular pueda invocar la violación de las normas de competencia para ser reparado de la siguiente manera:

26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado¹¹ y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

27. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad.¹²

Esta decisión ganó fuerza con la expedición del Reglamento (CE) No. 1 de 2003, el cual facultó a las cortes de los Estados miembros a aplicar privadamente las normas comunitarias sobre prácticas anticompetitivas. Posteriormente, el debate sustancial continuó con la expedición, en 2005, de un *Libro Verde sobre la indemnización de perjuicios derivados de la infracción de normas sobre competencia*. En su introducción, se consignó que el objetivo del libro era lograr un sistema más eficiente de reparación de daños porque, en la medida en que esto se consiga, se podrá compensar a quienes sufrieron perjuicios por conductas anticompetitivas y se logrará disuadir la comisión de las mismas. Siendo este el objetivo, la recomendación es clara en permitir que el comprador indirecto reclame la indemnización de los perjuicios sufridos; sin embargo, con respecto a la defensa *passing-on*, se

11 Actualmente, artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

12 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*. C-453/99 (2001).

expresaron reservas dado que “aumenta sustancialmente la complejidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios, puesto que el reparto exacto de daños dentro de la cadena de suministro podría ser excesivamente difícil de probar”.¹³ Por esto, se mostró preocupación porque quienes hayan actuado anticompetitivamente terminen reteniendo lo ilícitamente ganado de admitirse la mencionada defensa, toda vez que, por un lado, les permite eximirse frente a los compradores directos, y por otro, los indirectos difícilmente podrán probar los daños sufridos y, en consecuencia, lograr la prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias. Así, mientras la postura frente a la legitimación en la causa era clara, se expusieron serias dudas frente al reconocimiento de la defensa *passing-on*.

Esta tendencia se mantuvo durante los siguientes años. Al decidir el caso *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni* (2006), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó que, en la medida en que exista un vínculo de causalidad entre la conducta anticompetitiva y el daño sufrido, cualquier persona está legitimada para reclamar la indemnización de perjuicios.¹⁴ En el mismo sentido, el *Libro Blanco* sobre la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento de las normas comunitarias sobre competencia reitera que los compradores indirectos están legitimados en la medida en que la repercusión de un sobrecosto pueda haberles causado un daño. Sin embargo, en esta ocasión la Comisión decidió asumir una posición favorable frente al *passing-on* como defensa, por considerar que, de ser rechazada, los compradores que trasladaron el costo podrían enriquecerse ilícitamente. En todo caso, y para evitar que quienes ejerzan esta

13 Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. SEC (2005) 1732.

14 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*. C-295/04 a C-298/04 (2006).

defensa también se enriquezcan ilícitamente, la Comisión propuso que se presuma –de hecho– que los sobrecostos fueron trasladados a los compradores directos.

La discusión sobre la indemnización de perjuicios llevó a la adopción, el 24 de octubre de 2014, de la Directiva 2013-0185 por parte del Parlamento Europeo, “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”. Se destacarán a continuación sus disposiciones más relevantes para el tema que se trata.

En primer lugar, el artículo 3° consagra el derecho a la compensación completa, según el cual, cualquier persona que haya sufrido daños por la infracción de las normas del derecho de la competencia está legitimada para obtener la indemnización integral de sus perjuicios. En desarrollo de lo anterior, se dispuso en el artículo 12 que la indemnización puede ser reclamada, tanto por un comprador directo, como por uno indirecto. Así, la Directiva incorporó lo señalado por la jurisprudencia en la materia.

A su turno, el artículo 14 establece, en su primer inciso, la carga de la prueba en cabeza de los compradores indirectos de demostrar la traslación de sobrecostos en las cadenas de producción y suministro. Sin embargo, el inciso segundo establece que, una vez el demandante acredite los siguientes elementos, habrá cumplido con su carga: 1) que el demandado cometió una infracción a las normas de competencia, 2) que de dicha infracción se deriva un sobrecosto para el comprador directo, y 3) que, como comprador indirecto, adquirió los bienes o servicios cuyo valor se había aumentado en razón del sobrecosto. En consecuencia, el demandado estará en la obligación de demostrar que el sobrecosto nunca llegó hasta el comprador indirecto que presenta la demanda.

