

La incorporación del abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación y sus efectos en el Derecho de Defensa de la Competencia argentino

The abuse of the dominant position in the National Civil and Commercial Code and its effects in the Argentinian Competition Law

María Victoria Darsaut⁽¹⁾ y Matías Ignacio Rostán⁽²⁾

Resumen

La incorporación del artículo 11 en el CCCN sobre abuso de posición dominante en el mercado significa la puerta de entrada al sistema de ejecución privada del Derecho de la Competencia en nuestro país.

En el presente artículo se abordará la normativa específica y el aporte de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema.

Palabras claves

Código Civil y Comercial · Ley de Defensa de la Competencia · Abuso de posición dominante · Mercado · Responsabilidad Civil

Abstract

The regulation about the abuse of dominant position in the market in the National Civil and Commercial Code is the front door for the private enforcement of Competition Law in Argentina.

This article will address the specific regulations and the contribution of doctrine and jurisprudence about the topic.

Keywords

Commercial and Civil Code · Competition Law · Abuse of dominant position · Market · Civil Liability

Introducción

En nuestro país la protección de la competencia tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Carta Magna en 1994. El artículo 42 establece expresamente el deber del Estado de defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y

⁽¹⁾ María Victoria Darsaut. Abogada. Especialista en Derecho Comercial (Área Derecho Bancario) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. Profesora Adjunta Ordinaria (a cargo) de la asignatura Derecho Comercial y Empresarial de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales—UNL. Secretaria del Instituto de Derecho Comercial de la FCJS—UNL período 2020. Investigadora categorizada.

⁽²⁾ Matías Ignacio Rostán. Abogado. Docente Auxiliar en la asignatura Derecho Comercial y Empresarial de la Carrera Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales—UNL. Estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños (Cohorte 2019) y de la Carrera de Especialización en Derecho de la Empresa (Cohorte 2020). Miembro del Instituto de Derecho Comercial de la FCJS—UNL.

controlar los monopolios naturales y legales. Además, podemos encontrar a los derechos de libertad de empresa, comercio, industria y el de competir en el mercado regulados en otras disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico, como así también la reglamentación del ejercicio de estos derechos de libertad económica. Dicha reglamentación «debe lograr que el ejercicio de los derechos de unos no menoscabe el ejercicio de los derechos de otros»⁽³⁾.

Por su parte, en lo que refiere al derecho de defensa de la competencia, Argentina fue un país pionero a la hora de incorporar regímenes normativos de protección de ese bien jurídico. En la actualidad, y con el objetivo de cumplir con el mandato constitucional dispuesto en el artículo 42, se encuentra vigente la ley 27442 de Defensa de la Competencia.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), el 1 de agosto de 2015, significó un rotundo cambio de paradigma para el derecho privado argentino. Numerosas son las disposiciones que introdujo en materia civil y comercial, entre las que podemos destacar el artículo 11, a través del cual, por primera vez, se incorpora la figura del abuso de posición dominante en una norma de derecho privado.

El propósito del presente trabajo es analizar la introducción, en la norma mencionada, del abuso de posición dominante en el mercado, instituto propio del Derecho de Defensa de la Competencia, el cual no se encontraba regulado en el Derecho Privado. De este modo, pretendemos reflexionar sobre el significado y los efectos de su incorporación en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, y en particular, respecto del sistema de ejecución privada de la competencia.

1. La inclusión del abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial

El artículo 11 del CCCN⁽⁴⁾ está ubicado en el Título Preliminar, en el Capítulo Tercero referido al Ejercicio de los Derechos, donde también se encuentran el artículo 9⁽⁵⁾ y 10⁽⁶⁾ que regulan los principios de buena fe y abuso del derecho, respectivamente.

La norma en cuestión establece que «Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales». En este sentido, podemos afirmar que el

⁽³⁾ Basterra, Marcela (2000). «La Defensa de la Competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25156», p. 5. Disponible online en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion%CC%81n-Argentina.-El-arti%CC%81culo-42-y-la-ley-reglamentaria-n%C2%B0-25.156.pdf>

⁽⁴⁾ Encuentra su antecedente en el artículo 397 del Proyecto de Código Unificado de 1998.

⁽⁵⁾ Artículo 9 del CCCN. Principio de Buena Fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

⁽⁶⁾ Artículo 10 del CCCN. Abuso del Derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

artículo 11 es una norma de enlace⁽⁷⁾, pues su función es la de vincular al principio de buena fe y el de abuso del derecho, con las disposiciones especiales que refieren al tema; esto es, en nuestro país, la ya mencionada ley 27442 de Defensa de la Competencia.

Es necesario remarcar que tal como se encuentra estipulado, la buena fe y el abuso del derecho funcionan como pautas interpretativas e integradoras al momento de analizar un abuso de posición en el mercado. Es decir, se deberá necesariamente recurrir a esos principios al momento de merituar la situación abusiva en un caso particular.

Por su parte, la mayoría de la doctrina coincide en que haber incorporado el referido artículo 11, resulta una clara manifestación del principio protectorio y se traduce en un deber para las empresas que detentan una posición de dominio en el mercado, de actuar conforme al principio de buena fe y de abstenerse de incurrir en un ejercicio abusivo de derechos.

El CCCN recepta la tutela preventiva, mediante la cual el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de derechos. En este punto, Trevisán afirma que la incorporación del art. 11, y la remisión que este efectúa a los dos artículos que le preceden, hace posible que sea aplicable, en materia de abuso de posición dominante, la tutela preventiva y la resarcitoria, como así también, el deber de reponer las cosas al estado de hecho anterior. Asimismo, el autor destaca que el nuevo régimen introducido por el CCCN, relativo a la función preventiva del derecho de daños —art. 1710 y ss. del CCCN— sería aplicable a casos de abuso de posición dominante, a través de los arts. 9, 10 y 11⁽⁸⁾.

