

LEGITIMACION ACTIVA POR DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

ANDRÉS MENDIVE DUBOURDIEU

DOCTRINAS DEL “INDIRECT PURCHASER” Y DE “IN PARE DELICTO”

1. ¿QUÉ ES LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

El derecho de defensa de la competencia existe para regular la actuación de las personas participantes en el mercado, las que pueden hacerlo individualmente o mediante acuerdos de cooperación y tienen, por ello, el derecho y la obligación de competir para un mayor rendimiento económico de la sociedad que integran. Como señala Caffera, en definitiva, es la respuesta legislativa para la preservación del mercado como herramienta de ordenación económica¹.

El Derecho de la competencia tiene como bien jurídico protegido la libre competencia, la cual no es más que una forma de protección del derecho constitucional a la libertad que tiene cada individuo. Desde este punto de vista, la especie del concepto de libertad que se considera, la libertad económica, está asociada a la libertad de acceder al mercado y de cambiar de posición dentro de él².

El fenómeno de la defensa de la competencia es visto por la doctrina y por los distintos ordenamientos jurídicos desde distintos enfoques. Para algunos sectores, se trata de una garantía a la libertad de comercio. En este sentido, la defensa de la competencia garantiza al comerciante reglas claras de juego en el mercado y lo protege de los abusos del poder de mercado de otros. También desde esta perspectiva, suele verse a la defensa de la competencia como un límite a dicha libertad, pues si bien garantiza un ámbito de libertad, la regula y restringe en consecuencia.

Desde otro punto de vista, el derecho de la competencia es una regulación del propio proceso competitivo, como un fin en sí mismo, estableciendo qué se puede hacer y qué no como parte de ese proceso.

Finalmente, y es quizás hoy día la visión mayoritaria, se entiende el derecho antitrust como una defensa indirecta del consumidor frente a los abusos de las empresas de su poder de mercado.

2. REGULACIÓN LEGAL.

2.1. Antecedentes

La Constitución del año 1934 introdujo el actual artículo 50, cuyo inciso 2º establece que “*toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado.*” Asimismo, los artículos 7 y 36 del mismo texto normativo garantizan a todos los habitantes de la República en el ejercicio de sus derechos de libertad (art. 7) y en particular, de libertad de comercio (art. 36).

No obstante, y si bien el artículo 332 de la Carta permite aplicar las normas constitucionales carentes de regulación legislativa expresa, en los hechos la defensa de la competencia recién comenzó a aplicarse con la sanción de la ley 17.243 (primera ley de urgencia) del año 2000.³ Dicha ley, estableció en los artículos 13 a 15 las bases del sistema antitrust uruguayo, aunque sin mayor desarrollo. Asimismo, la ley dejaba sujeta

1 Gerardo Caffera, El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (Antitrust), en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, volumen 31, página 577.

2 Fernando Barros Tocornal, Comentarios a la ponencia del Sr. Russell Pittman: la situación en Chile, Publicado por ORT Uruguay, Montevideo, 1994, página 11.

3 Sin perjuicio de ello, ya la ley de patentes N° 17.164, y la ley de grandes superficies N° 17.188, regulaban, en cierta medida, el poder de mercado conferido a los titulares de las patentes y a los grandes supermercadistas.

su propia aplicación a que la distorsión en el mercado (producido por la práctica en cuestión) generara un perjuicio relevante al interés general.

Por ende, dada la escasa regulación legal que brindaba la ley, sumado al “filtro” constituido por el requerimiento del perjuicio relevante al interés general, y sin duda habiendo una escasa cultura jurídica y empresarial en el país sobre la materia, llevó a que, en los hechos, la normativa fuera aplicada en contadas ocasiones.

2.2. Ley 18.159

El 20 de julio de 2007, y después de varios años de discusiones en el Parlamento, el Poder Ejecutivo promulgó la ley 18.159 sobre “*promoción y defensa de la competencia*”. El objeto de la misma, también tras un prolongado debate, fue finalmente adoptado como “*fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.*”

En términos generales, la ley 18.159 prohíbe una serie de comportamientos, y por otro lado regula las concentraciones empresariales.

a) Control de comportamientos

El artículo 2 señala que “*Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.*”

De ese modo, se establece un número abierto de conductas prohibidas. El requisito excluyente es que las mismas tengan por “efecto u objeto” la distorsión del mercado.

Los comportamientos suelen clasificarse en unilaterales y colectivos. La ley, al menos en forma expresa, únicamente sanciona, en cuanto a los unilaterales, al “abuso de posición dominante”.

En cuanto a los colectivos, si bien cierto grado de poder de mercado está implícito (de lo contrario no hay distorsión posible del mercado), la ley es menos precisa aún en lo referente a las conductas prohibidas.

La doctrina suele clasificar las conductas colectivas como “horizontales” cuando tienen lugar en un mismo nivel de la cadena productiva (ej. Arreglos de precios entre competidores) o “verticales” (ej. Contratos de distribución –con efectos anticompetitivos– entre productores y vendedores minoristas).

b) Control de concentraciones empresariales

Quizás la mayor innovación de la ley es la incorporación de un mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones, así como de todo tipo de concentración empresarial. De todos modos, y dadas las discusiones económicas de fondo, la solución de la ley puede calificarse como “tímida”. Las concentraciones empresariales, para estar sujetas a la autorización del Estado, deben crear un monopolio de hecho sobre el mercado relevante, esto es, tras la transacción, las partes deben dominar el 100% del mercado. Por otra parte, la ley estableció que ciertas transacciones, aún sin llegar a dichos niveles de concentraciones de poder de mercado, debían ser notificadas al Estado.