Por otra parte, el artículo 13 se refiere a la defensa *passing-on*. Al respecto establece que los Estados miembros deben asegurar

que los demandados puedan exonerarse de indemnizar cuando logren acreditar efectivamente que los sobrecostos fueron trasladados a la parte inferior de la cadena. Para el efecto, podrán requerir la exhibición de documentos por parte del demandante y de terceros.

Finalmente, el artículo 15 otorga al juez una facultad especial para evitar casos de múltiples indemnizaciones o ausencia total de responsabilidad por parte de quien causó el daño por la conducta anticompetitiva. Al analizar las cargas probatorias de las partes, el juez puede tener en cuenta otras acciones y decisiones judiciales relacionadas con las acciones de responsabilidad derivadas de la misma conducta anticompetitiva, así como la información pública que resulte del control administrativo del derecho de la competencia. Así, al fallar, el funcionario tiene la posibilidad de moderar su decisión en la medida en que, con información ajena al proceso, prevea que la responsabilidad del demandado será mayor o menor a la que se le ha imputado.

Luego de la expedición de la Directiva, y para facilitar el análisis económico por parte de los jueces que conozcan los casos en los que los sobrecostos hayan sido trasladados, la Comisión Europea abrió una licitación durante el primer semestre de 2015 para contratar un estudio sobre las técnicas actuales para la cuantificación de los daños en estos escenarios. Se espera que el resultado de este proceso permita la adopción de un documento que sirva de guía para los jueces nacionales sobre la materia.

En conclusión, la Directiva recientemente expedida consolida en el derecho europeo la recepción de la legitimación en la causa de los compradores indirectos y la defensa *passing-on* que había sido parcialmente aceptada por la jurisprudencia. En su implementación, los jueces nacionales tendrán que priorizar la completa indemnización de las víctimas de las conductas violatorias de las normas de la competencia frente a otras consideraciones, lo cual plantea un interesante reto para las jurisdicciones locales frente a la aplicación privada del derecho europeo de la competencia.

3. ¿CÓMO SERÁ RECIBIDO EL PASSING-ON EN COLOMBIA?

A diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, donde el *Sherman Act* y el *Clayman Act* definieron desde un comienzo las normas procesales en materia de *private enforcement*, la discusión colombiana sobre la aplicación privada de las normas de competencia debe tener presentes las normas que ya existen en el país sobre derecho de la competencia y responsabilidad civil. Por esta razón, no podrían ser aplicadas automáticamente las figuras existentes en el derecho *antitrust* de otros países, ni traer, sin más reflexiones, los análisis económicos que se han llevado a cabo en el extranjero. En efecto, para prever en forma adecuada la manera como estas figuras llegarán a Colombia, es necesario analizar cómo se plantearían las discusiones foráneas frente a lo establecido en el ordenamiento nacional.

Con fundamento en los principios y las características de nuestra legislación, de antemano se podría afirmar que la defensa *passing-on* y la legitimación del comprador indirecto están llamadas a ser recibidas en Colombia. El derecho colombiano le ha dado a la responsabilidad una función eminentemente reparatoria y ha consagrado en su legislación el principio de reparación integral, lo cual permite concluir que figuras como las que se analizan, por tener como finalidad la completa indemnización de las víctimas, encajarían sin mayor problema en el ordenamiento nacional.

No obstante lo anterior, para identificar los puntos que pueden resultar problemáticos frente al régimen general de la responsabilidad civil, se estudiarán a continuación las figuras del derecho de la competencia que se comentan de cara a algunas de las instituciones más representativas del ordenamiento civil colombiano.