Histórico ha sido el debate doctrinario acerca de si el abuso de posición dominante era (o no) una especie del género abuso del derecho, y la incorporación de la figura en el CCCN reflató la discusión. Para una parte de la doctrina, entre ambas figuras existe una relación de género–especie: el abuso de posición dominante sería una especie dentro del género abuso del derecho⁽⁹⁾.

Por su parte, la idea de que el abuso de posición dominante no debe ser concebido, ni entendido como una categoría especial o subespecie del abuso del derecho fue puesta en evidencia tempranamente por Bergel y Paolantonio, quienes consideraron que el abuso de posición dominante fue adquiriendo autonomía como consecuencia de la consolidación de su desarrollo por la jurisprudencia alemana, sin tener la necesidad de recurrir a las normas del abuso de derecho en sentido amplio; por lo que este último y el abuso de posición dominante, más allá de la parcial coincidencia terminológica, se presentan como figuras independientes⁽¹⁰⁾.

Resulta enriquecedor el aporte de Ghersi en este sentido al sostener que los artículos 10 y 11 deben combinarse de tal forma que el juez deba ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere,

⁽⁷⁾ Cfr. López Mesa, Marcelo (2019). «El Abuso de Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial». *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Errejus, p. 1. Disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_lm.pdf

⁽⁸⁾ Trevisán, Pablo (2016). «Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia». *RCCyC* (abril); Cita Online: AR/DOC/916/2016, p. 1.

⁽⁹⁾ Krieger, Walter (2015). *Código Civil y Comercial, Comentado, anotado y concordado*. Astrea, p. 15.

⁽¹⁰⁾ Paolantonio, Martín y Bergel, Salvador (1998). «Abuso de Derecho y Abuso de Posición dominante». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 16; p. 18. Disponible en: http://works.bepress.com/martin_paolantonio/2/

procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización cuando se trate de un abuso de posición dominante en el mercado⁽¹¹⁾.

Retomando el análisis del artículo 11, cabe destacar que el CCCN no define qué se entiende por abuso de posición dominante en el mercado, y deja librado a la legislación especial su conceptualización. Sin embargo, es claro que el artículo se refiere al abuso de posición dominante en el contexto del mercado. Esto fue expresado en los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN, los cuales destacaron que el ejercicio abusivo dispuesto en el artículo 11 refiere a la posición dominante en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas.

De este modo, entendemos que lo establecido en el citado artículo no modifica el concepto dispuesto en las leyes especiales sobre competencia, pero sí sostenemos que la incorporación de la norma da lugar a la posibilidad de repensar uno de los temas más actuales y con mayor proyección del Derecho de la Competencia, esto es, la tutela desde el derecho privado de un bien colectivo como es la competencia, la cual tiene su protección específica en sistemas normativos de derecho público, tales como la Constitución Nacional y las normas de defensa de la competencia. Al decir de Lorenzetti, el art. 11 es un ejemplo de comunicabilidad entre el Derecho Público y el Derecho Privado⁽¹²⁾.

Adhiere a esto López Mesa, cuando afirma que:

la norma es un puente entre contenidos de derecho privado y la nueva norma de defensa de la competencia, cuya sustancia es publicista y orientada no ya a la defensa de persona o empresas perjudicadas por la conducta abusiva, sino a la defensa de un interés público, como es el buen funcionamiento del mercado y evitar sus distorsiones artificiales, en especial, tutelando a los consumidores que pudieran verse perjudicados por estas maniobras. (López Mesa, 2019:3)

2. El abuso de posición dominante en el Derecho de Defensa de la Competencia en nuestro país

La figura del abuso de posición dominante fue desconocida en nuestro ordenamiento jurídico hasta la sanción de la ley 22262 de Defensa de la Competencia en el año 1980. En efecto, ni la ley 11210 de represión de monopolio (ADLA, 1920–1940, 110) de 1923 ni la 12906⁽¹³⁾ de 1946 contemplaron el abuso de posición dominante dentro de los delitos que declaraban punibles.

Recién con la sanción de la ley 22262 se introdujo esta figura, novedosa para nuestra legislación, pero conocida en el derecho comunitario europeo. Esto es así, dado que toda la ley fue inspirada en la normativa de la entonces Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma, arts. 85 a 90) y en sus antecedentes jurisprudenciales.

Al respecto, se ha destacado que dicha ley supuso una innovación sobre el régimen antecedente, al incorporar a nuestro país al sistema de defensa de la competencia imperante

⁽¹¹⁾ Cfr. Ghersi, Carlos Alberto (2016). «El abuso de posición dominante». La Ley 2016-B, 1157, 15/04/2016; Cita online AR/DOC/1134/2016. p. 1.

⁽¹²⁾ Lorenzetti, Ricardo (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I, 1ra. Edición. Rubinzal–Culzoni Editores, p. 67.

⁽¹³⁾ ADLA, VII, 21.

en el ámbito del Mercado Común Europeo, sobre las bases de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957, con el precedente del art. 65 del Tratado de París de 1951 por el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁽¹⁴⁾.

Así, en su artículo 1º, la ley estableció como principio general la prohibición y sanción de —entre otros— los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que constituyesen abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pudiese resultar perjuicio para el interés económico general.

