

Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia

Por Pablo Trevisan

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Situación actual en materia de indemnización de daños.– III. Potenciales víctimas.– IV. Indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos.– V. Conclusión

“En Sicilia un particular empleó las cantidades que se le habían dado en depósito en la compra de todo el hierro que había en las herrerías, y luego, cuando más tarde llegaban los negociantes de distintos puntos, como era el único vendedor de hierro, sin aumentar excesivamente el precio, lo vendía sacando 100 talentos de 50. Informado de ello Dionisio, le desterró de Siracusa, por haberse ideado una operación perjudicial a los intereses del príncipe, aunque permitiéndole llevar consigo toda su fortuna”.
Aristóteles, “La política”

I. INTRODUCCIÓN

Si la única función del derecho de la competencia fuera la maximización del bienestar del consumidor a través de la más eficiente asignación de recursos y la mayor reducción de costos, la formulación de su regulación legal y la aplicación de éstas serían relativamente simples.

Sin embargo, en el nombre del derecho de defensa de la competencia se han tenido en cuenta distintos objetivos, no teniendo éstos relación alguna con el sentido técnico del bienestar del consumidor, al tiempo que otros han sido directamente hostiles hacia el objetivo de lograr las eficiencias en la asignación de recursos y en la producción.

Ello se produce principalmente porque las políticas de competencia no existen en el vacío, sino que son un vivo reflejo de los valores y objetivos de la sociedad en un determinado momento. En este sentido, el derecho de defensa de la competencia está infundido de tensión.

En este marco, debe entenderse que el derecho de defensa de la competencia, entre otras cosas, refleja la voluntad del Estado de intervenir en las actividades económicas, alentando a las empresas a conformar sus prácticas con un objetivo más amplio: el de la ejecución de un mercado competitivo, donde los consumidores puedan adquirir productos de buena calidad y a precios razonables.

Así, con este objetivo en mente, la disuasión juega un rol central en la ejecución pública de las normas de defensa de la competencia, teniendo en vistas la intención de ver a los operadores económicos actuar y evolucionar en un mercado sin interferencias nocivas. En este contexto, el trabajo de la autoridad de competencia es uno de interés general.

El nivel disuasivo de una sanción puede ser definido como la capacidad de disuadir a un potencial infractor de cometer cierta ofensa, dependiendo, por lo tanto, por un lado, de la gravedad

de la sanción y, por otro lado, de la probabilidad de ser descubierto al cometer dicha infracción. En consecuencia, cuanto mayores sean las posibilidades de que la regulación aplicable permita que el infractor sea descubierto, juzgado y sancionado de manera tal que no queden posibilidades de realizar ganancias mediante el *modus operandi* infractor, mayor será el efecto disuasivo.

Las medidas correctivas aplicadas por la autoridad de competencia –que responden principalmente al interés general de la sociedad– aportan cierto grado de disuasión frente a actuales y potenciales infractores, aunque claramente no son suficientes –por sí solas– para lograr, al mismo tiempo, proteger el interés privado en el marco del derecho de defensa de la competencia. En este contexto, y sin perder de vista que el objetivo principal de las acciones de daños en materia de competencia persiguen un interés fundamentalmente individual de compensación por los daños sufridos como consecuencia de un ilícito *antitrust*, es importante tener en cuenta el importante efecto disuasivo que estas acciones también presentan **(1)**.

En este sentido, la combinación e interacción de ambas formas de ejecución (pública y privada) contribuye a mantener y restaurar la integri-

dad del mercado, a impedir que fuerzas artificiales influyan en los precios, en la óptima provisión de bienes y servicios, en la eliminación de barreras de entrada a los mercados, en la innovación de productos competitivos y en el mejor bienestar general de los consumidores **(2)**.

El presente trabajo tiene por objeto realizar una aproximación general a los variados aspectos de la ejecución privada de las normas de defensa de la competencia mediante el análisis particular de las acciones por daños y perjuicios producidos como consecuencia de infracciones a dichas normas. En este marco, y sin pretender realizar un análisis exhaustivo de cada cuestión, habremos de examinar el situación actual de la materia en nuestro país, por qué consideramos relevante a la indemnización de daños como remedio *antitrust* y quiénes son las potenciales víctimas de daños por ilícitos anticompetitivos. Luego realizaremos un breve análisis del marco legal aplicable en nuestro país y desarrollaremos sucintamente los presupuestos de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos. Finalmente, consideraremos algunas cuestiones relacionadas con la legitimación, con especial interés en los procesos de clase y el impacto de éstos en el tema objeto del presente trabajo, para finalizar con algunas conclusiones **(3)**.

(1) Existe vasta doctrina comparada que comenta y discute ampliamente sobre el real alcance del efecto disuasivo de las acciones de daños en defensa de la competencia, cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que, más allá de dicha discusión, no existen dudas respecto de que las acciones de daños presentan un factor adicional importante de disuasión en aquellas jurisdicciones en las que han presentado un desarrollo importante. Para mayor ilustración sobre el particular, puede consultarse: Rosochowicz, Patricia H., “Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law”, International Bar Association, EU Private Litigation Working Group, febrero 2005; Wils, Wouter P. J., “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, vol. 32, nro. 1, marzo 2009.

(2) Frederic Jenny, “Optimal Antitrust Enforcement: From Theory to Policy Options”, en Lianos, I. y Kokkoris, I., “The Reform of European Competition Law: New Challenges”, Ed. Kluwer, The Hague, 2009. Sobre el particular, Frederic Jenny observa correctamente la íntima relación que se presenta entre la sanción de la autoridad y la indemnización de daños, desde el punto de vista disuasivo, aun cuando los beneficiarios de la compensación sean distintos en uno y otro caso: “No hace diferencia si los pagos son realizados al presupuesto estatal o a consumidores. Por lo tanto la discusión actual de acciones de daños en la UE debe tener en cuenta el hecho de que, aun si el propósito de las acciones privadas de daños es el de compensar víctimas más que sancionar a quienes violan la ley, la posibilidad de agregar daños compensatorios a las sanciones administrativas (o penales) aumenta el costo total a los violadores, de ser descubiertos y, en consecuencia, aumenta el efecto disuasivo del sistema de ejecución” (la traducción es libre del autor).

(3) Un tema importante, que no analizaremos bajo el presente, es el de los programas de clemencia y la posibilidad de acceder a los documentos del procedimiento administrativo de clemencia. Ello es debido a que a la fecha del presente trabajo, nuestro país no cuenta con programa de clemencia. La CNDC presentó un proyecto de ley de clemencia al Congreso hace unos años, pero éste no ha tenido tratamiento parlamentario hasta el momento. Sin perjuicio de ello, y en lo que respecta a las acciones de daños por ilícitos *antitrust*, anticipamos que en aquellos países en los que existen programas de clemencia se plantea algo espinosa y de no fácil resolución respecto de si los demandantes en litigios judiciales pueden o no tener acceso a los documentos administrativos presentados por las empresas bajo dichos programas. En Europa, recientemente bajo el caso “Pfeiderer (Pfeiderer AG v Bundeskartellamt, Caso C-360/09 –2011- ECR I-000)”, el Tribunal de Justicia

II. SITUACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

a) *Materia pendiente en nuestro país*

La realidad indica que las acciones de indemnización de daños en materia de defensa de la competencia no han despegado aún en la Argentina.

Sorprende que desde la sanción de la ley 25156 de Defensa de la Competencia (en adelante, la “LDC”) no se hayan observado más casos en los que se persiga la responsabilidad civil contra autores de ilícitos anticompetitivos. Si bien existieron algunos antecedentes jurisprudenciales que pudieron haber sido un indicio de que este tipo de acciones tendrían mayor lugar en nuestro país (4), la realidad es que hasta la fecha poco ha sucedido en la materia. De esta forma, la evolución de esta materia en nuestro país se asemeja al camino que lentamente y no libres de inconvenientes han transitado en el mismo tema otras jurisdicciones. Al tiempo que en años recientes se han dado ciertas señales de avance y desarrollo, esta área del derecho de la competencia sobre la reparación de los daños por atentados contra la competencia es una de las pocas en las que todavía no se ha logrado un desarrollo sistemático doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado (5).

Por su parte, la experiencia de los Estados Unidos (“EE.UU.”), que rescata una mayor conciencia de los individuos sobre la importancia de las normas económicas en el desarrollo de la actividad privada y en el bienestar general, ha contribuido al debate y al desarrollo de la materia en Europa. En este sentido, en la Unión Europea (“UE”) no sólo ha habido una creciente preocupación doctrinaria tendiente a aprovechar las virtudes del modelo de los EE.UU., sino que, además, se ha intentado no desconocer los principios del modelo continental europeo ni hacer propia una cultura de exaltación de la litigiosidad. En esta línea, la Comisión Europea –el pasado 11/6/2013– adoptó una propuesta de directiva dirigida a regular cómo los ciudadanos y compañías podrían presentar reclamos de daños bajo las normas *antitrust* de la UE (6) (en adelante, indistintamente la “Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust*”).

Según la Comisión Europea, la Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust* serviría para remover un número de dificultades prácticas que los reclamantes encuentran al momento de demandar daños en los tribunales nacionales de Europa. Las medidas sugeridas incluyen ampliar el acceso a evidencias por parte de los reclamantes (7), establecer normas más claras con relación a plazos

Europeo brindó cierto criterio para resistir o limitar el acceso a dichos documentos cuando esa evidencia pudiera poner en peligro la efectividad del programa de clemencia.

(4) Cervio, Guillermo J. y Rópolo, Esteban P., “Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 545.

(5) Lewin Muñoz, Nicolás, “Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios”, Estudios de Libre Competencia, Sección Segunda, Anales UC, Chile, 2010.

(6) Véase, “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (2013/C 167/07), Diario Oficial de la Unión Europea, C. 167/19. Con anterioridad a la Propuesta de la CE, y a partir de las observaciones del informe Ashurst (sobre el que hacemos referencia más adelante), se estableció la carencia de una regulación sobre los cauces tanto sustanciales como procesales que podrían facilitar las reclamaciones de este tipo de daños y, en consecuencia, la necesidad de trabajar sobre estos aspectos a fin de contribuir a la construcción de un sistema de aplicación privada de las normas *antitrust* por la vía de la reclamación de los daños y perjuicios. En consecuencia, la Comisión Europea publicó el día 19/12/2005, el Libro Verde sobre “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, a través del cual invitó a todos los interesados (gobiernos, empresas y organismos públicos y privados) a formular comentarios y observaciones sobre los distintos aspectos de la responsabilidad por ilícitos *antitrust*. Agotado el plazo establecido para la presentación de observaciones al Libro Verde, la Comisión Europea emprendió el trabajo de elaborar un Libro Blanco sobre la materia, cuya publicación se produjo el día 2/4/2008. A través del Libro Blanco se presentan las conclusiones obtenidas del análisis a los comentarios y observaciones recibidas, así como las propuestas de políticas y medidas regulatorias que pueden facilitar la reclamación de los daños derivados de las infracciones de las normas de libre competencia.

(7) Esta propuesta constituye una clara novedad para la UE –que cuenta con sistema legal continental–, ya que se estarían incorporando elementos del sistema del *discovery* (propio de los EE.UU.) al procedimiento civil (más propio de la UE).

de prescripción y reglas que confirman –para ciertas circunstancias– la capacidad de los demandados de presentar defensas del tipo *passing-on* (sobre lo que más adelante ampliaremos) y sobre la cuantificación del daño. Asimismo, la Comisión Europea adopta una recomendación para incentivar a los Estados miembro a establecer mecanismos que establezcan la posibilidad de acciones colectivas para víctimas de violaciones a las normas de la UE, incluyendo las normas *anti-trust*. Esta Propuesta de la CE está actualmente siendo discutida en el Parlamento y el Consejo Europeos.

Previo a esta Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust*, la misma Comisión Europea encargó la elaboración de un estudio para conocer la forma en que se tramitaban los reclamos de daños y perjuicios derivados de la violación de las normas de libre competencia en los distintos Estados miembros, a los efectos de identificar los principales obstáculos, problemas y conflictos del desarrollo del tema en Europa. El análisis fue desarrollado por el estudio jurídico Ashurst y presentado el 31/8/2004 (8). Los autores de dicho estudio concluyeron que por aquellos días la reclamación de daños derivada de infracciones de las normas de defensa de la competencia presentaba en la UE una notable falta de armonización y un total “subdesarrollo”.

El ordenamiento jurídico argentino no es ajeno a esta complejidad. La LDC no establece normas específicas en esta materia y se limita a establecer en su art. 51 ciertas condiciones para el ejercicio de las acciones que se deriven de la LDC (9). En consecuencia, como desarrollaremos más adelante, las acciones de responsabilidad por daños se rigen fundamentalmente por las normas generales del Código Civil.

Las infracciones de los artículos de la LDC pueden causar un grave daño a la economía en su conjunto y obstaculizar el correcto funciona-

miento del mercado. Para evitar ese perjuicio, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”), mediante resolución de la Secretaría de Comercio Interior –la “SCI”, juntamente con la CNDC, la “CNDC/SCI” (10)–, tiene la facultad de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando infrinjan dichas normas de competencia. El objetivo de las multas que impone la CNDC/SCI es provocar un efecto disuasorio, es decir, sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico) y disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos de la LDC (efecto disuasorio general).

Además, las infracciones a las normas de la LDC pueden causar un grave perjuicio a consumidores y empresas. Cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de las normas de competencia tiene derecho a reparación y este derecho está garantizado bajo el art. 51, LDC. Mientras que el objetivo de las multas es disuadir, el de las reclamaciones por daños y perjuicios es reparar el daño causado por una infracción. Esta posibilidad de los consumidores y las empresas de obtener reparación tendría también tener efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y garantizar una mayor observancia de las normas de libre competencia.

Como ampliaremos más adelante en este trabajo, es compleja la cuestión que se plantea a jueces y partes en los procesos de daños y perjuicios sobre cómo cuantificar el daño sufrido. La cuantificación se basa en comparar la situación actual de los demandantes con la situación en la que estarían si no se hubiera producido la infracción. En cualquier evaluación hipotética de cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado y las interacciones de los participantes en el mercado si no se hubiere presentado la infracción, suelen surgir cuestiones jurídicas de gran complejidad y especificidad que hacen a la especialidad de defensa de la competencia.

(8) Reporte Ashurst, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules”, www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html.

(9) Art. 51, LDC: “Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”.

(10) Cfr. Corte Sup., fallos “Credit Suisse First Boston Private Equity II LLC-Sucursal Argentina, Nueve Artes S.A y HFD Media S.A - Expediente nro. S.C., C 1216, L.XLI”, “Recreativos Franco s/apelación resolución Comisión Nac. Defensa de la Competencia - Expediente nro. R. 1170. XLII y R. 1172. XLII” y “Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista de General Alvear v. Estado Nacional - Expediente nro. B. 1626. XLII”.