3.1 DAÑO, NEXO CAUSAL Y REPARACIÓN INTEGRAL

El legislador colombiano consagró en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 los criterios para la valoración del daño de la siguiente manera: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Según la noción clásica de Touleman y Moore (1968), el principio de reparación integral implica resarcir “todo el daño, solo el daño y nada más que el daño”. Esta concepción implica una doble garantía: por una parte, que todo aquel que sufre un daño tiene derecho a que se le indemnice la totalidad del perjuicio; y, por otro lado, que quien causa el daño no tendrá que responder sino por aquello que le pueda ser causalmente atribuido.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también se ha expresado sobre la existencia de este principio en Colombia y los deberes que de él se desprenden:

Quando la ley manda resarcir los perjuicios causados a otro, la indemnización tiene que ser omnicomprendiva, esto es, cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima. No hay razón valedera para que un daño, inclusive por pequeño que se lo juzgue, quede sin reparar y que entonces deba soportarlo el damnificado. Es inconcebible, pues, que la indemnización resulte inferior al daño, porque indemnizar equivale, en su más simple significado, a borrar en la medida de lo posible los efectos nocivos de un hecho, procurando que la víctima recupere el estado anterior en que se hallaba. Pero si bien el autor del perjuicio no debe indemnizar menos de lo que debe, es lo cierto que tampoco está obligado a indemnizar más de lo que es. Repara no más que los daños efectivamente causados.¹⁵

De lo anteriormente mencionado se puede concluir que la indemnización de perjuicios está limitada a los daños efectivamen-

15 Sentencia del 5 de noviembre de 2008.

te causados, razón por la cual para comprender cabalmente esta idea, es necesario estudiar el concepto del daño.

Según Santos Ballesteros (2012), el daño, “en lo fundamental se configura como la lesión que un sujeto sufre en un interés jurídicamente protegido” (t. I, p. 337). De manera similar, Tamayo Jaramillo (2007) lo define como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial” (t. II, p. 327). De acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil, el daño es el punto de partida de la responsabilidad civil, razón por la cual, la Corte Suprema ha establecido que la existencia de un daño es un requisito indispensable para el nacimiento de la obligación indemnizatoria.¹⁶ Precisamente, dijo la Corte en el año 2003 que “si la conducta del agente no ha tenido repercusión en el patrimonio del demandante o en su propia persona, o en esfera psíquica, no tiene caso adentrarse en los demás elementos que configuran la responsabilidad civil”.¹⁷

Una lectura conjunta de la jurisprudencia reseñada permite esbozar algunas reflexiones acerca de la aplicación del *passing-on* en Colombia. Frente a su uso como defensa, se pone de presente que en Colombia, de acuerdo con el principio de reparación integral, el agente dañador solo debe reparar los daños efectivamente causados; y, para la acreditación de la existencia de un daño patrimonial, es necesario que se pruebe la repercusión real que la conducta tuvo en el patrimonio de la víctima –normalmente, representada en una disminución del mismo. Así, un comprador que no absorba los sobrecostos no puede alegar que efectivamente ha sufrido un daño, pues este fue trasladado a los miembros inferiores de las cadenas de producción o suministro. En efecto, las mayores erogaciones que el comprador haya tenido que hacer se ven compensadas con los mayores ingresos, por lo que, en

16 Sentencia del 24 de agosto de 2009.

17 Sentencia del 26 de noviembre de 2003.

términos patrimoniales, será difícil acreditar el impacto real que en él tuvo el sobrecosto –si es que lo tuvo. De este modo, el daño efectivamente sufrido se reducirá a los sobrecostos que efectivamente absorbió, al disfrute patrimonial efectivamente menguado –retomando la definición de Tamayo Jaramillo.

En este sentido, quien realmente sufra las consecuencias patrimoniales de la conducta anticompetitiva será el legitimado para demandar la reparación integral del perjuicio sufrido. Por esto, el *passing-on* ofensivo es argumento suficiente para legitimar en la causa por activa a los compradores indirectos. Y es que las normas sobre legitimación por activa del Código Civil no establecen requisitos adicionales a la titularidad del derecho afectado para poder interponer una pretensión indemnizatoria –en este caso, el patrimonio.