Ahora bien, para evitar posibles dudas sobre su alcance e interpretación, nuestra ley definió la posición dominante en su art. 2º y señaló que:

a)...una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; b)...dos o más personas gozan de posición dominante, en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

De la lectura de dicha ley, quedaba claro qué es lo que podía ser considerado posición dominante; que esta podía ser detentada por una o más personas y que, conforme el principio general del art. 1 de dicha norma, solo se iba a castigar el *abuso* de esa posición dominante, es decir, aquel uso irrazonable, abusivo, de manera tal que, mediante esa posición de dominio que se detentaba se pudiera excluir o restringir el acceso al mercado de los competidores y a través de dicha conducta, dañar potencialmente el interés económico general.

En el momento de sancionarse la ley 22262 señalaba Fargosi que dicha norma no apuntaba a impedir la formación de poder económico, sino que, más bien, estaba dirigida a controlar su ejercicio. Asimismo, añadía que no se trataba de una política conflictiva respecto de las empresas que tenían una posición dominante en el mercado, sino, de reprimir aquellos supuestos en los que dicha posición de dominio pudiera afectar la libre competencia que el Estado tiene interés en garantizar⁽¹⁵⁾.

Uno de los primeros fallos en nuestro país que se ocuparon de conceptualizar la posición dominante fue el dictado por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II en la causa: *Industrias Welbers S.A.* Allí se estableció que:

Existe posición dominante en el mercado a los efectos de la ley 22262 cuando concurre la situación que permite a una empresa comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, y ello por la posición de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁴⁾ Fargosi, Horacio (1980). «Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia». *ADLA*, **XL-C**, p. 2521.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Fargosi, H, op. cit. p. 2526.

⁽¹⁶⁾ CNPenal Econ. Sala II, julio 5-983, autos: *Industrias Welbers S.A. Revista L.L.*, Tº 1984-A, p. 27.

Como ya se señaló previamente, el hecho de que una empresa (o varias) tuvieran una posición dominante en el mercado no era punible en sí mismo, sino solamente cuando dicha posición de dominio fuera utilizada en forma abusiva, y en la medida que ese abuso tuviera entidad para dañar el interés económico general, no exigiéndose el efectivo daño, sino su potencialidad. Esta misma concepción fue tomada por las leyes que siguieron a la norma referida, o sea, la ley 25156 y la vigente ley 27442.

Antes de continuar con el análisis de la regulación del abuso de posición dominante en las leyes citadas, cabe destacar que la ley 22262 carecía de lo que se denomina el *control de estructuras*, es decir, no tenía ninguna norma destinada a controlar las concentraciones económicas; por lo que, si bien, tal como ya se señaló, sus disposiciones estaban dirigidas a controlar el ejercicio del poder económico de las empresas y no su formación o consolidación, la realidad es que durante la época posterior a su sanción (década de los ochenta y noventa) en nuestro país se formaron grandes grupos económicos sin existir ningún tipo de control o mecanismo preventivo sobre dichas operaciones. Así, varias de estas empresas consolidaron efectivamente una posición dominante en el mercado, favoreciendo posteriormente la aparición de conductas abusivas.

Esta deficiencia fue advertida en su momento por la doctrina¹⁷⁾ y motivó la incorporación en la ley 25156 de un capítulo destinado al control de las concentraciones económicas, que estableció un mecanismo de autorización previo en los supuestos previstos especialmente por la norma.

Ahora bien, la recepción de la figura del abuso de la posición dominante en la ley 25156 del año 1999, que derogó la ya reseñada 22262 fue efectuada en forma bastante similar a su antecesora. En efecto, luego de establecer en el artículo 1 el principio general de prohibición y sanción de los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general, en el Capítulo II, arts. 4 y 5, estableció qué se podía considerar como una posición dominante y las circunstancias a tener en cuenta para establecer su existencia.

Podemos indicar como diferencias que, al definir la posición dominante en el art. 4, la ley amplió el mercado en términos geográficos, dado que mencionó no solo el mercado nacional (como lo hacía la ley 22262) sino también el internacional, al establecer que la posición dominante es posible de ser ostentada, asimismo, en una o varias partes del mundo. Además, consideró que la posición dominante podía darse también cuando por el grado de integración vertical u horizontal se estuviese en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos, extremo que no se encontraba contemplado en la ley anterior.

Ahora bien, luego de varios años de debate acerca de la necesidad de modificar o derogar la ley 25156, finalmente en el año 2018 se sancionó la ley 27442 de Defensa de la Competencia que hoy se encuentra vigente.

¹⁷⁾ En ese sentido, Natan Elkim señaló que: «la nulidad del acta de defunción no revive al difunto. De la misma manera, la sanción de un abuso de posición dominante tampoco podrá reconstituir la vida económica que haya sido damnificada por este hecho. Una vez que (las empresas) hayan obtenido una posición dominante en el mercado, la intervención del Estado será completamente inoperante para aquellas (empresas) que hayan sufrido por su constitución.» (Cfr. Elkim, Natan. «Notas preliminares sobre la ley 22262 de defensa de la competencia. *ADCO*, año 15, p. 81).

Las diferencias acerca de cómo recepta el abuso de posición dominante la nueva ley respecto de la anterior no resultan significativas. En efecto, la norma trae —al igual que la ley 22262 y la 25156— un principio general que, en este caso, es más amplio que su antecesor ya que incluye como prohibidos y pasibles de ser sancionados los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas y los actos o conductas, relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Ahora bien, este primer párrafo del artículo, en su parte final agrega que quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, serán pasibles de las sanciones establecidas en la ley, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos.

En lo que refiere específicamente a la definición que trae la norma sobre la posición dominante y a las condiciones o circunstancias a tener en cuenta para establecer su existencia, cabe señalar que lo hace en forma idéntica a la establecida en la ley anterior.