Según el Artículo 7° de la ley: “*Todo acto de concentración económica deberá ser notificado al órgano de aplicación diez días antes de la celebración del mismo por las empresas participantes cuando se dé por lo menos una de las condiciones siguientes:*

A) *Cuando como consecuencia de la operación se alcance una participación igual o superior al 50% (cincuenta por ciento) del mercado relevante.*

B) *Cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a UI 750:000.000 (setecientos cincuenta millones de unidades indexadas)...”*

Es decir que, únicamente cabe notificar cuando se alcance una participación igual o superior a la mitad del mercado relevante, o cuando la facturación de las empresas supere los aproximadamente US\$ 70.000.000 (setenta millones de dólares).

c) Consecuencias por la infracción a la ley 18.159

a) Sanciones administrativas

La ley 18.159 es en esencia una ley sancionatoria-administrativa: penaliza conductas sin reparación de los daños eventualmente causados. Tal como surge del artículo 17 de la ley, las sanciones pueden ir desde el apercibimiento a las empresas involucradas, la publicación de la resolución sancionatoria, hasta importantes multas económicas.

b) Efectos civiles

La ley 18.159 guarda silencio sobre los efectos civiles de las infracciones a la ley. No obstante, en virtud de la aplicación de las normas de derecho común, se puede sostener la eventual responsabilidad civil de los infractores de la misma.

Desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico, la ley 18.159 incorpora una nueva noción a la autonomía de la voluntad y nuevos límites a la misma.

El artículo 4 de la ley 18.159 individualiza a título enunciativo algunas prácticas y las prohíbe. Es importante tener en cuenta que la remisión efectuada por dicha norma respecto del artículo 2 implica que dichas conductas solamente son prohibidas en caso de que se efectúen con abuso de posición dominante o que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

Respecto al antecedente en la materia (artículo 14 de la ley 17.243), Gerardo Caffera⁴ indicaba que la descalificación jurídica se producía por caminos diversos: a) ilicitud del objeto, b) prohibición del negocio, no siendo ilícitos por sí mismos el objeto ni la causa; c) el negocio como instrumento de una práctica ilícita; d) ilicitud superviniente y e) ausencia ilícita del negocio.

Respecto de la primera de dichas categorías, objeto ilícito, cabe indicar que las prácticas consideradas de este modo son las que implican una distribución del mercado (literal H del artículo 4 de la ley 18.159) y las que configuran concertaciones de precios (literales A, B y E).

En sustancia, la obligación asumida es la de no competir. Si la ley establece que son prohibidas las prácticas cuyo efecto sea impedir la competencia aquí es claramente el objeto del contrato el que es ilícito⁵.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil, la consecuencia del objeto ilícito es la nulidad absoluta del contrato y si algo se hubiere pagado a sabiendas de la ilicitud no será restituible.

En segundo término, vemos los casos de prohibición del negocio: los ejemplos típicos son los contratos celebrados con abuso de posición dominante de una de las partes y los contratos discriminatorios (literales B, C, I del artículo 4 y artículo 2).

En estos casos el contenido del contrato es perfectamente lícito. Las conductas prohibidas solamente son percibidas en tanto configuradoras de la norma si se las considera relacionalmente a su contexto. El negocio es prohibido en su totalidad; es esa misma estructura globalmente considerada la que es contraria a la norma legal.

Este fenómeno es calificado dentro de la categoría de falta de poder normativo negocial⁶. Quienes discuten la figura referida, habrán de calificar al negocio nulo absolutamente por aplicación del artículo 8 del Código Civil⁷.

En tercer lugar, se halla el negocio como instrumento de violación de la normativa antitrust. Son aquellas hipótesis en que el negocio es un mecanismo tendiente a expulsar o impedir el acceso al mercado de un competidor (literales F y G). La vinculación de estos negocios con la violación de la normativa en la materia se verifica a nivel de los motivos.

El negocio no se ve afectado en su licitud, verificándose tan sólo la posibilidad de sanciones administrativas o de responsabilidad extracontractual.

En otro orden encontramos los casos de ilicitud superviniente. La situación podría ser explicada en el ámbito del artículo 1549 del Código Civil. De ese modo, la obligación se extinguiría al devenir legalmente imposible, en virtud de que el contexto de cumplimiento evoluciona de manera que la prestación termina contraviniendo una norma legal.

Finalmente, los ejemplos de ausencia ilícita de negocio constituyen una clara excepción a los principios de la autonomía privada. Aquí entramos en la categoría de los negocios forzosos. Es decir, aquellos que el legislador obliga a otorgar, siendo ilícito rehusarse a ello. Es aquel impuesto preceptivamente a una de las partes por la ley. Si se impusiera a ambas no quedaría ningún rastro del consentimiento y en tal supuesto habría una relación jurídica forzosa en vez de un contrato forzoso. Mediante esta categoría, la celebración es obligatoria, por lo que se afecta la libertad de no contratar⁸.