La claridad teórica que aportan los conceptos de daño y reparación integral frente al ejercicio del *passing-on* defensivo y ofensivo, no pueden impedir que se evidencien una serie de obstáculos prácticos. Como quedó expuesto, solamente se indemniza el daño efectivamente causado. Para ello, es necesaria la determinación de dicho daño, so pena de que no se obtenga la correspondiente reparación.

La Corte Suprema ha determinado que el daño puede ser resarcido en la medida en que sea cierto, directo, personal y antijurídico.¹⁸ Las primeras dos características resultan especialmente problemáticas de cara a las figuras del *antritrust* que se vienen analizando. En primer lugar, un daño es cierto, en palabras de Velásquez (2009), “en la medida en que el juzgador conozca con evidencia que la acción dañosa ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el perjudicado” (p.234). En consecuencia, aplicando este concepto a las normas de competencia, le corresponde a quien pretende ser indemnizado demostrar que la conducta le causó o le causará, con alta probabilidad de

18 Sentencia del 2 de febrero de 2010.

ocurrencia, un menoscabo derivado de la práctica contraria a las normas de competencia.

A su turno, el daño es directo, según la jurisprudencia civil, “cuando sea una consecuencia directa de un hecho civilmente imputable a un sujeto de derecho”.¹⁹ Por ende, contextualizando, debe haber una clara relación fáctica entre la conducta violatoria de las normas de competencia y el daño sufrido por el demandante. Este segundo elemento está relacionado con el factor de imputación causal, elemento de la responsabilidad civil que responde a la necesidad de atribuirle a un sujeto las consecuencias dañosas de su conducta, como lo describe Giraldo (2010, citando a Bustamante Alsina). En Colombia, la jurisprudencia ha adoptado en los últimos años el criterio de la causalidad adecuada, según el cual, se analiza si la acción, conforme a criterios de normalidad, frecuencia y probabilidad, tiene la regular y normal aptitud para producir el daño.²⁰

Como lo precisa De La Vega (2001), esta relación “debe ser determinada conforme a las leyes de la experiencia científica o empírica, por lo que en esencia es una cuestión de hecho” (p. 296). Para ello, se realiza un ejercicio de prognosis póstuma, consistente en hacer un análisis retrospectivo y situarse en la posición del agente con el fin de determinar si, en situaciones normales, el hecho hubiera sido la causa objetiva del daño.²¹ Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido que cuando se trata de asuntos técnicos,

[...] no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada [...] por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia”.²²

19 Auto del 6 de mayo de 2013.

20 Giraldo, 2010.

21 López Mesa, 2008.

22 Sentencia del 26 de septiembre de 2002.

Así, será necesario acudir a herramientas técnicas para lograr demostrar que la violación de las normas sobre competencia es causa adecuada del daño sufrido.

Se vuelve, en este punto, a dos de los problemas que el derecho *antitrust* estadounidense señaló hace varias décadas frente al *passing-on* ofensivo. Durante el proceso, el comprador indirecto deberá probar que el daño que reclama efectivamente sucedió y que es consecuencia directa de la conducta anticompetitiva del demandado. Como se expuso previamente, un sector de la doctrina señala que los compradores indirectos, entre más se alejen de quien actuó anticompetitivamente, menor información poseen sobre su conducta. Por lo tanto, será sumamente complejo probar que, en efecto, el daño sufrido está directamente relacionado, desde el punto de vista causal, con quien se encuentra en la parte superior de la misma y que no fue causado por otra variable. Esto puede dificultar la efectiva reparación de las víctimas y, al final, disuadir su iniciativa para acudir al aparato judicial. Además, si se piensa, por ejemplo, en la adquisición de bienes de consumo masivo, el análisis de estas características puede tornarse aún más difícil. Es por esto que el Parlamento Europeo introdujo en la ya mencionada Directiva 2013-0185 una presunción para facilitar la prueba de la absorción de los sobrecostos.