Adicionalmente, y muy particularmente en nuestro país, se presentan ciertas peculiaridades que denotan una carencia de institucionalidad en la materia y que hacen difícil una sostenida evolución en esta materia, como ser, entre otras:

– La grave omisión por parte de las sucesivas administraciones nacionales en la puesta en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (el “TDC”, que conjuntamente o indistintamente con la CNDC/SCI, a los efectos de este trabajo, podremos referirnos en ciertos pasajes directamente a la “autoridad de competencia”) (11), órgano creado por la LDC en 1999 y uno de los pilares fundamentales tenidos en cuenta por el legislador al sancionar la LDC (12). La omisión en la puesta en funcionamiento del TDC, conforme lo dispuesto por la LDC, constituye una demostración más de cuánto nos cuesta a los argentinos lograr que las instituciones consagradas en el derecho formal tomen vida propia en el derecho real. Que una disposición de carácter transitorio –como es el caso del art. 58, LDC– trascienda en el tiempo tantos años sin que se dé cumplimiento a la voluntad del legislador es clara muestra de ello (13).

– En otro orden, otra cuestión que atenta también contra el desarrollo de esta materia es la inexistencia de un sistema jurídico ordenado de acciones de clase en nuestro país. Sin perjuicio de que en los últimos años ha habido avances significativos en la materia, en especial a partir del fallo “Halabi”, dictado por la Corte Suprema en 2009, todavía hay un largo camino por recorrer sobre el particular en nuestro país, siendo imperioso que se legisle seriamente sobre la materia. En especial, todo está por verse en materia de acciones

de clase en el ámbito del derecho de defensa de la competencia, aunque consideramos que desde el fallo “Halabi” y, más precisamente, luego del reciente fallo “PADEC”, la Corte Suprema ha aportado mayor claridad sobre la legitimación activa en este tipo de acciones que podrían ser muy útiles en materia de daños *antitrust*.

b) Por qué es relevante la indemnización como remedio en defensa de la competencia

El tema objeto del presente trabajo presenta en nuestro país una serie compleja y amplia de interrogantes que requieren ser dilucidados con mayor claridad. Por mencionar algunos de estos interrogantes, cabe hacer referencia a los siguientes:

– Si es necesario que exista sentencia previa de la autoridad de competencia para demandar civilmente, y –de existir– dicha resolución, si ésta debe ser condenatoria.

– Si en un caso dado la autoridad de competencia condena por hechos determinados y específicos, determinar si el tribunal civil podría extender la indemnización a otros hechos (p. ej., hechos relacionados; mismos hechos pero por un período más largo; hechos totalmente nuevos; hechos cometidos por personas distintas).

– Si se infringe una resolución previa de la autoridad de competencia, determinar si basta con probar la infracción, o si, además, debiera acreditarse que se ha afectado la libre competencia para efectos de la indemnización.

– Si es posible demandar civilmente cuando la acción ante la autoridad de competencia está pres-

(11) Véase, artículo del autor, “El Tribunal de Defensa de la Competencia ya no puede esperar”, Suplemento Legales, diario El Cronista del 23/3/2010.

(12) Dos fueron los cambios principales de la “nueva” LDC respecto de su antecesora la ley 22262: i) la creación de un sistema de control de concentraciones; y ii) la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como una autoridad autárquica, profesional y con idoneidad suficiente y garantía de permanencia de sus integrantes, que permitan que ésta sea menos permeable a las influencias políticas de turno.

(13) OCDE, “Derecho y política de la competencia en Argentina - Examen inter-pares”, 2006. En julio de 2006, la OCDE presentó un informe sobre la ley y la política de defensa de la competencia en la Argentina, preparado en colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y evaluado por pares, en el Foro Latinoamericano de Libre Competencia organizado por la OCDE y el BID. En dicho informe se describe y analiza la aplicación de la ley de libre competencia en nuestro país y se exponen recomendaciones de amplio alcance para mejorarla. La primera recomendación efectuada por dicho informe se refiere a la necesidad de poner en funcionamiento el TDC, sosteniendo expresamente que “la conformación de dicho organismo abordaría dos problemas fundamentales que enfrenta la CNDC actualmente: un presupuesto ineficiente e independencia insuficiente” (para mayor abundamiento, ver la sección 6.1 del mencionado informe de OCDE).

crita y, en tal caso, qué reglas aplican sobre el plazo de prescripción.

- Si en lo que respecta a la legitimación activa, pueden demandar:
 - compradores directos y/o indirectos;
 - compradores de otros miembros de un cartel;
 - compradores de competidores de quienes formaron un cartel;
 - proveedores.
- Si, como contracara, por el lado de la legitimación pasiva:
 - únicamente puede demandarse a quienes fueron denunciados o requeridos ante la autoridad de competencia;
 - más allá de esa cuestión, si pudiere también demandarse a quienes se beneficiaron de la conducta ilícita, sin cometerla.
 - Si puede demandarse en base a un avenimiento, conciliación o acuerdo extrajudicial, sin que exista calificación de la conducta por parte de la autoridad de competencia.
 - Si el demandante traspasó parte del mayor costo a sus propios clientes, podrá demandar éste efectivamente o podrá el demandado oponer como defensa dicha cuestión (“*passing on defense*”).
 - Si puede simplificarse de algún modo el problema de la prueba.
 - Si existen métodos específicos para tratar la complejidad de la cuantificación del daño en este tipo de casos.
 - Si es posible reclamar daños punitivos.
 - Si puede demandarse mediante procesos de clase.

En el presente trabajo abordaremos algunas de estas cuestiones, intentando realizar una primera aproximación parcial a los temas que consideramos más importantes y que requerirán de un posterior desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

(14) Los carteles también pueden dar por resultado efectos positivos para los consumidores (las llamadas eficiencias), p. ej., costos más bajos de transporte. Estos efectos –si fueran significativos en un caso particular– tienen que ser balanceados contra los efectos negativos a consumidores en el momento de calcular los daños.

(15) Véase Reporte Ashurst, cit.

III. POTENCIALES VÍCTIMAS

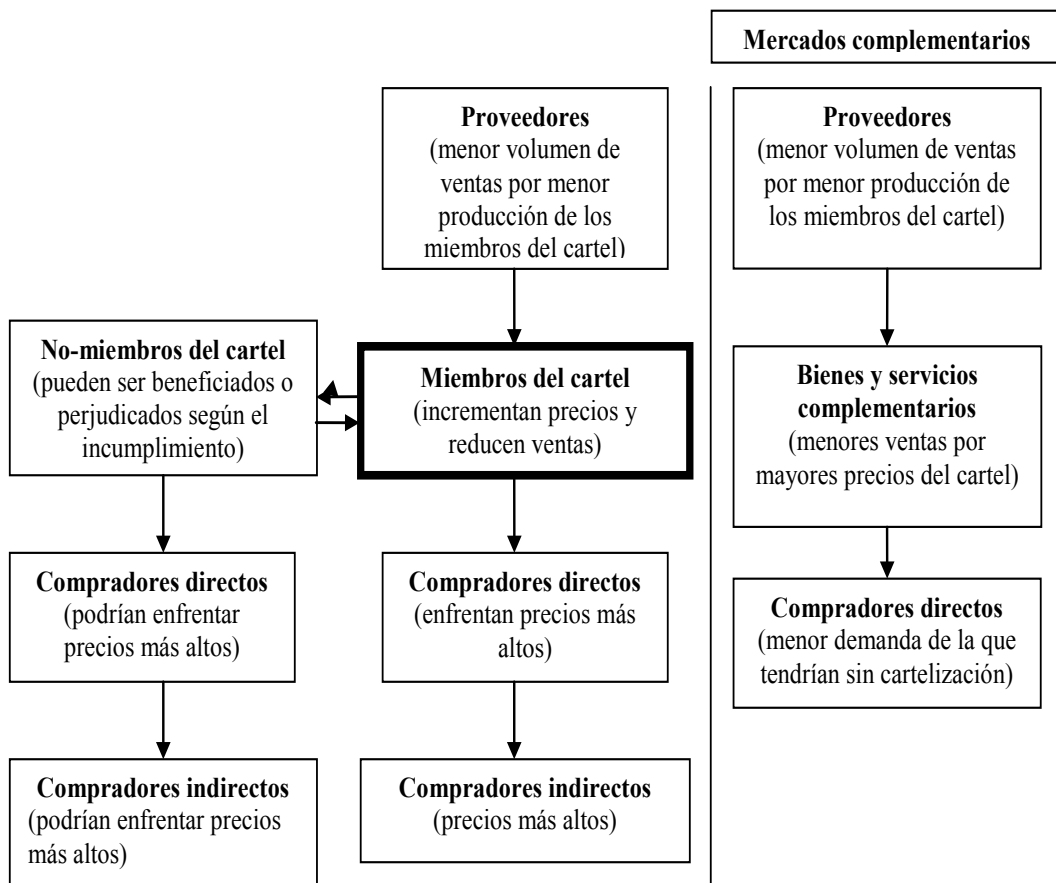
Las víctimas de daños por ilícitos anticompetitivos se constituyen principalmente como consecuencia directa o indirecta de conductas que implican a) abusos de posición dominante (por ejemplo, el monopolista que impone ventas atadas al comprador, el cierre anticompetitivo de un mercado, la imposición de exclusividades, negativas de venta, fijación de precios de reventa, el menor precio que recibe un vendedor como consecuencia de un abuso de posición de compra, etc.); o b) por acuerdos colusorios que promueven la cartelización de determinados mercados (por ejemplo, el comprador que debe pagar sobreprecio por el aumento artificial concertado por miembros de un cartel, etc.).

Conforme ciertos principios económicos básicos, la colusión –explícita o implícita– descansa en la interacción dinámica entre empresas. Las empresas condicionan su comportamiento futuro en el mercado, según el comportamiento actual de sus competidores.

Cuando este tipo de interacción dinámica se implementa de manera efectiva, permite a las empresas participantes de esta interacción mantener sus precios en niveles cercanos al de precios de monopolio y significativamente por encima de lo que su conducta unilateral hubiere permitido.

La estabilización dinámica de precios puede ser lograda mediante comunicación directa –que no es otra cosa que el prerrequisito de un cartel– o mediante coordinación realizada mediante la observación y seguimiento del comportamiento de las otras firmas en el mercado. A esto último se lo llama coordinación tácita o efectos coordinados, y es analizado bajo los criterios de evaluación de dominancia o procedimientos de control de concentraciones, pero no es considerado un acuerdo de cartelización.

La literatura económica identifica un amplio espectro de potenciales daños debido a la colusión entre empresas (14). Algunas de las varias categorías de efectos adversos producidos por una violación a las normas de defensa de la competencia se resumen en el siguiente cuadro (15):



En primer lugar, en un cartel, donde en forma coludida competidores fijan precios, el primer damnificado es el comprador directo, quien debe soportar un aumento artificial en el precio.

Desde la perspectiva del comprador directo se presentan tres efectos principales: precios más altos en determinadas ventas (normalmente con sobrepuestos o daño emergente), el opuesto *pass-on effect* (es decir, la porción del sobrepuesto que es traspasada mediante precios más altos a los compradores indirectos) y el efecto cuantitativo (que es el beneficio perdido que los compradores hubieran realizado en ventas adicionales al nivel de precio competitivo) (16).

Luego, se puede afectar también a los compradores del comprador directo (es decir, los compradores indirectos), quienes tendrían que soportar

un posible aumento en sus precios por el traspaso total o parcial del sobrecosto que representa el aumento de precios para el comprador directo. Y así continúa hacia otros compradores indirectos, llegando al consumidor final.

Habrán potenciales compradores que hubieran comprado al precio competitivo menor, pero que no comprarán al precio de cartel. Compradores potenciales pierden así el beneficio de ventas adicionales en la forma de utilidad de consumo o ganancia cuando revenden al consumidor final en un ambiente competitivo. En términos legales, sea por menor consumo o por no consumo, este efecto del rendimiento constituiría lucro cesante.

Un efecto equivalente puede ocurrir con los proveedores, mediante el ejercicio del poder de com-

(16) Friederiszick, Hans W. y Röller, Lars-Hendrik, "Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights from German Cartel Cases", Working Paper ESMT, 16/3/2010.

pra que un cartel puede imponer aguas arriba. Asimismo, otro efecto negativo puede darse cuando estos proveedores, a su vez, pasan (*pass-on*) estas condiciones de venta desventajosas a su propia cadena de proveedores aguas arriba.

Hasta este punto tenemos los efectos que se producen verticalmente o aguas abajo, producto de esta colusión entre competidores. Sin embargo, el cartel no sólo tiene efectos hacia abajo, sino que se puede dar el caso de otros competidores que no forman parte del acuerdo ilícito pero que, actuando bajo el amparo del aumento artificial de precios del cartel, aumenten sus precios también (esta situación es conocida como efecto paraguas o *umbrella effect*). Como consecuencia del efecto paraguas, se afecta a aquellos compradores, directos o indirectos, de aquellos agentes que no forman parte del cartel.

Por otra parte, también se puede perjudicar a ciertos clientes que estaban dispuestos a pagar un precio competitivo y que, en atención al alza artificial de los precios por el cartel, prefieren adquirir bienes sustitutos no deseables o bien reducir la cantidad de bienes comprados.

Los proveedores de los miembros del cartel también pueden resultar perjudicados, ya que pueden ver reducido su volumen de ventas, ya que el aumento artificial en los precios es determinante en los volúmenes de venta de tales proveedores (perjuicio aguas arriba).

Asimismo, se pueden ver afectados aquellos productores de bienes complementarios de los que producen los miembros del cartel, al igual que los proveedores, que ven reducidos sus volúmenes de venta por los precios incrementados; de esta forma, también se puede perjudicar a los proveedores de los productores de estos bienes complementarios.

Si sumamos a lo señalado otras conductas atentatorias a la libre competencia distintas de la co-

lusión, tomaremos nota de que pueden resultar perjudicados también otros agentes (17).

IV. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

“(…) la ley humana no prohíbe todos los vicios de los que se abstiene un hombre virtuoso; sino que sólo prohíbe los más graves, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres; especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos y otros vicios semejantes” (18). Santo Tomás de Aquino

a) Marco legal

El principio en materia de responsabilidad civil por el que quien causa un daño debe repararlo es plenamente aplicable en materia de indemnización por ilícitos anticompetitivos.

En la práctica, serán las partes y los jueces quienes deban realizar un proceso de adaptación de los principios y reglas generales de la responsabilidad civil a las situaciones específicas que se puedan dar como consecuencia de comportamientos anticompetitivos. En este proceso, deberán ser respetados los principios y objetivos de la normativa de defensa de la competencia. En consecuencia, el escenario se presenta desde lo general con los elementos estructurales de la responsabilidad civil, y desde lo más particular, tamizando dicha responsabilidad por los principios rectores y normas específicas del área de defensa de la competencia (19).

En esta línea, dispone el art. 51, LDC: “Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la *acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común*, ante el juez com-

(17) Lewin Muñoz, Nicolás, “La indemnización de perjuicios por atentados en contra de la libre competencia”, Tesis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, septiembre de 2008.

(18) Santo Tomás de Aquino, “Summa Teológica”, I-II, c. 96, art. 2.