4 Opus cit., página 577.

5 Caffera, opus cit, página 587.

6 Caffera, opus cit, página 589.

7 En Francia estas hipótesis son consideradas una manifestación moderna del vicio de violencia (Fulvio Santarelli, La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en Revista Crítica de Derecho Privado, N° 4, 2007, página 382).

8 Juan Benítez Caorsi, El contrato forfoso y necesario, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVIII, año 1998, página 419.

El artículo 2 de la ley 18.159 establece que *“a efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores”*.

Este giro ofrece interrogantes. ¿La valoración en esos términos es solamente a los efectos de determinar si la conducta genera o no responsabilidad o es a los efectos de establecer la nulidad? Si fuera el segundo supuesto, la nulidad no sería una calificación a la génesis del contrato, considerado éste de un modo estático, sino que habrá o no de ser tal según como se presente el contexto en el cual se presenta el negocio jurídico. Por ello, se entiende preferible la primera interpretación. Es decir, un sujeto tendrá legitimación activa en un proceso de daños por una conducta anticompetitiva siempre y cuando, además de los presupuestos usuales, acredite la verificación de las circunstancias reclamadas por la disposición citada.

Asimismo, el artículo 7 establece la notificación preceptiva al órgano estatal de control de una serie de actos que puede implicar concentración económica. No obstante, la norma no señala la consecuencia de una omisión en tal sentido. Quizás la solución pueda hallarse en el artículo 17, el cual establece que constatada una conducta anticompetitiva se podrá ordenar su cese inmediato. Esto es, la conducta dejará de producir efectos.

Visto de este modo, podría considerarse que las conductas anticompetitivas son nulas relativamente. Una vez declarada su nulidad (a partir de la calificación de anticompetitividad) dejan de producir efectos y da derecho a restitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil.

En definitiva, la normativa antitrust ha venido a modificar la concepción tradicional de la autonomía privada. En la teoría clásica del negocio jurídico el sujeto permanece siempre igual a sí mismo. Es capaz o incapaz en toda circunstancia. Su tuición no varía en función de su posición económica, social o cultural salvo en contadísimas ocasiones⁹. Diferente es la situación a partir de la regulación en esta materia.

Por otra parte y desde una perspectiva de análisis axiológico, cabe afirmar que el impedir que una empresa obtenga beneficios a partir de su posición dominante en el mercado importa, además de cumplir con un objetivo de justicia, volver al mercado más eficiente, habida cuenta que la diferenciación se centrará en la innovación tecnológica, en la reducción de sus costos de producción, en la racionalización de sus procesos productivos, etc¹⁰.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE DAÑOS POR VIOLACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITRUST

Pues bien, una vez expuestas las generalidades de la ley de defensa de la competencia, corresponde abordar el objeto de este trabajo: analizar quien tiene legitimación activa para reclamar por los daños que generan las conductas anticompetitivas (cualquiera sea su calificación bajo la perspectiva de la Teoría General del Negocio Jurídico, conforme a lo expuesto).

Si bien es claro que se trata de una ley de índole administrativa, tendiente a regular los medios de control y sanciones de tal carácter, la propia existencia de la misma implica que su violación pueda dar lugar al régimen de responsabilidad civil general, establecido en el artículo 1319 del Código Civil¹¹. En tal sentido, cabe señalar que la propia ley, en su artículo 28, refiere expresamente a la posibilidad de entablar acciones resarcitorias por parte de los perjudicados.

El derecho que la ley otorga en cabeza del damnificado requiere de una acción que debe ponerse en movimiento¹². El problema de la legitimación activa consiste en determinar a quien la ley reconoce el derecho a reclamar por los daños que ha sufrido.

9 Andrés Mariño, Estudio del Título preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868 en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, Montevideo, 2001, página 276.

10 Roppo, Vicenzo, “Il Contratto”, página 904, citado por Fulvio Santarelli, opus cit, página 376.

11 Philippe Le Tourneau se ha pronunciado en contra de la necesidad de una normativa especial en la materia, De la spécificité du préjudice concurrentiel, RTD Commercial et droit économique, 1998, N° 1, Janvier-Mars, páginas 83 y siguientes, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas, en Instituciones de Derecho Privado, Responsabilidad Civil- Derecho de Daños, Tomo 5, obra colectiva dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.

12 López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, página 411.

La legitimación activa, entonces, o *legitimatio ad accusam*, es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir el servicio judicial y la que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión, con lo cual estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que permite al individuo tener una sólida expectativa de tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto¹³.

El presente tema no ha sido objeto de mayores desarrollos por parte de la doctrina hispanoamericana. Como señala Fernando Peña López¹⁴, el escaso rol del Derecho de Daños en materia de Defensa de la Competencia obedece a que la aplicación del derecho antitrust ha quedado fundamentalmente en manos de los organismos administrativos.

En Estados Unidos, en cambio, el principal rol de las sanciones es el resarcimiento del daño. Según enseña Alberto Toffoletto¹⁵, con ello se quiso incentivar las denuncias por parte de los consumidores, verdaderas víctimas de las conductas monopólicas, quienes, sin ese atractivo, seguramente no demandarían sólo para beneficiar al competidor.