En este punto, podría jugar un rol importante la consagración de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167 del Código General del Proceso. El segundo inciso de esta norma dispone lo siguiente:

[...] el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas

especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Esta disposición, además de facultar el juez para distribuir la carga de la prueba, establece algunos supuestos en los que puede ser pertinente ejercer dicha prerrogativa. Uno de ellos es la existencia de circunstancias técnicas que ameriten la inversión de la carga. Por conocer su industria o su negocio, es probable que el demandado esté en mejor situación para ilustrar al juez sobre la dinámica de precios y la traslación de costos a lo largo de las cadenas de producción o distribución. Aun así, en aras de garantizar la efectiva reparación de las víctimas, será necesario introducir una disposición complementaria que facilite a los compradores indirectos la prueba de la certeza del daño y del nexo causal entre este y la conducta anticoncurrencial. De lo contrario, difícilmente podrán ejercer plenamente sus derechos.

3.2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La permisión del *passing-on* en sus modalidades defensiva y ofensiva también encuentra sustento en el principio general del enriquecimiento sin causa, el cual, a grandes rasgos, busca impedir que una persona se vea beneficiada a través de medios injustos, según Díez Picazo (2011, p. 62). Este ha sido uno de los pilares sobre los cuales se ha constituido la aplicación privada de las normas de competencia. Ortiz (2011) recuerda que la responsabilidad civil tiene una finalidad reparatoria, por lo que no se puede convertir en una fuente de riqueza sino de restablecimiento patrimonial (p. 174). Es por ello que la acción reparatoria de los daños causados por conductas anticompetitivas debe tratar de asegurar que ninguna de las partes de las cadenas de producción o distribución se quede con ganancias ilícitas derivadas de la infracción de las normas *antitrust*.

Precisamente, el objetivo de la defensa *passing-on* es que nadie sea reparado por un valor superior al daño que efectivamente sufrió. De no admitirse dicha defensa, un demandante podría reclamar la indemnización por la totalidad del sobrecosto pagado, sin consideración a su posterior estabilización patrimonial a costa del siguiente elemento en la cadena.

Lo mismo sucede con los compradores indirectos. Si fueron ellos quienes absorbieron el sobrecosto pero no están habilitados para reclamar la indemnización derivada de esta situación, los beneficios resultantes de la conducta se quedarán injustamente en algún punto de la cadena.

Sin embargo, las preocupaciones por el enriquecimiento sin causa no cesan con la aceptación del *passing-on*. Como se explicó previamente, esta figura amplía el panorama procesal y puede llegar a multiplicar el número de acciones reparatorias. Por esto, es necesario analizar cuidadosamente dos situaciones: primero, es posible que quien incurrió en la conducta anticompetitiva salga indemne en caso de que los legitimados para actuar no logren demostrar los complejos requisitos para acreditar la existencia de un daño indemnizable; y segundo, en un escenario opuesto, la multiplicación de acciones puede llevar a indemnizaciones excesivas que sobrepasen el daño efectivamente causado —por ejemplo, con la implementación de las acciones de grupo. En uno u otro caso, se desatiende el principio de reparación integral y alguien termina enriqueciéndose a costa de los demás.

Por esta razón, una vez más se llama la atención para que se introduzcan reglas que eviten estos escenarios y garanticen que el daño sea completamente reparado, ni más, ni menos, pues la aplicación del régimen general puede conducir a situaciones como las descritas. Esta es la razón por la que la Directiva Europea recientemente expedida le da al juez la facultad de utilizar elementos externos al juicio a la hora de tomar su decisión. Si bien no se deben copiar sin fórmula de juicio las disposiciones allí consagra-

das, sí es necesario seguir el ejemplo y crear un régimen especial de responsabilidad civil que garantice el correcto ejercicio de la acción de responsabilidad derivada de la comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