(19) De la Vega, Fernando, “Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 56. Este autor sostiene que “(…) la responsabilidad civil por daños causados por actos de concurrencia ilícitos no debe ser considerada, por tanto, como una sanción propia del derecho de la competencia, es una consecuencia jurídica que deriva de un comportamiento realizado en un ámbito de mercado con finalidad concurrencial y que tiene como elemento normativo de carácter esencial y primario a las normas de la responsabilidad civil, dejando en un segundo plano a la ordenación jurídica de la actividad concurrencial (...)”.

petente en esa materia” (el destacado nos pertenece). Es decir, el derecho de los damnificados por actos prohibidos por la LDC se regirá por el régimen general de responsabilidad civil por daños y perjuicios del Código Civil (cfr. los arts. 1066 a 1136).

Dicho ello, habrá de dilucidarse, en primer término, cuál es la naturaleza de esta responsabilidad consecuente de los ilícitos anticompetitivos. Algunos consideran que la responsabilidad en estos casos es contractual, sea frente a situaciones de acuerdos restrictivos o por abusos de posición dominante. Es decir, se afectaría un vínculo comercial preexistente mediante el ilícito anticompetitivo, por incumplimiento de una o ambas partes.

En nuestra opinión, la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos es principalmente extracontractual. Cualquier acuerdo, en todo o en parte, escrito o no escrito, que se celebre en violación a las normas *antitrust* es nulo de nulidad absoluta y, en consecuencia, no genera por sí ninguna relación contractual entre las partes. Esto lo consideramos aplicable también en aquellos casos en que un incumplimiento contractual se genere como consecuencia de tener lugar un ilícito anticompetitivo, sea colusivo o exclusorio, ya que en estos casos no será la propia conducta anticompetitiva la que fundamente la acción de responsabilidad, sino las consecuencias o efectos que tenga aquella conducta sobre las obligaciones contractuales.

Asimismo, debe tenerse especialmente en consideración que los principios de defensa de la competencia han recibido rango constitucional en nuestro país en la última reforma de 1994, siendo entonces un derecho y obligación que se impone a todos los contratantes, aunque nada hubieren dicho en el acuerdo que regule su relación comercial. Es decir, este principio receptado por nuestra Constitución Nacional –art. 42 (20)– constituye, en este sentido, un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y, por ende, una obligación que no requiere pacto expreso contractual (21).

Por otra parte, y si bien la LDC no incluye disposiciones expresas referidas a la nulidad de los actos jurídicos prohibidos por ésta, como sí lo hacen otros ordenamientos extranjeros (22), consideramos que los términos de la LDC (art. 1) son fundamento suficiente para causar las nulidades dispuestas en el Código Civil con relación a dichos actos (23).

1.– El quid del plazo de prescripción aplicable a las acciones de daños producidos por ilícitos contra la libre competencia

Si bien la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos es, en nuestra opinión, de carácter principalmente extracontractual, debe tenerse en cuenta que el plazo de prescripción de la acción aplicable no será el bianual dispuesto por el art. 4037, CCiv. (ni eventualmente tampoco el del art. 847,

(20) CN, art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

(21) Martínez Medrano, Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, 1ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 25. Este autor sostiene que “En la Constitución de 1994 se consagran los derechos de tercera generación, entre los cuales se encuentra el derecho a la competencia efectiva. El art. 42, CN, consagra tres pilares del sistema de competencia efectiva: la libertad de elección del consumidor, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios legales o naturales. La libre elección del consumidor implica la posibilidad de elegir entre las ofertas existentes en el mercado, lo cual presupone que se fomentará la mayor cantidad de ofertas posibles, es decir la participación de la mayor cantidad de competidores en el mercado determinado”.

(22) Cfr. Tratado de Roma, art. 101, inc. 2).

(23) Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, t. II, Ed. Heliasta, Buenos Aires, p. 393. En el mismo sentido, este autor sostiene que “(...) los términos de la prohibición incluida en el art. 1, LDC, son suficientemente amplios como para dar lugar a la nulidad prevista en los arts. 953 y 1044, CCiv., en forma congruente con lo dispuesto por el art. 18 del mismo Código”.

CCom.). En estos casos, aplica el plazo de cinco años establecido en el art. 54, LDC, que rige para todas las acciones que nacen de la LDC, entre las que se encuentran las acciones civiles de daños y perjuicios por ilícitos *antitrust*. Se trata de que la norma especial (i.e., LDC, art. 54) predomina sobre la norma civil general en la materia (i.e., Código Civil, art. 4037).

Sin embargo, en ciertos casos se ha aplicado la prescripción decenal cuando la víctima del daño producido como consecuencia del ilícito concursal pudo acreditar que existió una relación contractual con el infractor. En este sentido, se resolvió en “Auto Gas” sobre el plazo de prescripción aplicable, considerando que podía tenerse por acreditado el vínculo por otros medios, como ser facturas, remitos, cartas documento, entre otros, que generaron en la jueza una fundada convicción al respecto, conforme lo dispuesto por los arts. 1190 y ss., CCiv. (24).

Con respecto a la fecha que debe tomarse a los efectos del inicio del cómputo de la prescripción, consideramos que pueden darse dos escenarios, según haya habido o no resolución administrativa previa: i) *si no hubiere resolución firme de la autoridad*: consideramos que, si bien es principio aceptado que el cómputo de las prescripciones en materia extracontractual tienen inicio el día en que ocurrió el hecho ilícito, porque es lo ordinario que el perjuicio sea consecuencia inmediata del hecho, sin embargo –y conforme lo ha precisado la jurisprudencia (25)–, cuando el damnificado ignora la existencia del daño, la prescripción ha de computarse desde que tal extremo llega a conocimiento del damnificado; ii) *si hubiere resolución firme de la autoridad*: consideramos que, en este caso, el cómputo del plazo comenzará a correr

desde que quede firme y ejecutoriada a) la resolución administrativa de la autoridad de competencia que resuelve la sanción o b) si correspondiere, la sentencia judicial que confirme dicha sanción.

b) Presupuestos de la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos

En tal sentido, la indemnización de perjuicios por ilícitos relacionados con defensa de la competencia se rige por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, habrán de acreditarse los siguientes cuatro presupuestos: i) el incumplimiento del deudor (es decir, el ilícito anticompetitivo); ii) la imputabilidad del incumplimiento del deudor (culpa o dolo); iii) los perjuicios o daño sufrido por el acreedor y iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor (26).

1.– Incumplimiento del deudor

El primero de los presupuestos de la responsabilidad consiste en acreditar que tuvo lugar un acuerdo, decisión, recomendación, práctica concertada, conducta paralela anticompetitiva (comportamiento colusivo) o una conducta que configure abuso de posición dominante (comportamiento abusivo). Es decir, la víctima del ilícito anticompetitivo deberá probar ante el juez competente que el interés económico general, bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia, ha sido lesionado.

A tales efectos, la víctima deberá tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 7, LDC, que definen las prohibiciones de nuestro ordenamiento y, en consecuencia, otorgan el elemento de ilicitud a las conductas comprendidas bajo ella (27).

(24) Cfr. Juzg. Nac. Com. n. 14, Secretaría n. 27, 16/9/2009, “Auto Gas S.A. v. YPF S.A y otro s/ordinario”, donde la jueza resuelve: “Al respecto, tratándose de una acción en la que se persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del acuerdo que unió a las partes, resulta inaplicable el plazo de prescripción previsto por el art. 4037, CCiv., por no tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual. Ya que la descripta hipótesis en que se sustenta la demanda, cae en la órbita de la prescripción decenal común establecido por el art. 4023, CCiv., por tratarse entonces de un contrato atípico, carente de plazo prescriptivo específico”.

(25) Cfr. C. Nac. Civ., sala E, 25/10/1994, *in re* “Lovera Maruto v. Fernández, Alejandro”; ídem, C. Nac. Com., sala C, 5/9/2006, *in re* “Chemlik Martinec, Andrés v. Firestone de Argentina”; sala D, 18/8/2007, *in re* “Mattei, Ana María v. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”; C. Nac. Civ., sala E, *in re* 15/12/2010, “Benítez, Elena C. v. Interacción A.R.T. S.A s/ordinario”.

(26) Llambías, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, t. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, ps. 119 y ss.

(27) C. Nac. Com., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles S.A s/concurso preventivo”. En dicho fallo de la sala C, la concursada había solicitado la exclusión de un grupo del cómputo de los votos, fundando su planteo en una aplicación extensiva del art. 45 de la ley concursal, y en las disposiciones de la LDC, por tratarse de un acreedor que estaba en flagrante competencia con ella. El sentenciante de grado consideró que la conducta

Los comportamientos restrictivos podrán ser imputables a una o varias empresas, sean éstas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que realicen actividades en el territorio nacional o fuera del país con efectos dentro de él (28).

La jurisprudencia de la UE ha precisado el alcance del concepto de “empresa”, habiendo llegado a considerar como tales a colegios de profesionales, a fondos de pensión y hasta entidades públicas cuando ellas hubieren actuado como operadores económicos en un determinado mercado. Por su parte, la CNDC, a través de numerosas opiniones consultivas, ha interpretado que uno o más activos constituyen una “empresa” cuando puede derivarse de ellos un volumen de negocios (ventas) en forma independiente.

En esta línea, habrá de acreditarse que existió i) un acuerdo explícito o implícito entre los infractores a la LDC; o ii) una conducta unilateral constitutiva de abuso de posición de dominio. Por otra parte, cuando se trate de conductas voluntariamente paralelas y a los fines de presumir la colusión, el damnificado de dichas conductas deberá demostrar que el comportamiento de las empresas en el mercado relevante constituye una conducta coordinada, sin fundamento razonable.

Asimismo, la víctima deberá acreditar que el acto o conducta tuvo por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia (29). En este sentido, probar el ilícito anticompetitivo puede constituir una tarea compleja, ya que i) en

muchos casos, el ejercicio mismo de la libre competencia en un determinado mercado pueden resultar perjudicial para determinados jugadores del mercado, pero no por ello constituir ilícitos o ii) porque sea difícil –sino imposible– hacerse de la prueba del ilícito cuando ella se encuentra en poder del propio infractor o iii) por los costos altos implícitos que podrían ir de la mano del análisis de pruebas económicas, técnicas o de mercado complejas o iv) por la necesidad de acudir a presunciones en aquellos casos en que la conducta no pueda ser palmariamente probada o hubiere sido ocultada exitosamente por parte de los infractores.

Debe tenerse especialmente en cuenta que, sea cual fuere el medio de prueba utilizado, la existencia del ilícito anticompetitivo no es por sí misma prueba de daños padecidos, ni mucho menos de la responsabilidad civil del infractor. Existen conductas que, sin perjuicio de su ilicitud, no causan daños a los particulares, situación que se da cuando los efectos de un acuerdo restrictivo no llegan a concretarse en el mercado. En estos casos, habiéndose presentado un claro daño al interés general, podrá sancionarse administrativamente, pero no corresponderá la sanción desde el punto de vista civil.

Por último, consideramos también que aquellas operaciones de concentración económica que fueren contrarias a la LDC dan origen al derecho de indemnización por daños. Nos referimos particularmente a las concentraciones i) que fueren cerradas sin autorización, cuando ésta fuere obli-

del acreedor encuadraba en competencia desleal. Sin perjuicio de que, por mayoría, la Cámara revocó la resolución apelada, cabe aquí hacer referencia a ciertos conceptos vertidos –en consonancia y con relación al tema aquí tratado– por el voto en disidencia del Dr. Monti, que sostuvo lo siguiente: “A esta altura es preciso aclarar, aunque parezca obvio, que las conductas prohibidas por los arts. 1, 2 y 7 y otros de la citada ley 25156, tienen ese carácter para todo el derecho argentino. Sería absurdo postular lo contrario, como si un orden jurídico pudiera fragmentarse en partes totalmente aisladas unas de otras”. Manifestando, asimismo, que “por otra parte, en el examen de la cuestión planteada es preciso tomar en consideración otras normas que convergen aquí con la problemática concursal. Desde esta perspectiva, cabe recordar que la Constitución Nacional reconoce a los consumidores especialmente el derecho a la ‘protección de sus intereses económicos’, a ‘la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno’, estableciendo, con miras a la protección de tales derechos, el deber de las autoridades en orden a ‘la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados’ (art. 42). En esa directiva se halla involucrado necesariamente el interés general de la sociedad, el cual también resulta afectado cuando se despliega una maniobra que procura valerse de los medios instituidos por la ley –en el caso las reglas sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo– para una finalidad distinta de aquella que la ley misma ‘tuvo en mira’ al instituirlos, vale decir, de un modo disfuncional que nuestro ordenamiento no admite (art. 1071, CCiv.)”.

(28) Cfr. LDC, art. 3.

(29) Cfr. LDC, arts. 1 y 7.

gatoria, o ii) a los casos de incumplimiento de los condicionamientos establecidos por parte de la autoridad de competencia para autorizar una determinada concentración, o iii) por excederse en los términos en que la autoridad de competencia hubiere otorgado la autorización de la operación en cuestión. En estos casos, también habrá de acreditarse la lesión al interés privado protegido.

i) Sobre si debe existir proceso administrativo previo a la intervención judicial

Cabe aquí hacer referencia a la situación en que se presentan las respectivas acciones de daños y perjuicios, ya que variará según haya existido o no un proceso administrativo previo por el cual la CNDC/SCI (o, de constituirse, el TDC) haya resuelto conforme las disposiciones de la LDC. El art. 4 (30), ley 22262, abrogada por la LDC, establecía el requisito de haber obtenido una resolución administrativa previa por parte de la CNDC o, en su defecto, que hubiere transcurrido un plazo de al menos dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción. Esto constituía un claro freno para que los damnificados inicien acciones civiles.

La LDC eliminó dicha necesidad de accionar en sede administrativa previamente al inicio de acciones civiles en sede judicial. Consideramos que ésta ha sido una saludable reforma al sistema, eliminando el filtro por el que únicamente el organismo administrativo podía determinar si existía infracción o no al régimen de defensa de la competencia. En esta línea, los damnificados podrán optar por iniciar directamente las acciones civiles de resarcimiento de daños (“*stand alone*”), evitando así depender únicamente de los prolongados períodos de tiempo en los que la autoridad

administrativa lleva adelante las investigaciones o denuncias que ésta recibe por infracciones a las prohibiciones de la LDC (31). En esta línea, y teniendo especial consideración del carácter esencialmente económico implícito en las cuestiones *antitrust*, consideramos, asimismo, que en aquellos casos en que no hubiere resolución previa de la autoridad de competencia, los jueces que intervengan en el conocimiento de causas por indemnización de daños por ilícitos anticompetitivos podrán solicitar que expidan opinión los organismos administrativos de aplicación de la LDC.

Sin perjuicio de ello, y siempre que corresponda, consideramos también que es importante coordinar las acciones judiciales con las administrativas. En este sentido, es de plena aplicación lo dispuesto por los arts. 1101 a art. 1106, CCiv., cuando antes –o durante– el proceso judicial se iniciare la acción administrativa ante la autoridad de competencia. En consecuencia, si se hubiere iniciado la acción administrativa, no podrá dictarse condena civil hasta tanto no la hubiere en el proceso administrativo (32). Por otra parte, si hubiere condena administrativa, en el proceso civil no podrá discutirse la existencia de la infracción ni la culpa del demandado (33). Por el contrario, si hubiere absolucón administrativa, no podrá alegarse sobre la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolucón (34).