Desde el siglo XVII las diferentes legislaciones antimonopólicas han permitido a las personas privadas reclamar los daños que les generó una conducta anticompetitiva¹⁶. Una primer interrogante al respecto constituye en saber si solamente puede reclamar el competidor perjudicado por la violación de la libre competencia o también lo pueden hacer los consumidores.

Kemelmajer de Carlucci¹⁷ presenta un par de casos hipotéticos a efectos de poner de manifiesto lo dificultoso que es determinar quien es el legitimado activo: si un productor en posición dominante impone a su distribuidor un precio anticompetitivo, ¿quién es el dañado?, ¿el distribuidor o el consumidor que finalmente paga el precio? Si una práctica anticompetitiva ha excluido a un competidor del mercado y los precios han subido por la posición monopólica que ejerce el autor de la conducta sancionable, ¿está legitimado sólo el competidor excluido o también los consumidores? Caffera¹⁸ se pronuncia a favor de que ambos poseen legitimación activa para ello.

El artículo 1º de la Ley 18.159 nos brinda un argumento de índole legal para sostener que los consumidores también poseen legitimación activa. En efecto, dicha disposición establece que el objeto de la ley es fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores. Pues bien, si esta es la razón de ser de la ley, resulta comprensible que se invista a los sujetos protegidos de los medios legales necesarios para ejercer sus derechos. Como han expuesto Lon L. Fuller y William R. Perdue, las reglas de Derecho sólo pueden ser comprendidas con referencia a los fines que persiguen¹⁹.

No obstante y a pesar de lo señalado, debe tenerse presente que, al menos para un prestigioso sector de la doctrina, las normas sobre libre competencia no buscan, aún cuando pueda ser el fin último que se persigue defender, la protección del consumidor, de un comerciante o de un industrial determinado, sino que lo protegido es la libertad de ejercicio de las actividades económicas²⁰.

Sin perjuicio de la observación anterior y en segundo lugar, el propio artículo 28 de la ley regula la acción resarcitoria, la cual se refiere como propia de todos los perjudicados directamente por una práctica anticompetitiva. Es decir, bastaría haber padecido un daño para poseer legitimación activa, sin importar si el reclamante es un consumidor, un distribuidor, un competidor o cualquier otro tercero.

En este sentido Rafael Acevedo²¹, analizando dentro del derecho de la competencia la competencia desleal, plantea que esta última ha sufrido una evolución marcada por el paso de una concepción individual de

13 Saux, Edgardo, *Accidentes de tránsito. Tenedores o usuarios del vehículo automotor. Dependientes. Legitimación activa y pasiva.*, en Muller y Saux, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005, página 248.

14 La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust, Granada, Comares, 2000, página XVII, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, *opus cit.*, página 662.

15 Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust, Milano, ed. Giuffrè, 1996, página 186, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, *opus cit.*, página 671.

16 Herbert Hovenkamp, *The antitrust enterprise. Principle and execution*, Cambridge, 2005, página 57.

17 Aída Kemelmajer de Carlucci, *opus cit.*, página 674.

18 *Opus cit.*, página 581.

19 Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza, traducción y comentario de Derecho español por José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957, página 7.

20 Fernando Barros Tocornal, *opus cit.*, página 17.

21 El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal, página 496, citado por Cianciarulo Bertone, Daniella, *Incidencia de la Economía en el Derecho*, XII Jornada Notarial Iberoamericana, página 89.

la disciplina, a la idea de un derecho basado en el amparo no solamente de los empresarios que compiten directamente, sino también protector de los consumidores y del interés público del Estado.

Es decir, la ley efectúa una limitación exclusivamente en cuanto a los damnificados indirectos, excluyendo su derecho resarcitorio. En la doctrina se señala que el legitimado activo por antonomasia es el damnificado directo. El daño se califica como directo en relación a la persona que reclama cuando lo demanda la víctima del hecho. En cambio, el damnificado es indirecto cuando el que reclama es un damnificado distinto de la víctima misma, por ejemplo, el padre del fallecido²². Es decir, damnificado indirecto es quien no ha sido la víctima directa, pero que, en razón de ese evento, experimenta un menoscabo o lesión a un bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial²³.

Lo importante es tener claro que en ambos casos se trata de daños propios. Tanto en caso de legitimados directos o indirectos debe existir la lesión a un interés tutelado por la ley, o sea jurídicamente protegido. De este modo se descartan los daños a los meros intereses.

Es decir, bajo la perspectiva de la teoría general, tanto el damnificado directo como el indirecto tienen legitimación activa por los daños que han sufrido. Siendo así, la Ley 18.159 parecería contrariar la actual orientación en la materia, ya que refiere exclusivamente a los perjudicados directos.

No obstante las conclusiones que una primera lectura puede arrojar en el sentido indicado, entendemos que el giro del artículo 28 de la ley debe ser interpretado a la luz de la historia de la regulación de la defensa de la competencia en el derecho comparado. De ese modo, se habrá de comprender el real sentido de la expresión “perjudicados directos”.

En Estados Unidos, a nivel de la legislación federal de aquel país, la solución es amplia. A partir de la Sección 4 (Clayton Act, Sherman Act y Robinson-Patman Act) se concede la acción a cualquier persona dañada en su negocio o propiedad, lo cual incluye a los particulares, corporaciones y asociaciones. El daño al negocio o propiedad ha sido interpretado por las cortes como cualquier menoscabo económico, lo cual incluye las dificultades de acceso al mercado²⁴.