Como hemos visto, la recepción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico desde la sanción de la ley 22262 hasta la fecha ha tenido pocas variantes significativas. Sin embargo, ha habido un enorme aporte doctrinario y jurisprudencial efectuado tanto a nivel nacional como internacional acerca del abuso de posición dominante, su caracterización y tipos de abuso.

Ahora bien, a los fines de analizar un abuso de posición dominante en un mercado por parte de un presunto infractor es necesario establecer que esa persona o personas gozan efectivamente de una posición de dominio en el mercado.

En primer lugar y conforme surge de la norma, podemos señalar entonces que la posición dominante y por lo tanto, el abuso podrá ser individual, es decir, ser efectuado por una empresa en forma individual, o por varias empresas, lo que es conocido como *abuso de posición dominante colectiva*¹⁸⁾. Otra de las características que tiene la posición dominante es que para ser verificada debe analizarse el llamado *mercado relevante*, tanto geográfico como de producto.

Tal como ha señalado la doctrina española la posición dominante no constituye un concepto absoluto, sino que debe traducirse en un mercado determinado y por ello, se requiere delimitar el mercado relevante desde el punto de vista geográfico, temporal y de producto¹⁹⁾.

Esto se corresponde con lo establecido en la primera parte del art. 5° de nuestra ley, es decir, analizar si la empresa en cuestión —para un determinado tipo de producto o servicio— es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo. En este sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a través de numerosos dictámenes ha establecido a lo largo de los años, diferentes

¹⁸⁾ Cervio, Guillermo J. y Ropolo, Esteban (2010). *Ley 25156 de Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*. 1º Ed, La Ley, p. 289.

¹⁹⁾ Berenguer Fuster, Luis (1999). «Las conductas abusivas de una posición de dominio». En *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Edición a cargo de Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Editorial Dykinson, p. 85.

parámetros a tener en cuenta a los fines de establecer el mercado relevante, tanto geográfico como de producto⁽²⁰⁾.

Por otra parte, y conforme el citado artículo, una empresa puede tener una posición dominante aun cuando no sea la única oferente o demandante de un producto o servicio en determinado territorio, en el caso en que no se encuentre expuesta a una competencia sustancial. Aquí resulta pertinente recordar el concepto de posición dominante que hemos citado al comienzo de este apartado al hablar del caso de *Industrias Welbers SA* y que recoge la jurisprudencia del derecho comunitario europeo⁽²¹⁾, en el sentido de considerar que quien tiene una posición de dominio se comporta independientemente de sus competidores, compradores o proveedores, y esto puede ser posible por la posición de mercado que controla, pero también por la disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión. Es decir, no estar expuesto a una competencia sustancial puede obedecer a diferentes factores, como, por ejemplo, tener mayor capacidad económica, contar con determinada tecnología, tener acceso exclusivo a determinada materia prima o, cualquier otra diferencia con las demás empresas que integran el mismo mercado que hace que pueda comportarse de forma independiente.

Finalmente, el artículo 5 habla del caso de posición dominante derivado de la integración vertical u horizontal, en el que la empresa dominante puede llegar a determinar la viabilidad económica de un competidor o de un participante en el mercado.

Ahora bien, una vez analizados los tipos de posición dominante que establece nuestra normativa, es necesario destacar que la jurisprudencia, a los fines de determinar la existencia o no de una posición de dominio, ha recurrido muchas veces al concepto de *poder de mercado*. Señala Coloma que:

La «traducción económica» del concepto jurídico de posición dominante suele hacerse relacionando dos ideas...la de poder de mercado y la de liderazgo. El concepto de poder de mercado parece ser un requisito indispensable para que una empresa pueda tener una posición dominante, en el sentido de que dicho poder es el que le permite a las empresas dominantes tener un margen para influir sobre los precios y otras condiciones que rigen los mercados. (Coloma, 2003:64)

Sin embargo, dicho autor remarca que el poder de mercado, a diferencia de la posición dominante —que se tiene o no se tiene—, es susceptible de presentar grados de acuerdo

⁽²⁰⁾ A modo de ejemplo se puede citar el caso Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines c/ Supermercados Makro, en el que la **CNDC**, luego de una denuncia por precios predatorios, y a los fines de determinar si la empresa tenía una posición de dominio, analizó el mercado relevante de producto y para ello, estudió el comportamiento de la empresa denunciada dentro del fenómeno del supermercadismo e hipermercadismo, para luego verificar su influencia dentro del mercado del comercio de artículos de papelería y en particular, de los repuestos de 480 hojas, estableciendo las diferencias de comercialización de los hipermercados con los comercios minoristas tradicionales y concluyó, entre otras cosas, que Makro no ostentaba una posición dominante en el mercado de los supermercados (**CNDC**, Expte. 064-000962/97 (c. 405), 31/07/1997).

⁽²¹⁾ Señala Coloma que esta definición es probablemente la más citada y se encuentra en el fallo del Tribunal Superior de la Unión Europea en el caso «Comisión Europea c/United Brands» del año 1976. Cfr. Coloma, Germán (2003). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. 1era. Edición; Ciudad Argentina, p. 64.

con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios y es una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente (Coloma, 2003:65).

En consecuencia, desde su perspectiva, no siempre es posible identificar el poder de mercado con la posición dominante o el ejercicio del poder de mercado con el abuso de la posición dominante, tal como han hecho nuestros tribunales (Cervio y Ropolo, 2010:291).