A *contrario sensu* de nuestra interpretación sobre el particular, cabe mencionar que autorizada doctrina ha considerado que no correspondería concluir que el art. 51, LDC implicaría una manifestación inequívoca del abandono definitivo al sistema del art. 4, ley 22262 (35). Esta doctrina fue recogida por la jurisprudencia de la sala C de la

(30) Ley 22262, art. 4: “Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que: a) Estuviese firme la resolución prevista en el art. 19; b) Se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el art. 24; c) Se hubiese dictado la resolución prevista en el art. 26; d) Estuviese firme la resolución prevista en el art. 30. No obstante, transcurridos dieciocho meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios. El plazo de prescripción será de dos años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente”.

(31) Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, “Derecho...”, cit., t. II, p. 389. En línea coincidente, Cabanellas agrega al respecto que la eliminación del requisito previo dispuesto por el art. 4, ley 22262 “(...) es de especial importancia a la luz de la extraordinaria resistencia que desde la sanción de la ley 25156 han presentado las autoridades administrativas a dar efectividad a las prohibiciones previstas en dicha ley”.

(32) Cfr. CCiv., art. 1101.

(33) Cfr. CCiv., art. 1102.

(34) Cfr. CCiv., art. 1103.

(35) Cassagne, Bernardo, “Derecho administrativo de defensa de la competencia: ¿Aplicación administrativa o judicial de la ley 25156? Interrogantes y planteamientos”, EDA 2003-281. Este autor menciona dos aspectos

Cámara Comercial en el voto mayoritario del caso “Equipos y Controles” (36).

Sin embargo, como anticipáramos, consideramos que la redacción de la LDC, en lo que respecta a esta cuestión, dejó de lado el requisito que exigía la necesidad de un pronunciamiento administrativo previo. De haber sido su voluntad mantener dicho requisito, el legislador así lo hubiere establecido expresamente, como lo han hecho otras legislaciones similares a la de nuestro país (37), máxime teniendo en cuenta que su antecesor expresamente lo exigía. En esta línea, coincidimos con la interpretación dada por el voto disidente en “Equipos y Controles”, que sostuvo que las sutiles prácticas orientadas a procurar una posición dominante en un mercado mediante la supresión de una competencia significativa no pueden quedar al margen de la evaluación que el juez (en este caso, el juez del concurso) debe hacer (38).

Por otra parte, y en línea con los conceptos de fondo vertidos anteriormente sobre el carácter de las normas de la LDC, agregamos en lo que respecta a este tema particular que las transgresiones a las disposiciones de la LDC traen aparejada la nulidad de dichos actos, acuerdos o conductas y, por ende, podrían articularse directamente ante la jurisdicción ordinaria. Esta interpretación, es consecuencia necesaria del precepto general establecido en el art. 18 (39) de nuestro Código Civil, que dispone la nulidad de los actos y negocios jurídicos contrarios a las normas imperativas (40).

Además de los motivos fundamentales ya mencionados, no deben dejar de tenerse en cuenta al menos dos razones adicionales no menores que son bien propias de la idiosincrasia de nuestra sociedad. Una de ellas, el escándalo jurídico de no haberse constituido todavía el TDC (41), a

para fundamentar dicho entendimiento. Por un lado, la lógica del correcto funcionamiento del principio de división de poderes, haciendo referencia a lo dispuesto desde sus orígenes por parte de la Corte Suprema con relación a que, siendo dicho principio de “la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue, forzosamente que las atribuciones de cada uno le son particulares y exclusivas pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes públicos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”. Como segundo aspecto de su fundamento, considera que –aun cuando un reclamo suponga la existencia de una lesión a un interés particular–, al tener el reclamo causa en una conducta anticompetitiva, exige determinar si dicha conducta puede, además, generar perjuicios al interés económico general, determinación que únicamente correspondería, según esta interpretación, al organismo administrativo, en este caso al TDC.

(36) C. Nac. Com., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles S.A s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, ED del 1/12/2003, ps. 9 y ss.

(37) Cabe mencionar aquí el caso de Chile, que, mediante una modificación a su régimen legal, incorporó el requisito de que el juez civil que conociere en casos de daños por ilícitos anticompetitivos deberá resolver sobre la base de la sentencia que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Paradójicamente, a la fecha de dicha modificación, en Chile había tenido lugar únicamente una sola sentencia condenatoria por perjuicios provocados por atentados a la libre competencia (situación similar a la de nuestro país a la fecha de redactar el presente trabajo). Ello denota que hasta entonces existía en dicho país un claro desincentivo para demandar indemnizaciones por este tipo de daños, con evidentes complicaciones procesales. Para un mayor abundamiento sobre este tema particular, remitirse a Lewin Muñoz, Nicolás, “Indemnización...”, cit., ps. 44 y ss.

(38) C. Nac. Com., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles S.A s/concurso preventivo s/incidente de apelación”, ED del 1/12/2003; voto del Dr. José L. Monti, quien agrega sobre la misma cuestión, y basándose en cierta doctrina española, que la nulidad de los actos en infracción de la LDC puedan ser requeridos directamente ante jurisdicción ordinaria, sin necesidad de agotar la vía administrativa.

(39) CCiv., art. 18: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

(40) Uría Fernández, Francisco, “Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la ley 52/1999”, Anuario de Competencia 1999, Madrid-Barcelona, 2000, ps. 171 y ss. Este autor aporta valiosos conceptos y llega a la misma conclusión, aplicada al caso de España, que en este sentido cuenta con una configuración legal semejante a la de nuestro país.

(41) Ha habido varios antecedentes jurisprudenciales que hicieron referencia a esta situación. Por nombrar algunos:

– C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 16/4/2007, en el fallo “Multicanal”, al analizar y resolver respecto a si la CNDC tenía facultades de dictar medidas cautelares, sostuvo que ello no surge ni del art. 35 ni del art. 58 LDC,

tantos años de la sanción de la LDC. Es indudable que la CNDC/SCI, órgano de aplicación de la vieja ley 22262 y dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, carece de las facultades e independencia que el legislador de 1999 quiso otorgar a un órgano de las características diseñadas para el TDC (42). Asimismo, debe destacarse que el legislador ha querido mantener en funciones a la CNDC/SCI (43) con carácter meramente transitorio y hasta tanto se ponga en funcionamiento el TDC, situación que se ha tornado en permanen-

te, constituyéndose ésta en una violación palmaria de esta manda por parte de cada uno de los Poderes Ejecutivos sucesivos posteriores a la sanción de la LDC. Asimismo, se suma otro factor, que por cierto se ha ido agravando año tras año, relativo a los tiempos por demás extensos en los que la CNDC/SCI toma conocimiento y resuelve denuncias, investigaciones de mercado y/o concentraciones. Estos tiempos, que en muchos casos llegan a ser de varios años –por ejemplo, en casos de concentraciones (44)– y en otros pare-

concluyendo que “hasta que se constituya el TNDC, el dictado de medidas cautelares encuentra cobertura sólo en el recordado art. 24, inc. m), LDC, según el cual se podrá solicitar al juez competente las medidas cautelares que se estimen pertinentes... no puede admitirse que en el procedimiento administrativo el órgano administrativo –por falta de constitución del TNDC– resulte al mismo tiempo parte y juez dentro de una misma causa. Pretender que el órgano administrativo cuenta con facultades jurisdiccionales y puede emitir medidas cautelares atenta contra el principio republicano de separación de poderes, y el ente que lo hiciera incurriría en exceso de poder”.

– C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 27/7/2009, en el caso “Telefónica/Telecom”, sostuvo un criterio similar al de la sala 2ª en “Multicanal”: que “...facultad... art. 35, LDC... es atribuida a un tribunal administrativo que todavía no fue constituido y que cuenta con ciertas garantías de independencia en cuanto a su constitución y funcionamiento”.

– C. Nac. Penal Económico, sala A, el 21/10/2009, también en el marco de “Telefónica/Telecom” sostuvo que “... el ejercicio de una función judicial por parte de un organismo del PE..., transgrede la disposición del art. 109, CN (...) la mora incurrida en la integración del tribunal administrativo constituye un “escándalo jurídico”.

– C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 19/2/2010, en el caso “Cablevisión S.A.” sostuvo que “de acuerdo con el criterio fijado por la sala en otras causas, la CNDC no tendría facultades para dictar medidas cautelares en los términos del art. 35, LDC (conf. ‘Telecom Italia SpA y otro’) (...). La CNDC no ha recibido todas las atribuciones que la ley 25156 pone en cabeza del TNDC”. Agregando que “esta Cámara ha destacado recientemente la omisión incurrida por el Poder Ejecutivo en constituir el TNDC –superior a los diez años–, razón por la cual puso dicha circunstancia en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de que se consideren medidas o gestiones que estime pertinentes, destinadas a favorecer la constitución del mentado tribunal (conf. acordada 16/2009, del 2/12/2009). Del mismo modo, la sala A de la C. Nac. Penal Económico cursó una comunicación al Alto Tribunal de similar tenor (conf. “Telefónica de España, Olimpia y otros”).

– C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 25/2/2010, en autos “Direct TV”, insiste en recalcar la obligación de constituir el TNDC.

(42) La autarquía del TDC fue una de las cuestiones que mayor aprobación tuvo en el Congreso de la Nación al discutirse la sanción de la LDC. Asimismo, uno de los puntos más criticados durante dicho debate fue casualmente la falta de independencia del anterior órgano constituido bajo la antecesora ley 22262. Más allá de los antecedentes parlamentarios abundantes, que son fructíferos para interpretar cabalmente la intención del legislador, basta con analizar detenidamente los términos del art. 18, LDC, para concluir que no quedan dudas respecto de la intención de dotar al TDC de una independencia de criterio del Poder Ejecutivo Nacional del que, por razones naturales, careció y carecerá la CNDC/SCI. Dicho art. 18 dispone: “El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia estará integrado por siete miembros con suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, de los cuales dos por lo menos serán abogados y otros dos profesionales en ciencias económicas, todos ellos con más de cinco años en el ejercicio de la profesión. Los miembros del tribunal tendrán dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente”.

(43) LDC, art. 58: “Derógase la ley 22262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Constituido el tribunal las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas”.

(44) Greco, E.; Petrecolla, D.; Romero, C. y Romero Gómez, E., “El control de fusiones y adquisiciones en Argentina (1999-2011): indicadores de desempeño”, Estudio, GPR Economía, septiembre de 2012, publicado en www.mpra.ub.uni-muenchen.de/41890.

cieran no recibir tratamiento alguno por parte de la CNDC/SCI –como en casos de denuncias, cuya sustanciación y tramitación se prolongan indefinidamente en el tiempo–, agravan la situación de aquellos potenciales damnificados por conductas ilícitas anticompetitivas, si fuera requisito *si-ne qua non* el de tener que contar con resolución administrativa previa a la presentación judicial civil por resarcimiento de daños.

Estas cuestiones adicionales apuntalan los fundamentos de fondo previamente desarrollados e indican que en nuestro país es importante que el Estado no prive a los particulares de un sistema eficaz de protección de sus derechos e intereses.

Ahora bien, si como hemos dicho, la eliminación del filtro administrativo establecido por la ley anterior a la LDC es saludable, consideramos que, independientemente de esta cuestión, el legislador también podría haberle otorgando expresamente mayor fuerza a las resoluciones que dicte el TDC.

Es decir, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar las acciones civiles sin necesidad del procedi-

miento administrativo previo, en aquellos casos en los que el TDC hubiere efectivamente conocido y resuelto en una causa relativa a ilícitos anticompetitivos que fueran objeto de una acción civil, la LDC podría otorgar a las resoluciones del TDC una función decididamente asimilable a la cosa juzgada, a los fines de que éstas puedan luego servir de base a los jueces y a las partes del proceso (nos referimos aquí a las “*follow-on actions*” del derecho comparado) (45). Esto, además de aligerar la carga de la prueba de las víctimas, permitiría, además, que los procesos tramiten no ya por la vía ordinaria –como sucede actualmente–, sino de modo más expedito por la vía sumaria. Esto es propuesto por la Comisión Europea (46) en cuestión análoga a la aquí mencionada, mediante los alcances que sobre el particular establece la Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust* (47).

Sobre el particular, cabe destacar lo dispuesto por la jueza en el caso “AutoGas”, que sostuvo que no analizaría las conductas anticompetitivas que se le imputaban a YPF, dado que ellas ya habían sido analizadas y sancionadas por la CNDC y ratificadas por la Corte Sup. En consecuencia, consideró

(45) Komninos, Assimakis, “Private enforcement: An overview of EU and national case law”, prólogo al Número Especial de e-Competitions, nro. 44442, www.concurrences.com. Este autor, sobre el tema de las *follow on actions*, menciona en que, a nivel general, en Europa, “un análisis comparativo de las leyes nacionales de competencia muestran que si bien una decisión previa de la autoridad administrativa podría ser utilizada por tribunales y litigantes para establecer y probar ciertos hechos, en las acciones civiles *follow-on*, dicha decisión previa administrativa normalmente no adquiere el estatus de autoridad vinculante, aunque sí podría considerarse autoridad persuasiva. Sin embargo, algunos Estados miembro han introducido la regla por la que los tribunales civiles están obligados por las decisiones finales de las autoridades nacionales de competencia en acciones *follow-on* de determinación de daños” (la traducción es libre del autor).

(46) A la fecha, los países cuyo sistema dispone el efecto vinculante para los jueces civiles de las resoluciones de la autoridad de competencia son: Reino Unido (arts. 58A y 47A del UK Competition Act 1998), Alemania –art. 33.4. del GWB (i.e. Ley Alemana de Competencia)–, Hungría –art. 88/B.6. de la ley húngara de Competencia–, Polonia (conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de dicho país). Por el contrario, en ciertos países de Europa existe todavía cierto rechazo a aceptar el efecto vinculante de las decisiones de la autoridad administrativa, como, p. ej., España (sobre el particular, véase Ibáñez Colomo, Pablo, “A Spanish Court refuses to qualify a contract as a resale agreement and holds that the qualification given by ‘administrative bodies’ to similar agreements is not binding upon national Courts (Melón/Repsol)”, e-Competitions, nro. 171, 7/7/2004).

(47) Véase “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (2013/C 167/07), Diario Oficial de la Unión Europea, C. 167/19, Estrasburgo, 11/6/2013: “De conformidad con el artículo 16, apartado 1, del reglamento 1/2003, las decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud del art. 101 o 102 del Tratado tienen efecto probatorio en demandas posteriores por daños y perjuicios, ya que un órgano jurisdiccional nacional no puede adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con dichas decisiones de la Comisión 46. *Es conveniente otorgar un efecto similar a las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia (o por un órgano jurisdiccional nacional de revisión)*. Si ya se ha adoptado una resolución de infracción y ha adquirido carácter firme, la posibilidad de que la empresa infractora volviese a plantear las mismas cuestiones en posteriores reclamaciones por daños sería ineficiente, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a costes innecesarios para todas las partes implicadas y el poder judicial” (el destacado nos pertenece).

que el hecho ya se encontraba probado y que él se había llevado a cabo con dolo (48).