3.3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Por último, las acciones de reparación no pueden separarse de las normas que regulan los derechos de los consumidores. En los términos del Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011–, es consumidor o usuario toda persona “que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”.²³ Como lo señala Rusconi (2013), es el agotamiento económico del bien al final de la cadena lo que determina que una persona sea tenida como consumidor (p. 83). De esta manera, siendo el consumidor el eslabón final de la cadena de distribución, siempre será comprador directo o indirecto de quien incurre en prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora bien, frente a aquellos casos en los que el consumidor sea comprador indirecto, no es posible que el ordenamiento colombiano le niegue la posibilidad de reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos por la conducta anticompetitiva. Si bien el Estatuto del Consumidor no se refiere a este tipo de acciones, su expedición es una muestra del interés estatal de proteger a un grupo de personas que se encuentra en una relación dispar frente a los demás miembros de las cadenas económicas. En efecto, la Corte Constitucional ha sido clara en defender los derechos de los consumidores. Al respecto, dijo la Corporación lo siguiente:

23 Ley 1480 de 2011, artículo 5°.

Se pueden afirmar del derecho del consumidor, entre otras cosas, que se trata de un conjunto de normas encaminado a subsanar las asimetrías evidenciadas en el mercado y derivadas, entre otras circunstancias, de las diferencias en materia de capacidad económica y de la posesión de información cualificada. También se puede sostener que se trata de un derecho eminentemente dinámico, condicionado a las variaciones de la situación de consumidor y productor en el escenario cambiante del mercado. Igualmente, se puede advertir que la lectura de los contratos surgidos en el mercado entre consumidores y productores, debe hacerse teniendo como norte los principios constitucionales de protección al consumidor.²⁴

Precisamente, por la prevalencia que tienen los derechos de los consumidores, la jurisprudencia ha matizado el principio de la relatividad de los contratos en ciertos casos para permitir que, a pesar de no haber un vínculo contractual directo, quien sufra un daño pueda demandar la reparación por el autor de la conducta al origen del mismo.²⁵

Queda claro que la protección de los intereses de los consumidores es de alta prioridad para el Estado colombiano. En consecuencia, teniendo en cuenta que los consumidores finales serán, en muchas ocasiones, los compradores indirectos de quienes infringieron las normas sobre competencia, restringir la legitimación en la causa por activa de los compradores indirectos iría en contravía de la protección que el ordenamiento les ha concedido.

En todo caso, es necesario que se actúe cuidadosamente cuando se adopten las reglas sobre la materia y se pondere la extensión de los derechos y poderes procesales que se darán a los consumidores. Por ejemplo, si se sigue la lógica del legislador del Estatuto del Consumidor, en donde se consagró que los productores y expendedores son solidariamente responsables por los daños

24 Sentencia C-313 de 2013.

25 Sentencia del 5 de junio de 2009 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre la garantía decenal en el contrato de obra; y sentencia C-1141 de 2000, sobre las garantías de calidad e idoneidad en Decreto 3466 de 1982.

que sus productos defectuosos causen, se podría llegar al extremo de permitirle a un consumidor final –comprador indirecto– que demande a todos los que hicieron parte de la traslación del sobre costo en la cadena de producción por encontrarse en una situación de desventaja frente a ellos. Es por esto que resulta necesaria la creación de un cuidadoso régimen especial de responsabilidad que responda a las necesidades y complejidades propias del derecho de la competencia.

4. CONCLUSIONES

Como se ha analizado a lo largo de este escrito, el *passing-on*, como estrategia ofensiva o defensiva en las acciones de responsabilidad, plantea un panorama sumamente complejo que supera el plano jurídico e involucra un complejo análisis económico que obliga al legislador o a los jueces a escoger entre la promoción de la efectiva reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de conductas contrarias a las normas de protección de la competencia, la efectividad de las normas que buscan evitar la ocurrencia de este tipo de infracciones y la eficiencia del sistema judicial.

El ordenamiento jurídico colombiano es claro al priorizar el elemento de justicia que se encuentra en la base del principio de reparación integral. Así, una vez la discusión llegue a Colombia, es altamente probable que el *passing-on* sea rápidamente aceptado, toda vez que ayuda a lograr la reparación plena o completa de los daños sufridos por las víctimas de conductas anticompetitivas, evita situaciones de enriquecimiento sin causa y promueve la protección de los derechos de los consumidores.