Otra cuestión que se ha relacionado con la posición dominante es el grado de participación en el mercado que tiene la empresa; pero debe tenerse en cuenta que no siempre una alta participación en las ventas totales del mercado se traduce automáticamente en una posición dominante (Cervio y Ropolo, 2010:293). En efecto, la llamada cuota de mercado de una empresa se calcula teniendo en cuenta las ventas realizadas por la empresa y las efectuadas por los competidores y existe jurisprudencia reiterada que establece que una alta cuota de mercado (superior a un 80%) basta para demostrar la existencia de una posición de dominio pero cuando la cuota no es tan alta, es necesario atender a otros factores del mercado relevante⁽²²⁾.

Ahora bien, una vez que se ha determinado que una —o varias empresas en forma conjunta— gozan de una posición dominante en el mercado se debe considerar si ella (o ellas) han abusado de esa posición, dado que como hemos señalado, nuestra ley no castiga el hecho de tener una posición de dominio, sino solo su uso abusivo.

La doctrina ha establecido que es posible distinguir dos tipos de abuso: el abuso explotativo y el abuso exclusorio, también denominado anticompetitivo. Se ha señalado que el abuso anticompetitivo es aquel que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o bien impedir la entrada de un nuevo operador o al menos dificultarla⁽²³⁾. En ese sentido, Cervio y Rópolo consignan que: «Las prácticas abusivas exclusorias son aquellas prácticas llevadas adelante por una empresa con posición dominante que no pueden justificarse en los usos comerciales vigentes en plaza y cuyo objetivo es el de excluir a uno o más competidores del mercado» (Cervio y Ropolo, 2010:298).

Dentro de este tipo de conductas pueden incluirse aquellas que imponen precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado; aquellas que restringen la capacidad de competir de otras empresas; las que exigen que otras empresas le concedan ventajas comerciales sin que medien justificaciones objetivas; las que niegan el acceso a los competidores a sus redes de comercialización, etc.

Por su parte, el abuso explotativo hace referencia a aquellas prácticas llevadas a cabo por una empresa con posición dominante y que resultan en una reducción del bienestar de los consumidores, aun cuando puedan no verse afectados de manera directa los competidores (Cervio y Ropolo, 2010:300).

Un ejemplo claro de abuso de posición dominante explotativo puede ser imponer precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado, es decir, generalmente se trata de casos de precios excesivos o de incremento abusivo de precios.

En nuestra ley, varias conductas descriptas en el art. 3 pueden encuadrar en la categoría de abuso explotativo, por ejemplo, los incisos a), b), f) y h), es decir, la fijación de precios;

⁽²²⁾ Cfr. Berenguer Fuster (1999:93).

⁽²³⁾ Cfr. Berenguer Fuster (1999:86).

la imposición de condiciones para producir, distribuir, comprar o vender una cantidad restringida de bienes o prestar un número limitado de servicios; el caso de ventas atadas, subordinando la venta de un bien a la adquisición de otro o imponer condiciones discriminatorias para la compra o la venta de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

Finalmente, una vez determinado que una o varias empresas tienen una posición dominante y que han abusado o se encuentran abusando de ella —sea en forma exclusiva o explotativa— corresponde analizar si el interés económico general puede verse dañado por esa conducta abusiva, a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia.

Aquí no juegan las presunciones del art. 2, dado que, si se tratara de un acuerdo colusorio de alguno de los supuestos allí mencionados, la conducta quedaría absorbida por dicha norma y, por lo tanto, no correspondería analizar la posibilidad de daño al interés económico general porque en esos casos, la ley lo presume.

Por ello, y atento lo expresado, es necesario que, a los fines de su sanción, conforme lo establece el art. 1 de la ley, se efectúe este análisis, sometiendo el caso a la llamada *regla de razón* a los fines de determinar si efectivamente ese abuso de la posición dominante en el mercado tiene la potencialidad de dañar el interés económico general.

En este punto, cabe recordar que nuestra ley vigente no lo define, así como tampoco lo hicieron sus antecesoras. Por otra parte, no es un concepto que esté expresamente contemplado en el derecho comunitario europeo porque en el Tratado de Roma se habla de castigar los acuerdos entre competidores que tengan como objeto o efecto la restricción de la competencia y el abuso de posición de dominio en un mercado que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, tal como advierte Cabanellas, cuando en el art. 85, inc. 3 de dicho Tratado se autoriza a reconocer la validez de las conductas anticompetitivas en la medida que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes, a promover el progreso técnico o económico o que permitan a los consumidores gozar de una participación justa en los beneficios resultantes, se trata de metas cuya amplitud no difieren mayormente —en su aplicación práctica— de un concepto similar al del interés económico general^[24].

Cabe recordar que en la Exposición de Motivos de la ley 22262 se señaló que el interés económico general es el que sufría al trabarse el mercado, dejando entonces a salvo aquellas conductas que pudieran parecer anticompetitivas pero que, en realidad, resultaban beneficiosas para la comunidad.

Sin embargo, no se trata de un concepto fácil de definir porque incluye múltiples elementos y factores que pueden variar dependiendo del caso que se analice y del contexto económico, social y político en que dicha conducta abusiva se lleve a cabo. En general, y tal como hemos señalado al comentar la exposición de motivos de la ley 22262, se lo ha identificado con el correcto funcionamiento del mercado y con los beneficios que obtiene la comunidad de su adecuado funcionamiento. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que tiene un importante componente subjetivo y que por lo tanto, la autoridad de aplicación, más allá de los elementos que considere relevantes a los fines de determinar

^[24] Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*; Tomo 1, 2da. Ed., Heliasta, p. 272.

la posible afectación al interés económico general (sea, el correcto funcionamiento del mercado, el interés o beneficio de los consumidores o la eficiencia económica, entre otros), siempre tendrá un margen de interpretación acerca de la verificación o no del posible daño al interés económico general que causa un abuso de posición de dominio determinado.