De todos modos, se requiere que el daño haya sido causado por la violación de la normativa de defensa de la competencia²⁵. Así, se ha rechazado la reclamación por daños generados simplemente por la presencia de un competidor más vigoroso que logra colocar los productos en el mercado a un precio más bajo²⁶. Sin embargo, las variaciones existentes, impiden extraer de la práctica jurisprudencial norteamericana un criterio general a efectos de determinar en que circunstancias un individuo puede considerarse dañado por una conducta anticompetitiva²⁷.

Por otra parte, en la normativa federal de Estados Unidos no se distingue entre nacionales o extranjeros y se acepta la acción de clase al respecto²⁸. Sin embargo, a partir del caso *Hoffman-La Roche, Ltd v/ Empagran SA* (524 US 1 (2004)), la Suprema Corte de aquel país rechaza la jurisdicción nacional en casos de daños acaecidos en el exterior que no tengan una conexión con daños locales. Esto es así en virtud de la consideración de que en 1982 el Congreso norteamericano adoptó la *Foreign Trade Anti-trust Improvement Act of 1982* (FTAIA), la cual limita tal posibilidad.

La solución uruguaya al respecto difiere. En efecto, se admite la legitimación activa para reclamar ante los tribunales nacionales exclusivamente a quienes hayan sufrido daños en nuestro territorio.

En tal sentido, el artículo 3° de la ley 18.159 establece que “*todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.*”

Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo”.

Si bien la disposición no es del todo clara, la interpretación más armónica dentro del contexto de nuestra normativa de Derecho Internacional Privado, tanto de fuente nacional como internacional, es que solamente son reclamables a nuestros tribunales los efectos dañosos producidos en nuestro país por la conducta anticompetitiva.

22 Edgardo López Herrera, opus cit., página 412.

23 Eduardo A. Zannoni, *Damnificados indirectos en razón del daño*, en E. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, página 167.

24 En el caso *Mi-West Paper Prods. Co. V/ Continental Group*, 596 F.2d 573, 590 (3° Cir. 1979) se estableció como criterio que la pérdida de un empleo no confiere legitimación activa.

25 *Brunswick Corp v/ Pueblo Bowl-O-Mat, Inc*, 429 US 477, 489 (1977).

26 *Cargill, Inc v/ Monfort of Colorado, Inc*, 479, US 104 (1986).

27 *Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., Private anti-trust remedies under US law*, en <http://www.stblaw.com/content/publication/pub484.pdf>.

28 *Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., opus cit.*

En otro orden, las cortes estadounidenses deniegan las reclamaciones por parte de quienes no tienen una participación en el mercado relevante, o cuyos daños alegados son altamente especulativos o que constituyen víctimas indirectas del daño (indirect purchaser). De este modo, entramos en el análisis de lo que usualmente se interpreta como perjudicados indirectos en la normativa antitrust.

En Estados Unidos este problema se conoce como “proper plaintiff”. Allí, según refiere Anna Genovese²⁹, en 1906 en el caso *Chattanooga Foundry and Ouo Works v/ Atlanta* se resolvió que está legitimado para reclamar por vía de la “treble damage act” el consumidor que ha pagado una mercadería o un servicio a un precio superior por efecto de un comportamiento prohibido por las leyes antitrust.

Lo anterior se basa en la teoría conocida como “passing on”. En virtud de la misma, se priva de legitimación al primer adquirente del producto o servicio, si es que luego lo vuelve a volcar al mercado. La razón de ello es considerar que éste no sufre daño alguno desde que lo traslada en el precio al consumidor.

No obstante, lo anterior parte de una ficción, ya que no siempre será posible efectuar el traslado a los precios. Aún cuando el distribuidor resuelva hacerlo de ese modo, correrá el riesgo de perder clientela y disminuir el volumen de venta, en virtud de la existencia de productos sustitutos. Como afirma Guillermo Cabanellas de las Cuevas³⁰, la posibilidad de traslado dependerá de las condiciones de mercado.

En consideración a ésta y a otras circunstancias, tales como la dificultad de prueba del porcentaje volcado al precio, en el caso *Hanover Shoe*, en 1968 la Corte Federal dijo que el empresario directamente damnificado puede obtener del autor del hecho un resarcimiento por el daño sufrido, sin necesidad de deducción del daño eventualmente transmitido a la clientela.

Continuando esta línea evolutiva, en 1977 en el caso múltiplemente citado, *Illinois Brick Company v/ Illinois*, la Corte Suprema excluyó al consumidor final de la posibilidad de reclamar daño, a no ser que haya adquirido el producto directamente de su productor³¹. Es decir, se le concedió acción exclusivamente al intermediario o al consumidor que adquiere el producto en forma directa, denominado “direct purchaser”.

No obstante lo anterior, la Corte norteamericana dejó a salvo la legitimación de los consumidores, pero en forma excepcional y limitada a las hipótesis en que el “passing on” pueda ser acreditado. Según Toffoleto³², esto acontece en caso de que se verifique el “cost plus”; esto es, que en el contrato de readquisición se den tres elementos:

- Una previsión que determina la transferencia integral del precio extra sufrido.
- Un mecanismo que pone al intermediario al resguardo de toda alteración, sea de las ganancias, sea de las ventas;
- Una rígida predeterminación de la cantidad comprada que sea absolutamente independiente del precio.