2.- Imputabilidad del incumplimiento del deudor

Se ha definido a la imputabilidad como “la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que pueda soportar sus consecuencias” (49). Es decir, este presupuesto de responsabilidad requiere la existencia de un fundamento de imputación del comportamiento ilícito al presunto responsable.

Como hemos mencionado, la prueba del ilícito *antitrust* puede resultar para la víctima del daño una tarea muy compleja, cuando no imposible, ya que en muchos casos no existen pruebas fehacientes que permitan acreditar la existencia del ilícito.

Así las cosas, cuando no hubiere resolución del TDC y en línea con lo escuetamente dispuesto por el art. 51, LDC, la víctima del daño producido por un ilícito anticompetitivo habrá de acreditar en sede judicial la imputabilidad del presunto infractor sobre dicho ilícito, sobre la base de las normas del derecho común en lo que refieren a responsabilidad extracontractual o aquiliana. Es decir, habrá que acreditar que la conducta del infractor sea pasible de reproche por no haber cumplido deliberadamente (dolo) o bien por haber omitido las diligencias necesarias para hacerlo (culpa).

Tratándose de establecer la extensión de la responsabilidad del infractor, será indispensable considerar i) la magnitud del daño causado por él, ii) la proporción en que pueda atribuírsele a éste o a otros factores y iii) la medida en que sea justa conforme a su culpa o dolo imputarle el daño que ha causado.

El Código Civil adopta en este aspecto el criterio de la previsibilidad –entendiendo por tal el de-

ber genérico de obrar con pleno conocimiento de las cosas– y la efectiva previsión –siendo éste el acto intelectual y concreto de visión anticipada–. En consecuencia, podrá haber imputación de la consecuencia y responsabilidad del sujeto tanto cuando i) el infractor haya actuado previendo la consecuencia dañosa e, igualmente, obrado (dolo); como cuando ii) el infractor no previó la consecuencia pero pudo haberla previsto (culpa).

Ahora bien, la extensión de la responsabilidad en el caso de conductas anticompetitivas culposas, además de extenderse a las personas dañadas directa e indirectamente (50), únicamente tendrá lugar con relación a las consecuencias inmediatas y mediatas, cuando estas últimas fueren previstas o previsibles (51). En caso de dolo, además de las consecuencias mencionadas para el caso de conductas culposas, también podrán llegar a ser imputables las consecuencias casuales (52). Corresponde a la víctima de la infracción presuntamente dolosa probar dicho dolo de modo tal de producir una convicción segura al respecto, ya que cualquier duda al respecto habrá de interpretarse a favor del infractor y resolverse en el sentido de la ausencia de dolo.

Como ejemplo de consecuencias inmediatas, podemos mencionar la exclusión de competidores –producida como consecuencia de prácticas predatorias– o los precios más altos que deberán pagar los compradores –como consecuencia de abuso de posición dominante–. Serían consecuencias mediatas previstas o previsibles, por ejemplo, los perjuicios a proveedores o empleados de competidores excluidos.

Por último, en este aspecto cabe mencionar que, si bien las normas del Código Civil que mencionamos se refieren fundamentalmente al deudor o infractor, su ámbito de aplicación alcanza en igual medida al acreedor moroso, es decir, a la víctima del ilícito anticompetitivo, en nuestro caso, cuan-

(48) Cfr. “Auto Gas”, consid. II, punto 1: “Para lo cual resulta necesario recordar que en lo concerniente al abuso de posición dominante, tal aspecto ha quedado definitivamente decidido. Ello en atención al dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluyó con la sanción impuesta a YPF SA por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería mediante la res. 189/1999 (Anexo V de la demanda). Que mereció total acogimiento por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en el fallo del 24/11/2000 (Anexo VI de la demanda) confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

(49) Florian, E., “*Trattato de Diritto Penale*”, vol. I, p.1, nro. 179.

(50) Cfr. CCiv., art. 1079.

(51) Cfr. CCiv., arts. 903 y 904.

(52) Cfr. CCiv. art. 905.

do ésta tuviere algún grado de culpa en su actuar (53). En consecuencia, la culpa de la víctima podría influir en el grado de daños e intereses que corresponda ser indemnizados por el autor del ilícito anticompetitivo, pudiendo inclusive llegar a hacer desaparecer la responsabilidad si los daños pudieran llegar a considerarse imputables a las propias víctimas.

Sin perjuicio de lo expuesto aquí sobre la imputabilidad como segundo presupuesto de responsabilidad, nada impide que bajo el régimen legal vigente de la LDC los jueces otorguen a las resoluciones de la autoridad administrativa de competencia valor probatorio, considerando que éstas identifican el ilícito y determinan la culpabilidad de los infractores correspondientes (54). En estos casos, las víctimas deberán concentrarse fundamentalmente en acreditar el daño y la relación causal del ilícito anticompetitivo con el daño padecido.

Asimismo, y en línea con lo mencionado precedentemente (pto. IV.b.1.i), si se modificare la LDC a los efectos de otorgar a las resoluciones dictadas por el TDC, función prejudicial de cosa juzgada, el juez civil deberá resolver teniendo como base la resolución firme emanada del TDC (“follow-on actions”). De esta forma, el juez civil fundaría su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica que resulten de la sentencia de-

finitiva del TDC y, en consecuencia, no habría necesidad de discutir nuevamente dichos extremos en sede judicial. Por otra parte, como mencionáramos anteriormente, esto permitiría incorporar al sistema legal argentino una vía más expedita, como el juicio sumario, ahorrando tiempos y recursos para las partes del proceso (55).

No obstante, consideramos que la implementación de un sistema de esta naturaleza debe tener lugar con posterioridad a la constitución y puesta en funcionamiento del TDC y a la consolidación del sistema judicial de aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Por último, cabe destacar que en este sentido la Comisión Europea ha considerado reiteradamente que el presupuesto de culpabilidad constituye un obstáculo que dificulta el ejercicio de las acciones de daños derivadas de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”). En la mayoría de los Estados Miembros de la UE, la imputabilidad no constituye un presupuesto adicional que deba ser probado en acciones de daños por violación a la normativa de defensa de la competencia, sea porque basta con acreditar la infracción o porque, probada la infracción, existe presunción de culpabilidad. La Comisión Europea considera que la culpabilidad debe ir implícita en el presupuesto de la ilicitud, ya que exigir la prueba de la culpabilidad

(53) Cfr. CCiv, art. 1111, que dice: “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”.

(54) Conf. Juzg. Nac. Com. n. 14, Secretaría n. 27, 16/9/2009, “Auto Gas S.A v. YPF S.A y otro s/ordinario”. En el cap. II, punto 1, de los considerandos del fallo, el juez sostuvo que resultaba “necesario recordar que en lo concerniente al abuso de posición dominante, tal aspecto ha quedado definitivamente decidido. Ello en atención al dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluyó con la sanción impuesta a YPF SA por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería mediante la resolución 189/1999 (Anexo V de la demanda). Que mereció total acogimiento por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en fallo del 24/11/2000 (Anexo VI de la demanda) confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

(55) La propuesta mencionada en este párrafo es, en cierta forma, muy similar a cómo funciona hoy día el sistema en cuestión en Chile, desde la reforma de 2003 a través de la ley 19911. Por medio de dicha reforma, se modificó el art. 30, dec.-ley 211, incluyendo en la ley chilena de defensa de la competencia una materia que con anterioridad se encontraba regulada de modo semejante al actual régimen legal argentino (es decir, se regulaba únicamente de acuerdo a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual). El nuevo art. 30, dec.-ley 211, estableció un procedimiento especial sumario ante juzgados civiles para conocer las acciones de indemnización por daños producidos por ilícitos *antitrust*. El art. 30 mencionado dice: “La acción de ley 19911 indemnización de perjuicios a que art. 1º haya lugar, con motivo de la dictación 6 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del tít. XI del Código de Procedimiento Civil. El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”. Para un mayor análisis sobre el particular, consultar Lewin Muñoz, Nicolás, “Indemnización...”, cit., ps. 44 y ss.

dificulta sobremanera el ejercicio de las acciones de daños en la materia (56).

3.- Daño sufrido por el acreedor

El tercer presupuesto de la responsabilidad del deudor lo constituye el daño sufrido por el acreedor. Si la infracción o incumplimiento no se traduce en un perjuicio para el acreedor, en nuestro caso la víctima del ilícito anticompetitivo, éste no puede pretender la indemnización de un daño inexistente, ya que estaríamos ante un enriquecimiento sin causa, por falta de título para su obtención (57).

i) El daño concurrencial general y el daño concurrencial particular

En primer orden, es necesario diferenciar claramente entre los daños a la competencia o concurrenciales generales, entendiéndolos como aquellos que afectan a la libre competencia y, en sentido estricto, al interés público de los daños concurrenciales particulares o privados, que son los que se producen como consecuencia de un comportamiento contra la libre competencia, pero que tienen impacto en el patrimonio o en los derechos personales de uno o varios operadores económicos.

En este sentido, existen daños anticompetitivos que podrían no afectar intereses personales, por lo que a ellos corresponderá aplicarles principal-

mente sanciones de naturaleza administrativa. Tal el caso de acuerdos restrictivos de la competencia pero que no lleguen a materializarse en el mercado y, en consecuencia, no produzcan un daño particular. Esta conclusión deriva de lo que autorizada doctrina ha sostenido tradicionalmente en el marco del régimen legal argentino respecto de que, entendiéndose por daño a un perjuicio actual, susceptible de dar nacimiento a una acción de daños y perjuicios, es obvio que puede haber hecho ilícito sin daño (58). Lo hay siempre que el hecho no dé nacimiento a una acción de daños y perjuicios, aunque sí a otras acciones protectoras de intereses legítimos.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, ante un ilícito anticompetitivo, se afectará tanto el comportamiento general del mercado como los derechos particulares de ciertos competidores o consumidores. En estos casos, serán aplicables tanto las sanciones administrativas (siendo éste el “*enforcement*” o ejecución pública de las normas de competencia) como las sanciones civiles (el “*enforcement*” privado), requiriéndose, en consecuencia, una suerte de aplicación coordinada de la ejecución pública y privada de las normas de defensa de la competencia.

I. Daño concurrencial general

Los ilícitos en materia de defensa de la competencia pueden ocasionar una pérdida del bienestar social, como así también derivar en la uti-

(56) Véase, “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (2013/C 167/07), Diario Oficial de la Unión Europea, C. 167/19, Estrasburgo, 11/6/2013. Esta propuesta de la CE dispone expresamente lo siguiente sobre esta cuestión: “La constatación de una infracción de las normas de competencia, la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones de la normativa *antitrust* y la acreditación del vínculo de causalidad entre la infracción y el perjuicio sufrido suelen requerir un análisis factual y económico complejo. La mayor parte de los medios de prueba pertinentes que el demandante necesitará para acreditar los hechos se encuentra en posesión del demandado o de terceros y no suele ser conocida o estar al alcance del demandante (‘asimetría de la información’). Es un hecho ampliamente reconocido que la dificultad del demandante para obtener todas las pruebas necesarias constituye en muchos Estados miembros uno de los obstáculos más importantes en las demandas por daños y perjuicios en asuntos de competencia”.

(57) Como veremos más adelante, esta situación podría darse en materia de ilícitos *antitrust*, ya que –como hemos visto– el régimen legal argentino en materia de responsabilidad extracontractual alcanza no sólo a los damnificados directos (como sería en los EE.UU.), sino también a los damnificados indirectos (de modo similar al régimen de Europa). En estos casos, al considerar la cuestión del “*passing-on defense*”, analizaremos las particularidades del caso, teniendo en cuenta que la contracara de admitir la legitimación activa a los damnificados indirectos trae aparejada la posibilidad de que los demandados puedan también oponer la defensa de que estos damnificados, sean directos o indirectos, han trasladado los efectos del ilícito a terceros. Lo contrario implicaría crear una fuente de beneficios para los damnificados.

(58) Borda, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones”, t. II, 2ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, p. 224.

lización ineficiente de recursos. Esta pérdida se refleja en la reducción de producción de bienes, siendo entonces la cantidad producida inferior a la que sería óptima en condiciones de competencia perfecta. Esta reducción tiene como consecuencia necesaria la de soportar mayores precios de los bienes del mercado en cuestión (59).

La pérdida del bienestar social se da por la pérdida del excedente del consumidor que se daría en situaciones de competencia perfecta, donde el precio de equilibrio estaría determinado por la intersección de la curva del costo marginal del productor y la curva de la demanda en el mercado respectivo. Asimismo, puede existir un sobreprecio, ya que el monopolista producirá cantidades de bienes que le permitan igualar su costo marginal al ingreso marginal, cobrando el precio en que dicha cantidad producida corta la demanda (60).

Esta pérdida del bienestar social no podrá atribuirse a una persona determinada, por lo que tampoco sería posible considerar su reparación por las vías de la responsabilidad civil del derecho común. Por ello, el daño concurrencial o anticompetitivo general otorga al derecho de defensa de la competencia su carácter de norma de orden público, fundamento necesario de las sanciones particulares previstas bajo la LDC, que serán distintas de las que pudieren corresponder bajo la indemnización de daños de conformidad con el régimen del derecho común.

El capítulo VII de la LDC (61) establece las sanciones aplicables por violaciones a las conductas prohibidas por ella. Estas sanciones son propias del derecho penal administrativo, aplicándose a éstas todas las garantías propias del derecho penal. Dichas medidas van desde el cese de los actos o conductas y la remoción de sus efectos, a la imposición de multas, el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas. Todas estas sanciones, establece la misma disposición legal, se aplicarán sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.

II. Daño concurrencial particular

Adicionalmente a las sanciones mencionadas, que están destinadas principalmente a la corrección, sanción y prevención de los atentados contra la libre competencia, tal como hemos analizado previamente, la LDC prevé la posibilidad de que los particulares damnificados por los actos prohibidos por dicha ley ejerzan la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, conforme las normas de derecho común, ante el juez competente (62).

Esta última disposición es acorde con el principio general del derecho que indica que todo daño injustamente ocasionado a otra persona debe ser indemnizado. Este principio ha sido expresamente reconocido en el art. 1077 (63) del Código

(59) Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., "Microeconomía", Tercera Parte, "La estructura del mercado y la estrategia competitiva", secc. 10.4, "Los costes sociales y el poder de monopolio".

(60) Lewin, Nicolás, "Indemnización...", cit., p. 47.

(61) LDC, art. 46: "Las personas físicas o de existencia ideal que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones: a) El cese de los actos o conductas previstas en los caps. I y II y, en su caso la remoción de sus efectos; b) Los que realicen los actos prohibidos en los caps. I y II y en el art. 13 del cap. III, serán sancionados con una multa de \$ 10.000 hasta \$ 150.000.000, que se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán. c) Sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder, cuando se verifiquen actos que constituyan abuso de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de esta ley, el tribunal podrá imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas; d) Los que no cumplan con lo dispuesto en los arts. 8, 35 y 36 serán pasibles de una multa de hasta \$ 1.000.000 diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención. Ello sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder".