Sin embargo, la tarea de ensamblar el *passing-on* al régimen general de responsabilidad civil presenta una serie de problemas que dificultan su aplicación en Colombia. Es por esto que resulta necesario adoptar prontamente un régimen especial de responsabilidad civil que se adecúe a las características propias del derecho

de la competencia. Dicho régimen va más allá del *passing-on*; sin embargo, la similitud de esta figura con las instituciones tradicionales de la responsabilidad civil colombiana, hacen necesaria su inclusión y cuidadosa reglamentación para maximizar su utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Antitrust Modernization Commission. (2007). *Report and Recommendations*. Disponible en: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm
- Cengiz, F. (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?* Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro verde sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. SEC (2005) 1732.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2000. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-313 de 2013. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Auto del 6 de mayo de 2013. Sentencia del 5 de junio de 2009
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de junio de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2003.

- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Associated General Contractors of California v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).
- Corte Suprema del estado de California. *Clayworth v. Pfizer*, 49 Cal. 4th 758 (2010).
- De La Vega, F. (2001). *Responsabilidad civil derivada del ilícito concursal*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- Díez Picazo, L. (2011). *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011.
- Dumbrowsky, T. (2013). *Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: A Reconciliation of Economic and Justice Approaches*. Disponible en: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/28517>
- Finn, L. (2006). *The Developing Role of State Indirect Purchaser Statutes: The Current and Future Status of Indirect Purchaser Remedies using Mylan Laboratories as a Benchmark*. Disponible en: web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/career-services/The%20Developing%20Role%20of%20State%20Indirect%20Purchaser%20Statutes.pdf
- Folley, D., y Taggart, M. (2011). *Clayworth v. Pfizer and the Curious Case of the Passing-On Defense*. Disponible en: www.steptoe.com/publications-9158.html
- Gehring, A. (2010). *The Power of the Purchaser: The Effect of Indirect Purchaser Damages Suits on Deterring Antitrust Violations*. Disponible en: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065898.pdf

- Giraldo, L. (2010). *La imputación como elemento estructural de la responsabilidad*. Medellín: Revista Responsabilidad Civil del Estado, del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Vol. 28, noviembre de 2010.
- Harris, R., y Sullivan, L. (1980). *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*. Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4780&context=penn_law_review
- Landes, W., y Posner, R. (1979). *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*. Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles
- López Mesa, M. (2008). *El mito de la causalidad adecuada*. Buenos Aires: Revista Jurídica La Ley, 2008-1.
- Miller, S. *Seeing Over The Brick Wall: Limiting the Illinois Brick Indirect Purchaser and Looking at Antitrust Standing in Campos v. Ticketmaster Corp. Through A New Lens*. Disponible en: <http://archive.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/321/miller.pdf>
- Ortiz, I. (2011). *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Madrid: La Ley, 2011.
- Parlamento Europeo. Directiva 2013-0185 (2015).
- Rusconi, D. (2013). La noción del consumidor en la Ley 1480 de 2011. En *Derecho del consumo: problemáticas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Santos, J. (2012). *Responsabilidad civil*, tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 2012.
- Schaefer, E. (1975). *Passing-on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis*. Disponible en : <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol16/iss4/9>
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, tomo II. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*. C-453/99 (20 de septiembre de 2001).
- Touleman, A., y Moore, J. (1957). *Le prejudice corporel et moral en droit commun*. Paris: Sirey, 1957.
- Velasco, Luis A., y Herrero, C. (2010). *La “passing-on defence”, ¿un falso dilema?* Disponible en: nevada.ual.es/spic/descargas/po-nencias/passing-onDefence.pdf
- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- Whelan, P. (2012). *The Passing-On Defense Should be Recognized in Legislation*. Disponible en: <https://competitionpolicy.wordpress.com/2012/05/29/the-passing-on-defence-should-be-recognised-in-legislation/>