Por otra parte, la Corte Suprema de aquel país, en el caso *Radovich v/ National Football League*, 352. US 445, 454 (1957), declaró que las cortes no pueden adherir requerimientos al ejercicio de las acciones por daños antitrust, más allá de los establecidos por las leyes del Congreso³³.

Este proceso culminó con el caso *ARC América*, en el cual la Corte Suprema resolvió que las leyes de cada uno de los Estados de aquella nación están legítimamente facultadas para atribuir derecho al resarcimiento al comprador consumidor, siempre que no se le niegue al comprador directo efectivamente dañado.

A pesar de ello, más de 20 estados, denominados “Illinois Brick Repealers”, deniegan legitimación activa a los consumidores.

Asimismo, a nivel general se reconoce una legitimación excepcional del “indirect purchaser” en los casos en que el “direct purchaser” es controlado por el productor o que existe un acuerdo conspirativo entre estos.

En definitiva, la exclusión de la legitimación activa al consumidor ha disgustado a la jurisprudencia norteamericana, la cual ha procurado ampliar el abanico de excepciones.

Cabe señalar que el fundamento de excluir a los consumidores de la reclamación es de índole práctica. Se señala que éstos no tienen un buen conocimiento de costos como para poder estimar el perjuicio generado por un precio predatorio o la aplicación de una política monopólica. Por ello, se afirma, el competidor se

29 Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l’esperienza americana, en *Rivista delle società*, 1992, página 706, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 675.

30 Derecho antimonopólico y defensa de la competencia, página 794, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 676.

31 Ver <http://supremecourtofohio/publicinformation/casesummaries.scomet.state.oh.us/communication-office/summaries/2005/4005/040304.osp>

32 Opus cit, página 306, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 677.

33 Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, *Antitrust Análisis. Problems, Text and cases*, Aspen publishers, Sexta edición, Nueva York, 2004, página 61.

hallará en mejores condiciones de efectuar un análisis económico que informe acerca de las consecuencias cuantitativas que ha tenido la aplicación de una política anticompetitiva.

Vemos como de ese modo, en definitiva, el problema de legitimación activa se ve influenciado por las dificultades que presenta la estimación del daño.

Para paliar ello y conceder legitimación al consumidor se ha ideado un método de cálculo del sobreprecio que abonó el consumidor y que constituye, en definitiva, el valor de su daño. Dicho método se conoce como “yardstick method” y consiste en comparar los precios del mercado del producto objeto de la práctica anticompetitiva con los precios de algunos diferentes pero razonablemente similares mercados en los cuales se ha respetado la competencia.

Sin embargo, el procedimiento requiere de un segundo paso. El juez habrá de comparar el precio efectivamente abonado con el precio que el consumidor hubiese pago en situaciones de mercado normales.

Este no es el único método empleado, pero sí el que ha tenido más éxito. Alternativamente se ha utilizado el método denominado “before and after method”, por el cual se compara el precio del producto con anterioridad y posterioridad a la práctica anticompetitiva.

No obstante, estos métodos no son técnicamente incuestionables. En efecto, teniendo en cuenta que el incremento del precio probablemente repercute desfavorablemente en el volumen de ventas, vemos que el aumento del valor no es directamente proporcional al daño.

Como modo correctivo de lo anterior se ha propuesto la aplicación de dos medidas. La primera consiste en descartar el “passing on”. Para ello solamente se legitima a reclamar al consumidor final, ya que es directamente en su patrimonio donde repercute el incremento del precio. De ese modo, se evita el desajuste estimatorio del daño producto de la absorción del incremento por parte de los agentes intermedios de la cadena del producto, en hipótesis en que no se verifique una transferencia integral al costo.

La segunda medida consiste en que el incremento del precio no constituya exactamente el daño resarcible. Aquel debe ser amalgamado por el influjo de otros factores, tales como la disminución de la participación del producto en el mercado, en virtud de la aplicación de la práctica anticompetitiva.

Por su parte, en Francia se reconoce a los consumidores legitimación activa, por medio de asociaciones que los representen. Es lo que se conoce como acción de representación conjunta y es poco utilizado en la práctica³⁴.

Esto se condice con la orientación imperante en el país galo en materia de daños, donde se busca no crear barreras a la responsabilidad civil. Como dice Mazeaud, basta ser damnificado para poder accionar por responsabilidad extracontractual³⁵.

En segundo término, el consumidor francés, así como cualquier otro europeo procedente de una nación miembro, puede acudir ante la comisión respectiva de la Unión Europea, en caso de que la normativa antitrust violada sea de carácter comunitario.

En virtud de estos antecedentes, cabe afirmar que la expresión del artículo 28 de la Ley 18.159 en cuanto limita la legitimación activa a los damnificados directos, responde a la figura equivalente del “direct purchaser” y no al problema de los damnificados por rebote.

Conforme a ello, cabe preguntarse si los consumidores carecen, entonces, de legitimación activa por los daños sufridos producto de conductas anticompetitivas. La interpretación literal del artículo 28 conduciría a ello. No obstante, entendemos que debe considerarse dicha disposición en el contexto de otras de la misma ley.