(62) Conf. LDC, art. 51.

(63) CCiv, art. 1077: "Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona".

Civil y es de plena aplicación en materia de daños producidos en el ámbito de defensa de la competencia.

Es importante distinguir que los ilícitos anticompetitivos pueden producir daños en un competidor puntual, de los que producen efectos sobre los derechos de un conjunto de personas, terceros ajenos a la relación de competencia, con quienes el infractor no tiene relación alguna (64). Asimismo, puede incluso llegar a producir efectos sobre consumidores o usuarios de servicios o productos que desarrollan su actividad en el mismo mercado o en mercados conexos. Por último, debe también considerarse que la conducta anticompetitiva puede llegar a producir efectos en mercados geográficos y de productos muy distantes, teniendo en muchos casos impacto en distintas jurisdicciones nacionales (65).

En este sentido, entendemos por daño concurrencial particular al menoscabo que experimenta la víctima de un ilícito anticompetitivo sobre su patrimonio, a causa del incumplimiento del infractor. El daño estaría conformado así por dos elementos: i) *el daño emergente*, que está constituido por la pérdida sufrida por la falta de ingreso de la prestación debida a su patrimonio; y ii) *el lucro cesante*, que correspondería a la ganancia frustrada por el incumplimiento del deudor.

Así, la indemnización de daños por ilícitos anticompetitivos consistirá en la valuación en dinero de la totalidad del daño resarcible que el responsable del ilícito deberá satisfacer a favor de la víctima. Con fundamento en el imperativo de justicia, el objetivo principal de esta indemnización consiste, entonces, en intentar remediar el desequilibrio causado al orden jurídico por parte del

incumplimiento del infractor y restablecer a la víctima en la situación patrimonial más próxima a la que debió haber tenido de no mediar el hecho imputado al responsable del acto contrario al orden de la libre competencia (función de equilibrio o nivelación). Asimismo, para que el daño en cuestión sea resarcible, deberán darse los típicos requisitos exigibles en materia de responsabilidad civil. Es decir que el daño deberá ser *cierto* (y no eventual), *subsistir* al momento en que se lo computa, *personal* de quien pretende la indemnización, afectar un *interés legítimo* del damnificado y estar en *relación causal* con el hecho imputado al responsable. Cabe hacer hincapié que en el marco concurrencial privado, los daños deben ser necesariamente *antijurídicos*, ya que muchos de los daños que se dan en el ámbito *antitrust* pueden ser lícitos. Es decir, pueden producirse daños que se produzcan por el normal funcionamiento de la libre competencia en el mercado que, en consecuencia, deberán ser soportados y no serían indemnizables (66).

i) A propósito del instituto de los daños punitivos

Siguiendo los principios de la responsabilidad civil extracontractual, entre los caracteres de la indemnización –además de ser subsidiaria y pecuniaria–, en el marco del presente trabajo debe resaltarse que, conforme el régimen jurídico argentino, la indemnización ha de ser principalmente resarcitoria. Sin embargo, consideramos que nada obsta a que, en su reclamo judicial por daños, el damnificado por ilícitos anticompetitivos peticione expresamente ante el juez que se le imponga al infractor una sanción de la naturaleza de los daños punitivos (67) dispuestos bajo el art. 52 bis (68), ley 24240 de Defensa del Consumidor.

(64) P. ej., en el caso de un acuerdo de precios en el que se afectó a un productor concreto, pero también produce daños en distribuidores, que ven afectado su negocio como consecuencia del acuerdo restrictivo mencionado.

(65) Por ejemplo, el caso del cartel de las líneas aéreas de cargo que fueran sancionadas por las autoridades de competencia de varias jurisdicciones (EE.UU. y Europa, entre otras), habiéndose luego iniciado acciones de daños por particulares afectados también en distintas jurisdicciones.

(66) En otras palabras, la pérdida de *market share* en un determinado mercado, la reducción de ventas, la pérdida de clientes o casos similares a éstos que se produzcan como consecuencia de estrategias lícitas de competidores o por el ingreso de nuevos jugadores al mercado o por otras situaciones lícitas, no constituyen daños injustos y, por ende, no legitima a aquéllos a reclamar por daños.

(67) Lorenzetti, Ricardo L., “La responsabilidad civil”, LLP 2002-1302. En este trabajo, Lorenzetti sostiene que una de las funciones principales de la responsabilidad civil es la función preventiva, que se cumple por medio de la tutela inhibitoria y que incluye, entre otros institutos, a los daños punitivos.

(68) Ley 24.240, art. 52 bis: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento

El daño punitivo es una especie de multa civil accesoria, que se añade a la indemnización por daños –siendo ésta de carácter resarcitorio–, aplicada en beneficio del damnificado, con la finalidad de castigar al proveedor que incurra en graves inconductas y el objetivo último de cumplir un fin disuasorio para quien causa o pudiere causar daño (69). Es decir, son aquellos que se conceden a la víctima de un daño más allá del efectivamente sufrido, que se otorgan además del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y del daño extrapatrimonial (daño moral) (70).

Sin querer ahondar en el análisis de este instituto, ya que ello excedería ampliamente el objeto de este trabajo, debemos mencionar brevemente que este instituto está en pleno desarrollo y en el centro del debate actualmente en nuestro país (71). En este sentido, algunos han sostenido su inconstitucionalidad (72), sobre la base de que él violaría ciertas garantías constitucionales (p. ej., el derecho del *non bis in idem*) y que, en rigor –tratándose de una sanción retributiva–, debería ser encuadrado dentro de las garantías y principios del derecho penal para los delitos y las penas. Anticipamos nuestra opinión respecto de que el instituto nos parece constitucional (siguiendo el ejemplo anterior, no se violaría el derecho del *non bis in idem*, ya que el daño punitivo sería una condena accesoria de la principal), amén de considerar que nuestro legislador ya ha admitido otros institutos similares que tienen por objetivo evitar que quien produce un daño obtenga ventajas de su ilicitud (73). Sin embargo, consideramos que habiéndose ya admitido este instituto en nuestro régimen legal, es más oportuno

aplicar los esfuerzos en lograr que él se legisle óptimamente, para lo que habrá de determinarse si haber incluido este instituto bajo el sistema de defensa del consumidor en lugar de en el marco de la responsabilidad civil en general, determinar las garantías necesarias a los demandados, cómo se gradúa la multa civil, el destino de la sanción y otras cuestiones, a los fines de evitar el abuso de esta figura.

Dicho esto, consideramos que, a los efectos del presente trabajo, este instituto se presenta como una herramienta de indudable valor para reforzar la disuasión sobre potenciales infractores a la LDC, limitar los abusos de ciertas empresas y, en especial, evitar las situaciones en las que parecería más económico realizar el daño y luego indemnizarlo, antes que evitarlo directamente.

En este sentido, creemos que habrá que acreditarse la conjunción de los tres elementos principales que exige el art. 52 bis, ley 24240 de Defensa del Consumidor para la aplicación de esta herramienta en el contexto de acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, es decir, que exista: i) una relación de consumo, ii) un proveedor que incumple con su obligación legal o contractual, y iii) un consumidor damnificado. A la luz de estos tres elementos, y habiendo el damnificado reclamado previa y expresamente los daños punitivos, deberá el juez interviniente considerar si se acoge favorablemente a dicha petición.

ii) Métodos de cuantificación del daño

De conformidad a lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, la responsabilidad civil tiene por objeto reestablecer las cosas al estado anterior al

responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley”.

(69) Vítolo, Daniel R., “Sanciones pecuniarias disuasivas”, LL del 4/9/2013, p. 2. En su trabajo, este autor presenta una definición similar sobre el instituto, realiza un valioso análisis introductorio a los daños punitivos, analiza detalladamente el texto actual del art. 52 bis, ley 24140 de Defensa del Consumidor, y realiza una crítica fundada sobre las virtudes y defectos de las nuevas propuestas presentadas en esta materia en el Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio.

(70) Sánchez Costa, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL del 20/7/2009, p. 2.

(71) Para un análisis más profundo de este instituto, ver López Herrera, Edgardo, “Los daños punitivos”, 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en “Derecho de daños”, 2ª parte, libro Homenaje al Profesor Félix A. Trigo Represas, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

(72) Picasso, Sebastián, “Sobre los denominados daños punitivos”, LL 2007-F-1154.

(73) Por nombrar algunos ejemplos, tenemos en nuestra legislación la posibilidad de pactar cláusulas penales (art. 656, CCiv.), las astreintes (art. 666 bis, CCiv.), los intereses punitivos o sancionatorios (art. 622, párr. 2, CCiv.; art. 565, CCom.; art. 45, CPCCN).

daño o, al menos, a una situación lo más similar posible a la que hubiere estado el damnificado de no haber tenido lugar el daño en cuestión (74). Cuando ello no fuere posible, y con la misma finalidad en mente, en casos de defensa de la competencia habrá de fijarse una indemnización mediante sumas de dinero que permitan al damnificado volver a la situación en la que hubiere estado de no haber mediado el acto anticompetitivo que originó el daño.

Es decir, comprobándose la existencia del daño, habrá de determinarse seguidamente cuál es el *quantum* de ese daño, a los efectos obtener una reparación acorde.

La complejidad en la cuantificación de los perjuicios en los casos de defensa de la competencia se ve aumentada por la cantidad de personas que pueden resultar perjudicadas y que podrían ser titulares de la acción de indemnización de perjuicios. Conforme hemos analizado precedentemente en este trabajo, los perjudicados pueden ser varios.

En relación al *daño emergente*, el mayor desafío que encontrará el juzgador será el de determinar la forma en que los mayores costos, producidos por el acto ilícito, son traspasados entre los distintos actores, debiendo plantearse el escenario en que cada uno de los agentes económicos se desenvolvería si no hubiese existido el ilícito anticompetitivo.

Por otra parte, la dificultad que se presenta para la determinación del *lucro cesante* es la diversidad de factores que pueden influir en un resultado económico, la que puede verse aumentada en ciertos casos por la salida del mercado por parte de la víctima. Para estos efectos, existe un gran número de métodos empíricos utilizados en el derecho comparado para cuantificar daños causados por un cartel, los que, en principio, no son excluyentes entre sí.

Previo a ello, vale también aclarar que, dado que no existen disposiciones legales que indiquen la prevalencia de un método sobre otro (más aún cuando entre ellos podrían sobreponerse, complementarse o emplearse a los efectos de contrastar los resultados de su aplicación práctica), será el juez interviniente en el caso puntual quien deberá valorar la utilidad y la fiabilidad de cada uno de estos métodos según su criterio.

Sin pretender realizar una descripción acabada de cada uno de estos métodos, lo que excedería por demás el objeto de este trabajo, mencionaremos algunos de los principales, siguiendo la categorización del Reporte Ashurst –2004– (75), ya que pareciera estar de acuerdo con la terminología más comúnmente aceptada por los economistas y especialistas en la materia (76):

– El método *before and after approach* consiste en hacer un estudio comparativo de la situación de la empresa víctima antes y después de la conducta restrictiva y, concretamente, en establecer los precios aplicados antes y después del daño, a efectos de establecer el nivel adecuado que tendrían los precios en un escenario sin infracción o de competencia perfecta. La principal dificultad de este método es la de establecer el período exacto de duración del cartel en cuestión.

– El *yardstick approach* consiste en comparar el mercado afectado (del cual forma parte la víctima) con otro u otros mercados similares no afectados (o, alternativamente, con empresas competidoras similares), a fin de identificar las condiciones que se han alterado como consecuencia de la conducta restrictiva.

Esto permitiría establecer las condiciones que tendría la víctima de no haber ocurrido la infracción y, en consecuencia, los daños derivados de la alteración de ellas. Ciertos desafíos específicos aplican a este método, como excluir los efectos indirectos del cartel (p. ej., el “efecto paraguas”,

(74) Alterini, Atilio, “La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 7.

(75) Reporte Ashurst, cit., parte I, secc. 3, p. 17.

(76) Una descripción más detallada de estos métodos puede encontrarse en el trabajo realizado para la DG Comp, por parte de Oxera, un grupo de abogados liderado por el Dr. Komninos y un grupo de economistas: Oxera, Komninos et al., 2009, “Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-Binding Guidance for Courts”, diciembre, 2009. También puede ser de interés lo tratado sobre el particular en i) Reporte Ashurst, cit., parte I, secc. 3, p. 17; ii) Lewin Muñoz, Nicolás, “Indemnización...”, cit., cap. 5, p. 51; iii) nota complementaria preparada para la DG Competetion por parte de Oxera: Oxera, “Comments on the European Commission’s Draft Guidance Paper on Quantifying Damages”, septiembre, 2011; iv) Rubinfeld, Daniel, 2011, “Antitrust Damages”.

si mercados de regiones vecinas al analizado se utilizan como *benchmark*).

– El *cost based approach* compara los costos promedio de producción de una unidad de producto, agregando un margen de utilidad razonable para establecer cuál sería el precio aplicable en condiciones normales de mercado. El precio resultante se compara con el precio aplicado por la empresa víctima tras la violación de las reglas de competencia. Una dificultad que presenta este método es la de lograr encontrar información de costos confiable y sustancial, ya que los costos contables muchas veces no reflejan los costos económicos reales.

Por otra parte, también requiere un entendimiento suficiente que permita evaluar correctamente cuál sería un margen de ganancia razonable si el mercado funcionare en condiciones normales de competencia (p. ej., en ausencia del cartel).

– El *simulation approach* (77) está ligado al anterior (*cost based*), ya que requiere cierta información de costos, pero su metodología utiliza un modelo explícito de competencia, que permitiría “simular” los márgenes de ganancia. Básicamente, además de datos de costos, requiere información sobre la estructura del mercado y demanda (como la elasticidad de la demanda, etcétera).

En nuestro país, sobre el particular cabe destacar el trabajo de Germán Coloma (78), mediante el que este economista presenta un método prospectivo simplificado que serviría para estimar los daños en casos de defensa de la competencia en los que no se tengan datos respecto de una situación alternativa a la de la conducta supuestamente anticompetitiva (por ejemplo, con prácticas anticompetitivas de tiempo prolongado, donde no hubiere situación competitiva alternativa).

(77) El segundo informe de Oxera sobre cuantificación de daños (Oxera, “Comments...”, cit., secc. 3.2, p. 6), critica la utilización de la palabra “simulación”, ya que ella da la sensación de algo muy complicado, proponiendo en su lugar designarlo más en referencia a la estructura de mercado (“*market-structure-based approach*”).

(78) Coloma, Germán, Un método prospectivo simplificado para la estimación de daños en casos de defensa de la competencia”, Serie “Documentos de Trabajo”, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Argentina, noviembre de 2011.

(79) En el fallo de “Auto Gas”, la jueza de primera instancia hace una clara descripción de cómo parte del sobreprecio había sido trasladado más abajo en la cadena de comercialización, a los efectos de determinar los montos de la indemnización reclamada por la parte actora. Para mayores detalles, consultar Juzg. Nac. Com. n. 14, Secretaría n. 27, 16/9/2009, “Auto Gas S.A v. YPF S.A y otro s/ordinario”.