3. La remisión del artículo 11 a la normativa de competencia: ejecución privada del Derecho de Defensa de la Competencia

El artículo 11 del CCCN *in fine* hace una remisión a las normas especiales de la materia. En este sentido, podemos remarcar que se trata de una remisión amplia, pues no se agota en algún apartado específico de las normas de competencia. En efecto, entendemos que la incorporación del citado artículo en el título preliminar del cuerpo normativo de Derecho Privado más importante de nuestro país, abre la posibilidad de interpretar dicha remisión no solo respecto a los artículos que tratan el abuso de posición dominante en el mercado, sino también al capítulo IX de la 27442, referido a la reparación de daños y perjuicios derivados de actos anticompetitivos.

El sistema de ejecución del Derecho de Defensa de la Competencia contiene dos mecanismos de protección: el de ejecución pública o *public enforcement* y el de ejecución privada o *private enforcement*.

El mecanismo de ejecución pública se refiere al ejercicio del poder sancionador de la autoridad de competencia estatal «que culmina con el dictado de un acto administrativo condenatorio o absolutorio de la persona humana o jurídica sumariada. Ese acto administrativo, obviamente, está sujeto al debido control judicial amplio y posterior»⁽²⁵⁾.

Por su parte, el mecanismo de ejecución privada refiere a la indemnización y reparación de daños como consecuencia de las violaciones a las normas de defensa de la competencia. En palabras de Crane, este sistema implica un remedio que brinda el derecho de defensa de la competencia para compensar a los sujetos perjudicados por los infractores⁽²⁶⁾.

Entendemos, al igual que Cengiz, que el *private enforcement* tiene dos elementos o finalidades prioritarias: (i) dar la posibilidad de que los sujetos perjudicados por un acto anticompetitivo tengan derecho a reclamar daños y perjuicios en pos de garantizar la consecuente reparación; y (ii) lograr disuadir a las empresas de realizar conductas anticompetitivas⁽²⁷⁾. A esto, podemos agregar otro objetivo: complementar el *public enforcement*.

Respecto a esto último, Trevisán afirma que la ejecución pública es parte esencial del sistema de ejecución integral de las leyes *antitrust*, pero remarca que rara vez contribuye a que las víctimas recuperen las pérdidas sufridas como consecuencia de las prácticas anticompetitivas. Por ello, entiende que sin la ejecución privada es imposible que se

⁽²⁵⁾ Cfr. González Bartalay, Felipe (2018). «La infracción a las normas de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo» disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/BARTALAY-Infraccion.pdf>, p. 3.

⁽²⁶⁾ Cfr. Crane, Daniel (2014). «Aplicación Privada del Derecho de la Libre Competencia: Objetivos y Efectos colaterales». En *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque (Editores), La Ley, p. 19.

⁽²⁷⁾ Cfr. Cengiz, Firat (2007). «Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US?». P. 8; disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234 (traducción de los autores).

recuperen las ganancias perdidas o los daños sufridos —por empresas o individuos— como consecuencia de estos ilícitos⁽²⁸⁾.

A su vez, cabe destacar que, en la mayoría de los casos, ante un acto anticompetitivo se afectará tanto el comportamiento general del mercado como los derechos particulares de ciertos competidores o consumidores. En estos supuestos, serán aplicables tanto las sanciones administrativas (*enforcement* o ejecución pública de las normas de competencia) como las sanciones civiles (*enforcement* privado), requiriéndose en consecuencia una suerte de aplicación coordinada de la ejecución pública y privada de las normas de defensa de la competencia.⁽²⁹⁾

En síntesis, para que un sistema de protección de la competencia en el mercado sea efectivo, es necesario el correcto y coordinado funcionamiento de los mecanismos de aplicación pública y privada.

Por otra parte, debemos destacar que en el ámbito de la responsabilidad por daños anticompetitivos en el derecho de la competencia (*private enforcement*) existen dos clases de acciones: las llamadas acciones *follow-on* y las denominadas *stand-alone*. La diferencia primordial entre una y otra radica en el hecho de que la autoridad competente en materia de competencia haya declarado, o no, la existencia del ilícito anticompetitivo⁽³⁰⁾.

La acción *stand-alone* es aquella en la cual la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios se ejercita sin que exista una resolución administrativa que declare la existencia de un ilícito *antitrust*. Por lo tanto, en el proceso de daños en el cual se solicite la indemnización respectiva será necesario, de forma simultánea, pretender que se declare la ilicitud de la conducta anticompetitiva involucrada. Por otra parte, en la acción *follow-on*, el proceso de daños se inicia una vez que la autoridad de aplicación ya ha dictado una resolución administrativa declarando ilícita y contraria a las normas de competencia una conducta determinada⁽³¹⁾.

En el ámbito internacional, encontramos que el paradigma norteamericano y el europeo responden, cada uno de ellos, a los dos sistemas de ejecución de normas de defensa de la competencia existentes en lo abstracto.

En Estados Unidos, existe una relación de diez a uno entre la interposición de demandas privadas de libre competencia⁽³²⁾ y las interpuestas por organismos públicos, tales como la *Antitrust Division of the Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, respectivamente⁽³³⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. Trevisán, Pablo (2018). «Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa* 2018 (octubre) de *La Ley*, 12/12/2018, p. 427.

⁽²⁹⁾ Cfr. Trevisán (2018:457).

⁽³⁰⁾ Cfr. Schumann Barragán, Guillermo (2017). *Acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España*. Universidad Complutense de Madrid, p. 11. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41945/>

⁽³¹⁾ Cfr. Schumann Barragán (2017:11).