Como afirma Alterwain³⁶, uno de los temas más discutidos en la historia de sanción de la Ley fue su objeto, finalmente reconocido en el Artículo 1 como el fomento del “bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios”. Como ha señalado recientemente el Director General de la Comisión Europea: “Mientras el proceso competitivo es importante como un instrumento, y mientras en muchas oportunidades la distorsión de este proceso lleva a dañar al consumidor, su protección no es un fin en sí mismo. El fin último es la protección del bienestar del consumidor, como resultado del proceso competitivo”³⁷.

34 Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 678.

35 Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil uruguayo, Tomo XIXI, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, página 277.

36 ¿Cómo determinar si una práctica empresarial es anticompetitiva? Pautas y metodología en el marco de la Ley 18.159 y su decreto reglamentario, en Revista de Derecho y Tribunales, N° 7, junio 2008.

37 Extraído del discurso de Philip Lowe “Consumer Welfare and Efficiency - New Guiding Principles of Competition Policy?” 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day”, Munich, 20 de marzo de 2007. (disponible en Internet en http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf, visitado por última vez el 12 de agosto de 2007), citado por Alejandro Alterwain, opus cit.

El referido autor uruguayo recuerda que existía una alternativa, planteada por un grupo de legisladores liderados en este punto por el Cr. Iván Posada, según la cual el objeto de la ley debía establecerse como *“la promoción y defensa de la competencia, la promoción de la eficiencia económica, la libertad de iniciativa, la apertura de mercados, la des-concentración del poder económico, así como evitar los usos indebidos del poder de mercado”*, tal como se disponía en un anteproyecto.

Es decir, si se tuvo en consideración una alternativa que excluía del objeto de protección de la ley a los consumidores y, no obstante ello, se optó por la solución opuesta, no puede dejar de otorgarse a dicha tutela la trascendencia que le corresponde.

Como señala Alterwain³⁸, la discusión sobre el objeto no es un mero ejercicio intelectual. El fomento del bienestar del consumidor constituye un elemento principal en la interpretación de la Ley e impacta directamente en su aplicación. En términos generales, dicho objeto adopta a su juicio una suerte de “test de daño al consumidor”. Cuando una práctica no provoca efectiva o potencialmente un daño al actual o futuro consumidor o usuario, ya sea en materia de precios, calidad, innovación o alternativas, la práctica no es anticompetitiva en los términos de la Ley.

Alterwain fundamenta lo anterior en considerar a la Ley 18.159 como una norma administrativa de tipo sancionatoria. Por ende, entiende aplicables principios interpretativos provenientes del derecho penal. En particular, debe aplicarse el principio que exige la afectación del bien jurídico tutelado como requisito para el cumplimiento del “tipo” penal.

Por lo expuesto y en virtud de las consideraciones del autor anteriormente referido, entendemos que la Ley 18.159 no priva a los consumidores de legitimación activa por los daños que les ocasionare una conducta anticompetitiva. Asimismo, dicha interpretación resulta acorde con la tendencia actual del Derecho de Daños y con el principio del resarcimiento integral del daño padecido.

En relación a ello, cabe señalar que según quien sea el legitimado activo, la doctrina reconoce un divergente régimen de responsabilidad. Así, en los casos en que el reclamante es el consumidor, la acción se habrá de regular por la Ley de Defensa del Consumidor.

En cambio, si quien reclama es el intermediario, se tratará de un caso de responsabilidad aquiliana³⁹, que en virtud del artículo 7 de nuestro Código de Comercio habrá de regirse por su normativa si se entiende que estamos frente a responsabilidad contractual. No obstante, la opinión mayoritaria en doctrina, a partir de lo sostenido por autores italianos, es que estamos frente a hipótesis de responsabilidad extracontractual, rigiendo, entonces, el Código Civil.

Un segundo aspecto de la legitimación activa en la materia lo constituye saber si un sujeto que intervino como parte en un acuerdo considerado como anticompetitivo puede reclamar por los daños que el otorgamiento del mismo le ocasiona, argumentando que dicho acuerdo es violatorio de la normativa antitrust.

Es lo que se conoce como la excepción “in pare delicto”. En este caso, el demandado puede alegar que su demandante fue parte de la conducta anticompetitiva, por lo cual carece de legitimación. Es algo similar a lo que acontece con la teoría de los actos propios.

A partir del caso *Perma Life Mufflers v/ International Parts Corp.*, 393 US 134 (1968), la Suprema Corte estadounidense sostuvo que resulta desfavorable una defensa in pare delicto a excepción de los casos en que el actor es coiniciador o tuvo una participación igualitaria al demandado en la conducta anticompetitiva⁴⁰. Algo similar sucede con la teoría denominada “unclean hands” y la correspondiente “dirty-hands defense”.

Sin embargo, la misma no es una defensa esgrimible contra el litigante económicamente coaccionado para participar. Es decir, la defensa no puede ser opuesta por el demandado poderoso cuando se puede probar que ha sido él quien impuso las condiciones generales de contratación.

En Chile expresamente se establece que la exposición de la víctima al daño determina una rebaja en la indemnización⁴¹. Sin embargo, en Uruguay no existe una norma similar.

No obstante, entendemos que debe ser traído a colación el artículo 17 de la Ley 18.159: *“en el caso de prácticas concertadas entre competidores, se considerará como especial atenuante la denuncia realizada por uno de los miembros del acuerdo o el aporte que éste brinde para la obtención de pruebas suficientes para la sanción de los restantes infractores”*.