(80) Cfr. Secc. 4, Clayton Act.

Como puede apreciarse, los diferentes métodos de cálculo coinciden en el hecho de que la cuantificación de los daños se hace a partir de un análisis hipotético que consiste en determinar la situación en la cual se encontraría la víctima del ilícito anticompetitivo de no haber ocurrido la infracción a las normas de competencia. Existen otros métodos alternativos de categorización para el cómputo de daños, cuyo análisis en detalle excede el objeto del presente trabajo.

Cabe resaltar nuevamente que el ordenamiento de nuestro país no regula los criterios a partir de los cuales se debería establecer el monto indemnizatorio, ni tampoco se establece el método que eventualmente podría emplearse a tales efectos.

Sin perjuicio de ello, nada obsta a que alguno o varios de los métodos previamente descriptos sean utilizados por los jueces al realizar la valuación de los daños, máxime teniendo en cuenta que ellos son de uso ordinario en distintos países de Europa, que tienen sistemas legales similares al argentino en este aspecto.

Entre otros factores, dependerá su determinación según la conducta que hubiere tomado la actora. Es decir, si trasladó los perjuicios (p. ej., sobreprecio) a las etapas posteriores de la producción o distribución. Sobre este tema ampliaremos más adelante al tratar la cuestión del “*passing-on defense*” (79).

El caso de los EE.UU. presenta particularidades propias, ya que el sistema legal americano fija la posibilidad de reclamar “*treble damages*” (80), siendo uno de los principales efectos disuasivos de la normativa *antitrust* de los EE.UU., es decir la posibilidad de los demandantes de recuperar tres veces (*treble*) los daños realmente sufridos, además de los costos y honorarios legales.

Por su parte, en la UE no existe la posibilidad de reclamar *treble damages* como en los EE.UU., pero debido al largo período de duración de los carteles en general, la posibilidad de sumar intereses puede permitir fácilmente duplicar el daño real. Asimismo, la Corte Europea de Justicia, en el caso “Manfredi”, determinó que las víctimas no sólo deberían poder reclamar daños reales, sino también lucro cesante e intereses.

4.- Relación de causalidad

Ha dicho la doctrina que debe tenerse en cuenta que el principio ontológico de la causalidad es una derivación del principio lógico de la razón suficiente que responde a la siguiente fórmula: *todo lo que es, lo es por alguna razón* (81).

Cabe aquí diferenciar la relación de causalidad con los factores atributivos de la responsabilidad, ya que, aunque ambos aparezcan vinculados, el primero se refiere al autor del daño y el otro, por el contrario, hace referencia a la cuestión de si dicho autor debe efectivamente ser considerado responsable del daño en cuestión.

Jurídicamente, la relación de causalidad puede definirse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa (82).

Conforme lo han admitido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia, para que deba responderse por un daño, es necesario que él haya sido “causado”, mediante acción u omisión, por su autor. En este sentido, la relación de causalidad constituye un presupuesto esencial para la reparación del daño.

Este presupuesto de la responsabilidad es tal vez el de mayor dificultad de prueba para la víctima del ilícito *antitrust*. En muchos casos, no es única-

mente la conducta anticompetitiva del infractor la que produce el daño, sino que, además, confluye otro conjunto de causas ajenas, tanto económicas como del propio mercado, que forman parte del riesgo empresario (83). Despejar estas causas para luego realizar el análisis de la imputabilidad puede resultar una tarea compleja y costosa para las víctimas de ilícitos anticompetitivos, que deberán hacerse asesorar por expertos que faciliten la producción de la prueba de los hechos.

c) Legitimación

1.- Legitimación activa y el “*passing-on defense*”

En el presente trabajo (84) hemos analizado quiénes son las potenciales víctimas de ilícitos anticompetitivos. El derecho a reclamar daños tiene origen indudablemente en el art. 51, LDC; sin embargo, existen dos enigmas interrelacionados que surgen en este contexto: i) por un lado, la cuestión de quiénes tienen legitimación activa para iniciar acciones de daños y, en particular, si únicamente pueden realizarlo las víctimas directas (compradores directos) o si también pueden realizarlo las víctimas indirectas (compradores indirectos) de un comportamiento anticompetitivo; y ii) la otra, si existe para los demandados el derecho de plantear el llamado *passing-on defense*.

Sobre quiénes pueden constituirse en legitimados activos para iniciar acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, no existe unanimidad de criterios en el derecho comparado. Como ya hemos analizado en el presente trabajo, si bien no existen dudas respecto de la legitimación de los compradores directos, en ciertas jurisdicciones es más discutida la legitimación de los compradores indirectos.

Por su parte, en los Estados Unidos únicamente se otorga legitimación activa a los compradores

(81) Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil”, en “Responsabilidad civil - Presupuestos”, Ed. Avocatus, Córdoba, 1997, p. 112.

(82) Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 580.

(83) Estas causas o factores ajenos al ilícito *antitrust*, pueden ir desde la incorporación al mercado de nuevos competidores o nuevas tecnologías, hasta la implementación de políticas de intervención de los mercados por parte del Estado o a fenómenos como la inflación o la misma deflación. Inclusive, como ya lo hemos analizado más arriba, puede que la propia culpa de la víctima haya causado en todo o en parte el daño en cuestión (para lo que será de aplicación el art. 1111, CCiv.), o que él sea causado por una catástrofe o por el hecho de un tercero.

(84) Véase, secc. III del presente trabajo.

directos, no así a los indirectos (85). El mencionado fallo “Illinois Brick” (86) de la Corte Suprema de dicho país, en 1977, resolvió que la indemnización de daños y perjuicios no puede ser solicitada por los compradores indirectos, teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente punitivo y disuasivo que reviste la indemnización de daños en dicho régimen jurídico, que faculta a la víctima recuperar tres veces (*treble damages*) los daños sufridos por ésta (87).

Por el contrario, en Europa en general se reconoce la legitimación activa al comprador indirecto (88). Desde la sentencia “Courage” (89) ha quedado claro que a nivel europeo pueden reclamar daños tanto las empresas como cualesquiera otros terceros perjudicados, sean éstos consumidores, usuarios, accionistas, inversores o quienes pudieren ver lesionados sus derechos por las conductas restrictivas. Este criterio aplicado por el Tribunal de Justicia Europeo ha sido confirmado en la reciente Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust*, ya que el art. 2 de ésta garantiza que a “toda persona” física o jurídica perjudicada por infracciones de las normas de competencia se le conceda una protección equivalente en toda la UE y pueda ejercer de forma eficaz su derecho de la UE al pleno resarcimiento a través de

demandas por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales (90). La Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust* asume, por tanto, un criterio compensatorio: su objetivo es lograr que quienes hayan sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia sean indemnizados por la empresa o empresas que haya violado la normativa.

Entendemos que criterio similar al aplicable en Europa es el aplicable en la Argentina. En este sentido, corresponderá el derecho a reparación de daños y perjuicios dispuesto bajo el art. 51, LDC tanto a las partes directamente afectadas por el ilícito anticompetitivo, como también a los competidores excluidos por acciones predatorias, tengan o no tengan éstos relación con el infractor, los consumidores que hubieren pagado sobrepagos como consecuencia de un abuso de posición dominante, como también los empleados o proveedores de aquellos competidores excluidos. En este sentido, la responsabilidad civil aplicable bajo el derecho argentino es más extensa que la de la legislación de los Estados Unidos (91).

Entendemos que se presenta un desafío como consecuencia de esta legitimación activa amplia, ya que podría darse el caso de que sean de-

(85) Cfr. “Schaffer v. Universal Rundle Corp.”, 397 D. 2d 893 (5 Cir. 1968); “Productive Inventions Inc. v. Trico Products Corp.”, 224 F. 2d 678 (2 Cir. 1955).

(86) Cfr. “Illinois Brick Co. v. Illinois”, 431 US 720, 1977.

(87) Parte importante de la doctrina también ha sostenido que no debe reconocerse la legitimación activa a los compradores indirectos, sobre el entendimiento de que la relación causal inmediata de los daños sufridos por el comprador indirecto no se encontraría en el comportamiento del autor del ilícito anticompetitivo, sino –por el contrario– en el hecho del comprador directo que traslada aguas abajo en la cadena de distribución el sobrepago impuesto a éste por parte del autor del ilícito.

(88) Cabe destacar que en Europa algunos sistemas legales nacionales contienen reglas restrictivas sobre legitimación activa para acciones de daños relacionadas con la libre competencia. En los sistemas legales continentales, la cuestión de daños anticompetitivos ha sido más o menos clara en aquellas jurisdicciones que siguen el Código Civil Francés (art. 1382), permitiendo un criterio más amplio con relación a quienes tendrían legitimación activa. Sin embargo, han existido ciertos problemas en países que siguen la doctrina alemana de *Schutznorm*, por la que las partes actoras que reclamen daños deberían pertenecer a un grupo de personas que el legislador pretende proteger. Por su parte, en otros países –como el caso notable de Italia– los tribunales han tenido dificultad para otorgar legitimación activa a ciertas personas, en particular consumidores, como consecuencia de la distinción entre derechos subjetivos (*diritti soggettivi*) e intereses legítimos (*interessi legittimi*). De acuerdo con este último criterio, las normas de competencia únicamente protegerían a los últimos y los consumidores no podrían valerse de este ámbito de protección (criterio a su vez que hoy se encuentra discutido judicialmente en Italia).

(89) Cfr. “Courage Ltd. v. Crehan Bernard”, C - 453/99, 2001, ECR I-6297.

(90) Véase, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 miembro y de la Unión Europea”, Estrasburgo, 11/6/2013, COM, 2013 404, 2013/0185 (COD), cap. I, art. 2.

(91) Véase Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, “Derecho...”, cit., t. II, p. 390.

mandantes de daños las empresas que hayan sido parte del acuerdo restrictivo. En este contexto, paradójicamente, aquellas empresas contarán con mayores facilidades probatorias que las que cuentan terceros ajenos al ilícito. En este caso, los tribunales deberán analizar si el demandante puede demandar daños en tales casos o si, por el contrario, los partícipes del ilícito no cuentan con tal derecho como consecuencia de que nadie puede aprovecharse de su propia conducta ilícita.

En esta línea, además, entendemos que en el marco de nuestro derecho es aplicable la doctrina de los actos propios y, en consecuencia, quien hubiere sido infractor no tendría derecho a reclamar indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento antijurídico del que fue parte. Si se interpretara lo contrario y eventualmente prosperase una acción de daños en este contexto, sería de plena aplicación lo dispuesto en el Código Civil respecto de las consecuencias de quien se expone al daño de manera imprudente y, por ende, aceptó implícitamente las posibles consecuencias de su actuar, ve así reducido su derecho a indemnización.

Analicemos ahora la cuestión del *passing-on defense*. Supongamos que los miembros de un cartel de productores de madera han estado fijando precios por un determinado período de tiempo. Sus clientes inmediatos (compradores directos), que compran madera para producir muebles, habrán pagado más por la madera de lo que éstos hubieren pagado en ausencia de dicho cartel. Sin embargo, puede pasar que el incremento de precio sea trasladado ("*passed on*"), en todo o en parte, por este comprador a sus propios clientes, es decir, los compradores de muebles (en nuestro ejemplo, los compradores indirectos). Más aún, dichos compradores podrían ellos mismos trasladar todo o parte del incremento de precio más abajo en la cadena de distribución.

Algunas cuestiones surgen de esta situación: en primer lugar, si los productores de muebles (compradores directos) demandan a los miembros del

cartel de productores de madera, ¿podrán estos últimos alegar como defensa que los productores de muebles trasladaron su pérdida a sus propios compradores (los compradores indirectos)? En otras palabras, ¿podrán oponer el *passing-on defense*?

Estas cuestiones presentan algunas complejidades. Por un lado, denegar la posibilidad de invocar la defensa de que los mayores costos han sido trasladados (*passed-on*) a otros niveles de la cadena de distribución implicaría permitir que los productores de muebles (compradores directos) recuperen daños por una pérdida que en rigor no han sufrido. Por otra parte, permitir el *passing-on defense* sugiere que empresas, o eventualmente también consumidores finales, muy debajo de la cadena de distribución, podrán también reclamar reparación de daños. Sin embargo, a medida que se va bajando en la cadena de distribución, se dificulta el cálculo del daño sufrido, existiendo el peligro de que, siendo tan mínimo el daño sufrido por empresas o consumidores finales, nadie finalmente demande por daños directamente: esto permitiría justamente confirmar la ganancia mal habida por parte de quienes cartelizaron el mercado.

En los EE.UU., la Suprema Corte rechazó el *passing-on defense* en "Hanover Shoe" (92), porque –como ya hemos mencionado– en dicho país los daños juegan un rol fundamental en la disuasión de carteles (93). En este sentido, el principio general por el que no se permiten demandas por parte de compradores indirectos establecido por la Suprema Corte de dicho país en "Illinois Brick" (94), es un corolario natural de lo resuelto bajo "Hanover Shoe" con relación al rechazo del *passing-on defense*.

En Europa, el criterio general es el de permitir el *passing-on defense*. Lo resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo en "Manfredi" (95) no trata específicamente la cuestión del *passing-on defense*, sin perjuicio de que sostiene que deberá permitírsele a "cualquier" individuo reclamar daños por

(92) Cfr. "Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.", 392 US 481, 1968.

(93) Mediante el reconocimiento al demandante de tres veces los daños que fueren acreditados (*treble damages*), en lugar de daños simples (compensatorios).

(94) Cfr. "Illinois Brick Co. v. Illinois", 431 US 720, 1977.

(95) Esto también se reitera en "Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt", caso C-360/09, 2011, ECR I-000, 2011, 5 CMLR 219.

pérdidas causadas por conductas anticompetitivas, entendiéndose en tal sentido que tanto compradores directos como indirectos podrán iniciar acciones legales.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en Alemania los tribunales han tenido inconvenientes en otorgar legitimación activa a ciertos reclamantes, ya que existe una norma específica contra el *passing-on defense* (96). Por el contrario, en Francia los tribunales reconocen plenamente el *passing-on defense* como contracara de que el tema de la legitimación activa de los compradores indirectos no es cuestión controvertida en dicha jurisdicción.

Como hemos analizado más arriba, en nuestro país cualquier damnificado podrá reclamar daños, siguiendo un esquema más similar al europeo en este sentido. En esta línea, el fallo “Auto Gas” también aporta algo de claridad respecto de la viabilidad de alegar el *passing-on defense* en nuestro ámbito, resolviéndose en dicha causa hacer parcialmente lugar a la defensa presentada por YPF sobre el particular. En particular, la jueza consideró que parte del daño reclamado por la actora no correspondía que le fuera indemnizado, ya que ésta había trasladado “aguas abajo” parte del sobreprecio que le reclamaba a la demandada (97). Derivado de esto, consideramos que los compradores indirectos (p. ej., los consumidores finales) que –según nuestra opinión, tienen legitimación activa suficiente bajo nuestro ordenamiento– podrían reclamar por el excedente de la parte del daño no reconocido al comprador directo, es decir, la parte actora del caso “Auto Gas”.