⁽³²⁾ Las acciones de daños y perjuicios juegan un papel preponderante en la legislación antimonopólica estadounidense. En ello ha tenido primordial importancia el hecho de que el artículo 4 de la Ley Clayton otorgue a los particulares damnificados el derecho a una indemnización equivalente a tres veces los daños causados por las infracciones a las leyes antitrust, lo que ha dado lugar a numerosas acciones entabladas por firmas competidoras, que se han visto excluidas de los mercados por prácticas anticompetitivas, por empresas y particulares que se vieron obligados a pagar precios superiores a los que hubieran imperado en condiciones de libre concurrencia, y por grupos de personas, con intereses comunes, que actúan en forma conjunta sobre la base de determinada conducta anticompetitiva que las perjudica. (Cfr. Cabanellas de las Cuevas, 2005:388).

⁽³³⁾ Cfr. Crane (2014:17).

Señala Cabanellas de las Cuevas que «en el marco de la Unión Europea las acciones de daños han jugado un papel marcadamente menor que en el Derecho norteamericano»⁽³⁴⁾. En efecto, al igual que en la mayoría de los otros sistemas de libre competencia, la aplicación del derecho de la competencia queda en manos de organismos públicos casi en su totalidad. Asimismo, el desarrollo de las demandas por daños ha sido lento en el continente europeo, habiéndose limitado durante los últimos años, principalmente, a jurisdicciones como el Reino Unido, Alemania o los Países Bajos⁽³⁵⁾.

En Europa, con el objetivo no solo de incentivar la aplicación privada del derecho de la competencia sino también de homogeneizar las normas de los Estados Miembros sobre *private enforcement*, en el año 2014, la Unión Europea dictó la Directiva 2014/104/UE, la cual propone una regulación común destinada a garantizar a los damnificados por actos anticompetitivos un derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio y de este modo «fomentar una competencia real en el mercado interior y (...) eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio»⁽³⁶⁾.

Como en todo hecho dañoso, a los fines de su reparación se deberá acreditar: la existencia del daño, el factor de atribución o imputabilidad, la contrariedad a derecho o antijuridicidad y la relación o nexo causal entre el hecho y el daño. Si bien no es objeto del presente trabajo desarrollar los elementos mencionados, dedicaremos unas breves líneas a destacar algunos aspectos fundamentales en lo que particularmente sucede en los casos de daños por ilícitos *antitrust*, respecto al presupuesto del daño y la relación de causalidad.

En lo que refiere al daño, se ha remarcado que es necesario diferenciar entre los daños a la competencia (daños concurrenciales generales) que son 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 tiene impacto en el patrimonio o en los derechos personales de uno o varios operadores económicos⁽³⁷⁾.

Puede destacarse que probar la relación de causalidad en los daños derivados de actos anticompetitivos es una de las mayores dificultades que enfrentan los damnificados. En este sentido, afirma Trevisán que:

no es solo la conducta anticompetitiva del infractor la que produce el daño, sino que además confluyen otro conjunto de causas ajenas tanto económicas como del propio mercado, que forman parte del riesgo empresarial. 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.⁽³⁸⁾

⁽³⁴⁾ Cabanellas de las Cuevas (2005:388) explica este autor que dichas acciones han sido obstaculizadas en alguna medida por el hecho de que la responsabilidad civil debe ser resuelta por los tribunales nacionales de los países miembros, los que generalmente no muestran una actitud favorable a la aplicación de la legislación comunitaria regulatoria de la competencia.

⁽³⁵⁾ Cfr. Trevisán, Pablo (2015). «Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina» La Ley 2015-A; 1049.

⁽³⁶⁾ Art 1 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

⁽³⁷⁾ Cfr. Trevisán, Pablo, op. cit. en nota 28, p. 443.

⁽³⁸⁾ Cfr. Trevisán, Pablo, op. cit. en nota 28, p. 447.

La antijuridicidad y el factor de atribución no presentan diferencias respecto a los casos de responsabilidad civil en general. De este modo, en primer término, se deberá demostrar que el acto es anticompetitivo conforme a la normativa específica. Mientras que, respecto al factor de atribución, será necesario demostrar un fundamento de imputación, objetivo o subjetivo, que permita atribuir la responsabilidad por el accionar anticompetitivo.

Por otra parte, uno de los aspectos que ocupa generalmente a la doctrina cuando se trata de la aplicación privada del derecho de la competencia refiere a la legitimación activa. En efecto, existe divergencia respecto de quiénes pueden iniciar acciones de daños, esto es, si solo pueden hacerlo aquellos que han sido víctimas directas o también quienes han sido perjudicados indirectamente por el acto anticompetitivo.

En el sistema norteamericano se sigue la regla del comprador directo⁽³⁹⁾, según la cual solo estos tienen legitimidad activa para accionar por daños y perjuicios que tengan causa en un acto anticompetitivo. En efecto, se ha señalado que «solo los compradores directos de un bien cuyo precio ha sido alterado tienen derecho a demandar, incluso si hubiesen traspasado el sobreprecio al revender el bien a un precio superior al de mercado, evitando de este modo la lesión económica»⁽⁴⁰⁾. Es interesante remarcar que en el año 2002 fue creada la *Antitrust Modernization Commission*, en cuyo reporte final, recomendó que tanto los compradores directos como los indirectos, estén legitimados para reclamar —a nivel federal— la indemnización triplicada de los perjuicios que logren acreditar durante el juicio. Sin embargo, la recomendación no ha sido adoptada aún, por lo que, en la actualidad, la única posibilidad para los compradores indirectos de acudir a la jurisdicción federal se da cuando puedan acumular sus pretensiones a una *class action* entablada por los compradores directos, de acuerdo con el *Class Action Fairness Act*⁽⁴¹⁾.