Si bien dicha norma refiere a las sanciones administrativas, entendemos que nos ilustra acerca de la intención legislativa respecto a la protección o castigo del partícipe en la conducta anticompetitiva que, al mismo tiempo, alega haber sido perjudicado por la misma.

38 Opus cit.

39 Carlos A. Calvo Costa, *Daños causados por competencia desleal. Análisis y fundamentos de su reparación*, capítulo de Carlos A. Costa Calvo, *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, página 374.

40 Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, opus cit., página 71.

41 Exposición efectuada por Carlos Pizarro Wilson el día 12 de mayo de 2008 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

En primer término, cabe señalar que la disposición parece contener dos soluciones contradictorias. Se considera la conducta de quien aporte pruebas al órgano de control como un atenuante y no como eximente, lo cual da a entender que carece de inmunidad y puede ser objeto de la aplicación de sanciones administrativas.

Por otro lado, la parte final de la norma refiere a la sanción de los otros infractores. ¿Esto significa que el arrepentido no es sancionado? Entendemos que no.

El beneficio con que goza quien aporta pruebas a los efectos de la aplicación de sanciones administrativas a sus coinfractores es, solamente, una disminución en la sanción que se le aplicará a él mismo. El empleo de la palabra "atenuante" resulta indudable en cuanto a ello.

Es decir, el espíritu legislativo es sancionar también al arrepentido. Por ello entendemos que en materia de responsabilidad civil la solución ha de ser coherente.

Siendo así, la "dirty-hands defense" ha de prosperar, careciendo de legitimación activa en un proceso de daños aquel que ha participado en la conducta anticompetitiva. Asimismo, esto resulta coherente con la aplicación de la teoría de los actos propios, por lo que resulta ser la solución más conveniente a nuestro sistema.

No obstante lo anterior, si la intervención en la conducta anticompetitiva por parte del actor ha sido económicamente coaccionada por el demandado, el primero verá salvaguardada su legitimación activa, conforme a la solución usualmente admitida en derecho comparado.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, entendemos que cabe admitir la legitimación activa del competidor, consumidor e incluso del proveedor, en virtud de que esta es la tendencia que más se condice con la actual tendencia aperturista en la materia⁴². Debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 18.159 no sólo tiene por objeto la protección del consumidor, sino que éste debe ser alcanzado a través del estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados. Creemos que resulta funcional a ello una concepción amplia de la legitimación activa en materia de Derecho de Daños.

Claro, cualquiera de los sujetos indicados carecerá de dicha legitimación si ha participado activamente y de un modo no económicamente coaccionado en la conducta anticompetitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterwain, Alejandro, ¿Cómo determinar si una práctica empresarial es anticompetitiva? Pautas y metodología en el marco de la Ley 18.159 y su decreto reglamentario, en *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 7, junio 2008.
- Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, *Antitrust Análisis. Problems, Text and cases*, Aspen publishers, Sexta edición, Nueva York, 2004.
- Barros Tocornal, Fernando, *Comentarios a la ponencia del Sr. Russell Pittman: la situación en Chile*, publicado por ORT Uruguay, Montevideo, 1994.
- Benítez Caorsi, Juan, *El contrato forzoso y necesario*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, año 1998.
- Caffera, Gerardo, *El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (Antitrust)*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, volumen 31.
- Calvo Costa, Carlos A., *Daños causados por competencia desleal. Análisis y fundamentos de su reparación*, capítulo de Carlos A. Costa Calvo, *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Cianciarulo Bertone, Daniella, *Incidencia de la Economía en el Derecho*, XII Jornada Notarial Iberoamericana.
- Fuller, Lon L. y Perdue, William R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, traducción y comentario de Derecho español por José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

⁴² Edgardo Saux, exposición efectuada el día 16 de mayo de 2008 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

-
- Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil uruguayo, Tomo XIXI, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
 - Hovenkamp, Herbert, The antitrust enterprise. Principle and execution, Cambridge, 2005.
 - Jurisprudencia del Estado de Ohio en <http://supremecourtfohio/publicinformation/casesummaries.scomet.state.oh.us/communication-office/summaries/2005/4005/040304.osp>
 - Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., Private anti-trust remedies under US law, en <http://www.stblaw.com/content/publication/pub484.pdf>
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída, Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas, en Instituciones de Derecho Privado, Responsabilidad Civil- Derecho de Daños, Tomo 5, obra colectiva dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
 - López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
 - Mariño, Andrés, Estudio del Título preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868 en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, Montevideo, 2001.
 - Muller, Enrique y Saux, Edgardo, La legitimación difusa, en Muller y Saux, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005.
 - Santarelli, Fulvio, La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en Revista Crítica de Derecho Privado , N° 4, 2007.
 - Saux, Edgardo, Accidentes de tránsito. Tenedores o usuarios del vehículo automotor. Dependientes. Legitimación activa y pasiva., en Muller y Saux, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005.
 - Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, Le caractère personnel du dommage, extracto de Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Las conditions de la responsabilité, 3ª edición, L.G.D.J., Paris.
 - Yzquierdo Tolsada, Mariano, La legitimación en la responsabilidad civil, en Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001.
 - Zannoni, Eduardo A., Damnificados indirectos en razón del daño, en E. Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1993.