2.– Procesos de clase

Dentro del limitado marco del presente trabajo, nos referiremos brevemente aquí a lo que ha dado por llamarse entre nosotros como “acciones de clase”, pero que nosotros denominaremos “procesos de clase”, siguiendo así a autorizada

doctrina en la materia (98) y en honor a la utilización más precisa del lenguaje.

El derecho de hoy es muy distinto al derecho vigente en la época de nuestros padres y abuelos.

Entre otras diferencias, es moneda corriente de nuestra realidad identificar grupos de contratos sujetos a condiciones generales de contratación o a cláusulas predisuestas. Es normal, en consecuencia, que el proceso evolucione hacia procesos “en masa” que requieren fallos de alcance general similar a los casos que los originan. En esta línea, es indudable que los procesos de clase son una realidad en nuestro país.

Hace tiempo que vienen gestándose y definitivamente han llegado para quedarse, más allá de las discusiones –no menores, por cierto– sobre los eventuales costos de su implementación en nuestro derecho, el esfuerzo que implica no “copiar y pegar” sistemas de jurisdicciones foráneas en nuestra propia realidad local o cuestiones similares que se abren en el debate sobre los procesos de clase (99).

Es cierto que la adopción de estos procesos de clase implica costos. Sin embargo, no consideramos que resulta mucho más costoso continuar con la situación presente, con juzgados abarrotados de expedientes, causas que se demoran años sin resolución, distintos juzgados que conocen procesos idénticos, a riesgo de tener distintas soluciones para idénticas situaciones, todo ello, además del efecto multiplicador de tener abogados tantos empleados y horas de trabajo alrededor de tantos juzgados distintos que intervienen en tantas causas similares.

Es necesario –e imperioso– asumir la situación que indica que en nuestro país los procesos de clase son una realidad y que, ante los peligros que surgen ante la falta de regulación legal ad-

(96) Cfr. GWB, Ley Alemana de Competencia, art. 33.3).

(97) Cfr. “Auto Gas”, donde la jueza consideró lo informado por la CNDC respecto de que los sobreprecios habían sido trasladados al precio final pagado por los consumidores (p. ej., los dañados por la conducta de YPF habrían sido los consumidores, principalmente, no los distribuidores de GLP). Basándose en el informe del perito contador, el juez resuelve aceptar el 30% del monto reclamado por la actora.

(98) García Pullés, Fernando, “Acumulación de procesos y procesos de clase”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 79 y ss.

(99) Hace ya más de sesenta años, Marco Aurelio Risolía denunció en su tesis doctoral que para entonces ya existía un denominador común para todo el derecho, individualizándolo en “(...) el debilitamiento del punto de vista individual y el robustecimiento del punto de vista social en las relaciones entre los hombres”.

jetiva expresa **(100)**, la única opción viable que queda es la de legislarlas del mejor modo posible. Legislar los procesos colectivos acabadamente y de modo adecuado permitirá, además, mitigar los costos de su implementación y beneficiar a todas las partes del proceso por igual (actores y demandados).

Claramente, el proceso de clase no es una creación “*made in Argentina*”. El proceso de clase tiene su origen entre los siglos XVI y XVII **(101)** y es un instituto procesal típico del derecho estadounidense, que ha tenido una fuerte consolidación en dicho derecho en la segunda parte del siglo XX. Se trata de un procedimiento en el que la legitimación es otorgada a una clase o grupo que ve común y homogéneamente afectados los derechos individuales y/o plurales de toda la clase en cuestión.

Fueron las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos las que consolidaron las denominadas “*class actions*”. El texto vigente de la regla 23 de dicho procedimiento establece como requisitos para iniciar una “*class actions*” los siguientes: “Uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos, si: i) la clase es tan numerosa que la actuación de todos no es posible; ii) existen cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase; iii) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase; y iv) las partes representantes protegerán los intereses de la clase de modo justo y adecuado”. La misma regla 23 dispone los lineamientos generales y procesales sobre admisibili-

dad, efectos, adhesión y notificación, entre otras. En Europa han intentado introducir un régimen de acciones colectivas a nivel continental; sin embargo, a la fecha no existe pleno consenso sobre este tema y, por el contrario, se percibe un rechazo a integrar los procesos de clase al régimen continental sin previa adaptación de él a la cultura y criterios legales del Viejo Continente.

Así, el Libro Verde de la Comisión Europea de 2005 –que versa sobre el tema de las acciones de daños en materia de defensa de la competencia a nivel europeo–, sostuvo que por razones prácticas es muy improbable, sino imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Es por ello que sugirió que deberían buscarse las maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas, ahorrando así tiempo y dinero. Sin embargo, luego de realizadas las consultas públicas, tanto del mencionado Libro Verde como de su posterior Libro Blanco de 2010, la reciente Propuesta de Directiva de Daños *Antitrust* optó por no disponer nada sobre procesos de clase de aplicación específica a la política de competencia y, en cambio, la Comisión Europea adoptó un planteamiento horizontal que contempla normas comunes en materia de recursos colectivos para todos los ámbitos políticos, entre ellos el de defensa de la competencia, en los que a menudo se producen daños y perjuicios en los que es difícil para los consumidores y empresas medianas o pequeñas obtener un resarcimiento **(102)**.

(100) García Pullés, Fernando, “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, LL 2009-B-186. En este artículo, el autor sostiene que, a los fines de regular los procesos de clase, deberá considerarse cómo se configura la clase; si debe hacerse a petición del actor, del demandado o también de oficio; quién sería el juez competente; si deberá establecerse que la interjurisdiccionalidad de intereses justifica la intervención de la justicia federal o deberán promoverse tribunales regionales; cómo se evita la duplicidad de procesos idénticos; si se creará un registro de procesos de clase; cómo se cita a los integrantes de la clase; quién ha de representar a la clase, si éste será elegido por los propios miembros de la clase, por prioridad en la promoción de la demanda o si se atribuirá a organismos públicos; si se exigirá al representante calidades especiales y tareas de información periódica; qué rol desempeñarán el defensor del pueblo, las asociaciones y el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa; qué previsiones se establecerán sobre el trámite, sobre la prueba de absolución de posiciones o si debe cambiar el modo en que deben desarrollarse algunas audiencias; cómo se regulan las transacciones; cuáles serán los efectos de las sentencias; qué recursos admitirán los fallos y quiénes estarán legitimados para interponerlos.

(101) Cueto Rúa, Julio, “La acción por clase de personas (*Class Actions*)”, LL 1988-C-952.

(102) Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un nuevo marco horizontal europeo de recurso colectivo”, COM, 2013, 401 final.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para demandar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Luego el Máximo Tribunal, al pronunciar el fallo de autos “Halabi” (103) intentó clarificar el alcance y aplicación de ciertas normas constitucionales, convocando al Poder Legislativo para que éste legisle adecuadamente sobre la materia, en el marco de las pautas establecidas en “Halabi”. De esta forma, la Corte clarificó el alcance del art. 43, CN, más precisamente el segundo párrafo de él, incorporando pretorianamente los procesos de clase en el ordenamiento legal argentino. Se convierte así “Halabi” en un claro punto de inflexión en lo que se refiere a sistemas procesales de protección de derechos de incidencia colectiva, habiéndose ratificado sucesivamente su criterio en sus fallos más recientes (104).

El pronunciamiento del caso “Halabi” reviste particular trascendencia para dirimir la cuestión referida a la legitimación procesal cuando se demanda en defensa de derechos de incidencia colectiva.

En este caso, la Corte entendió que era necesario determinar: i) en primer lugar, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura mediante la acción deducida; ii) en segundo término, establecer quiénes son los sujetos habilitados para articularla y bajo qué condiciones puede resultar admisible y iii) finalmente, cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte. En cuanto al primer punto, es decir, la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura, la Corte distinguió tres categorías: 1) individuales, 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y 3) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Respecto de los derechos enunciados en la tercera categoría –que son los que aquí interesan–, la Corte expresó que ellos derivan del segundo párrafo del art. 43, CN, tales como “los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los dere-

chos de los usuarios y consumidores y los derechos de sujetos discriminados”.

El dictamen de la Procuración General de la Nación del reciente fallo “PADEC”, al referirse al antecedente “Halabi” sostuvo que “en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo también se dijo que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”.

El tercer elemento, es decir, los efectos de la resolución que se dicte, está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia. Ello se debe a una homogeneidad fáctica y normativa que deviene en razonable considerar la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (105).

A todo ello se agrega que debe tratarse de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo.

En cuanto al sujeto legitimado para demandar en defensa de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte afirmó que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el defensor del pueblo, o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (106).

(103) Corte Sup., Fallos 332:111.

(104) Corte Sup. “Cavaliere, Jorge y otro v. Swiss Medical S.A s/amparo”, 26/6/2012, Fallos 335:1080; Corte Sup., “PADEC v. Swiss Medical S.A s/nulidad de cláusulas contractuales”, 21/8/2013, expediente Letra P, nro. 361, t. XLIII.

(105) Cfr. consid. 12, fallo “Halabi”, Fallos 332:111.

(106) Cfr. consid. 19, fallo “Halabi”, Fallos 332:111.

La sentencia de “PADEC” se da en un momento en el que prácticamente la totalidad de los juzgados de primera instancia de la Capital Federal ha aceptado la legitimación activa de asociaciones de consumidores para iniciar acciones colectivas. Si bien su tramitación tiene fundamento principal en el art. 54, ley 24240 de Defensa del Consumidor, consideramos que aquellas asociaciones que tengan como objeto, por ejemplo, la protección de los consumidores contra los daños producidos a éstos como consecuencia de infracciones cometidas contra la normativa de derecho de la competencia, tendrán legitimación colectiva para demandar en representación de los derechos individuales, patrimoniales y divisibles de los consumidores.

Al igual que el objeto del presente trabajo, todavía queda mucho por hacer en materia de procesos de clase. Sin embargo, en el estado actual del desarrollo de estos procesos, consideramos que ellos pueden constituir una herramienta importante a los fines de permitir el desarrollo sostenido y real de las acciones de daños causadas por ilícitos anticompetitivos. En especial, consideramos que los procesos de clase podrían tener un rol muy importante en esta cuestión, cuando se trate de acciones de daños cuya cuantía individual fuere irrisoria (p. ej., daños por sobrepuestos de productos que se encuentren muy atomizados en la sociedad), no justificándose el inicio de acciones legales individuales, como es el caso de muchos damnificados por conductas anticompetitivas, sea por acuerdos restrictivos o por abusos de posición dominante.

3.- Legitimación pasiva

Las acciones de responsabilidad de daños en materia *antitrust* generalmente se dirigen contra empresas, sin perjuicio de la forma jurídica que ellas hubieren adoptado.

Asimismo, los administradores de las empresas que hubieren infringido la LDC pueden ser sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad civil. Los administradores y representantes de las sociedades tienen el deber de obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios (107). El incumplimiento de esta obligación implica la responsabilidad ilimitada y solidaria por

los daños y perjuicios que resultaren de la acción u omisión de quien fuere el autor de la falta.

V. CONCLUSIÓN

Si bien, como hemos manifestado en el presente trabajo, la reparación de daños por ilícitos contra la libre competencia se encuentra en un estado de génesis muy preliminar, están dadas las principales bases fácticas y jurídicas para que el tema despegue finalmente en nuestro país.

La realidad del funcionamiento de la economía argentina presenta un terreno muy fértil de oportunidades para la consolidación de los derechos de restitución civil contra infracciones contra la libre competencia.

Sin embargo, y paralelamente, la realidad política y social de nuestro país refleja una grave carencia de institucionalidad en materia de defensa de la competencia, al tiempo que se percibe un importante grado de desinformación general y desconocimiento en la materia, tanto entre consumidores como entre empresarios.

Como hemos analizado, el sistema de ejecución privada de las normas de defensa de la competencia provisto bajo la LDC, a través de las normas generales de responsabilidad civil, complementa y refuerza la ejecución pública que el Estado debe realizar a través de sus órganos administrativos. Esta suerte de sistema mixto brinda una mayor protección a los intereses públicos y privados, pudiendo constituirse en una vía clara para mayor protección de los derechos de personas físicas y jurídicas que pudieren ser víctimas de este tipo de infracciones.

Asimismo, entendemos que la posibilidad de reclamar daños punitivos como accesorios a la sanción principal, como así también la alternativa de reclamar colectivamente por la vía de los procesos de clase, constituyen incentivos importantes para promover este tipo de reclamos que, en esta línea, conforman un elemento disuasivo importante para la eventual repetición de futuros abusos e ilícitos anticompetitivos. Será importante seguir de cerca la evolución de ambos institutos, a los fines de evitar abusos en su uso.

(107) Cfr. Ley de Sociedades Comerciales 19550, art. 59.

En el presente trabajo hemos intentado hacer una mera aproximación inicial al tema, con el ánimo de realizar una pequeña contribución al mejor entendimiento de esta cuestión y sus posibles alcances.

Consideramos que, de consolidarse las acciones de daños por ilícitos anticompetitivos, estaremos

a las puertas de una nueva dimensión del derecho de defensa de la competencia en nuestro país, que redundará indudablemente en nuevos horizontes beneficiosos, tanto para consumidores como para empresas por igual, otorgará mayor institucionalidad a la materia y, más importante, contribuirá a profundizar así la protección del interés económico general, fin último de la LDC.

Temas de Derecho del Consumidor

Sobreendeudamiento y pagarés de consumo

Por Sergio S. Barocelli y Gonzalo M. Rodríguez

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Sociedad de consumo y sobreendeudamiento.– III. Hacia una teoría del pagaré de consumo.– IV. A modo de conclusión

I. INTRODUCCIÓN

El sobreendeudamiento de los consumidores es una problemática compleja y con diversas aristas, que ha emergido como visible en los últimos tiempos y que interpela a los operadores jurídicos para brindar respuestas justas y equitativas.

Una de las aristas de esa realidad es la utilización, por parte de un proveedor de bienes o servicios o un sujeto asociado que financia la operación, de pagarés de consumo.

En el presente trabajo intentaremos echar luz a esa problemática, proponiendo soluciones a partir del ordenamiento vigente y sugiriendo algunas alternativas para su mejor regulación normativa (1).

II. SOCIEDAD DE CONSUMO Y SOBREENDEUDAMIENTO

El advenimiento del derecho del consumidor ha puesto en crisis numerosos paradigmas tradicionales: en la teoría general del contrato, en el derecho de daños, en el derecho procesal, en el derecho de los servicios públicos, en el derecho público, entre otros.

Es que, indudablemente, a partir de la “constitucionalización” de esta novel rama del derecho, surge una directriz central que atraviesa todo el ordenamiento jurídico, reconociendo no solamente la protección del consumidor y/o el usuario, sino también exigiendo que los procedimientos la efectivicen de manera tal que la reforma impac-

(1) El presente trabajo se basa en la ponencia de igual título que presentáramos ante la Comisión nro. 8, “Derecho del consumidor”, de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013.