En contraposición, el sistema de la Unión Europea dispone de una legitimación activa amplia, y les otorga legitimación tanto a los compradores directos como a los indirectos⁽⁴²⁾. Esto queda claro en los objetivos de la Directiva 2014/104 de la UE, la cual en su artículo primero establece: «que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación»⁽⁴³⁾. A su vez, se remarca en la citada Directiva (Considerando 13) que:

El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de

⁽³⁹⁾ Criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU en fallo *Illinois Brick Co. v. Illinois de 1977*.

⁽⁴⁰⁾ Crane (2014:38).

⁽⁴¹⁾ Caicedo, Sebastián Solarte (2015). «La defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos: dos desafíos frente a la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia». *Rev. Derecho Competencia*, Vol. 11, N° 11, 249–284, p. 17. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/6-la-defensa-passing.pdf>

⁽⁴²⁾ Esta doctrina fue la establecida por el Tribunal de Justicia Europeo en los fallos *Courage* en 2001 y *Manfredi* en 2006. (Cfr. Fernández, Cani (2012), «Diez años de la aplicación privada del derecho comunitario de la competencia en España». P. 2, disponible en: https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/diez_anos_de_la_aplicacion_privada_del_derecho_comunitario_de_la_competencia_en_espana_783.pdf

⁽⁴³⁾ Art 1 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.⁽⁴⁴⁾

Otra de las cuestiones que ha ocupado a la doctrina y que está íntimamente relacionada con la legitimación activa es el tema de la llamada defensa *passing-on*. Esta figura desarrollada en el derecho estadounidense refiere a la posibilidad que tiene la empresa demandada de invocar como defensa que los mayores costos derivados de la práctica anticompetitiva han sido trasladados a etapas posteriores del proceso productivo («aguas abajo») y, por tanto, no han perjudicado al accionante o por lo menos, no en la medida reclamada.

En efecto, el propio afectado por un acto anticompetitivo puede haber mitigado o neutralizado el daño, trasladando a sus propios clientes el sobrecosto que le ha ocasionado el acto abusivo y por ello, el demandado podrá alegarlo —y deberá probarlo— como una forma de reducir o excluir su responsabilidad.

Al respecto, en la Unión Europea esta regla se encuentra en la Directiva referida, la cual permite la defensa *passing-on*. De hecho, la norma comunitaria en su art. 13 regula expresamente la defensa *passing-on* manifestando que:

Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.⁽⁴⁵⁾

Por su parte, en el sistema norteamericano, la jurisprudencia optó por el rechazo del *passing-on* como estrategia de defensa de las empresas que incurren en actos anticompetitivos⁽⁴⁶⁾.

4. La aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia en nuestro país. Análisis histórico y estado actual

La posibilidad de que los damnificados por los actos prohibidos en la ley de defensa de la competencia pudiesen iniciar acciones para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados fue contemplada por la ley 22262 en su art. 4. Allí, se estableció que dicha acción civil se podía ejercer ante la justicia con competencia en materia comercial,

⁽⁴⁴⁾ Considerando 13 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

⁽⁴⁵⁾ Artículo 13 de la Directiva 104/2014 de la Unión Europea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

⁽⁴⁶⁾ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado una posición restrictiva respecto a la limitación de la responsabilidad de daños y perjuicios en función del traslado de estos a terceros a partir del fallo *Hanover Shoe Inc vs B.United Shoe Machinery Corp* (1968) (Cfr. Cabanellas de las Cuevas, 2005:391).

y se fijaron diferentes momentos para habilitar su interposición. En efecto, podía iniciarse una vez que estuviese firme la resolución contemplada en el art. 19 de dicha norma, esto es, la que desestimaba una denuncia; o cuando se hubiese dictado la resolución que aprobaba el compromiso de cese previsto en el art. 24. También podía tratarse del caso de una resolución que hubiese impuesto sanciones, supuesto en el cual la acción podía iniciarse luego de su dictado, o cuando estuviese firme la resolución que había dispuesto el archivo de las actuaciones conforme lo ordenaba el art. 30. Finalmente, la norma establecía que, independientemente de lo señalado con anterioridad, si habían transcurrido dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción, los damnificados estaban en condiciones de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Resulta evidente que la posibilidad de iniciar la acción prevista en la ley resultaba bastante limitada y requería previamente a interponer la demanda referida, una resolución dictada (en algunos casos, también firme) por la autoridad de aplicación.

Así lo destaca Martínez Medrano al consignar que «En el sistema de la ley 22262 se establecía un freno a las acciones civiles ejercidas por los damnificados. Había que esperar a que hubiera una resolución administrativa, o en su defecto, a que transcurrieran dieciocho meses desde la iniciación de la instrucción»⁽⁴⁷⁾.

La ley 25156 reguló también la acción de daños y perjuicios en su artículo 51, estableciendo que las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por dicha ley podían ejercer la acción referida conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

Como vemos, en la regulación referida, la posibilidad de accionar en sede civil para reclamar los daños y perjuicios derivados de un acto anticompetitivo fue receptada de manera más amplia que en la ya comentada ley 22262, dado que eliminó el requisito de la resolución administrativa previa o el plazo de espera para poder iniciar una demanda de reparación de daños. Ahora bien, derogada la 25156, la ley 27442 dedica un capítulo específico a la reparación de daños y perjuicios. En efecto, en su capítulo IX, del art. 62 al 65, regula las condiciones bajo las cuales las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la ley podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

Al igual que su antecesora, la ley vigente no exige la necesidad de contar con una resolución administrativa previa para poder iniciar la acción de daños respectiva, es decir, contempla las ya mencionadas acciones *stand-alone*.

Sin embargo, en su art. 63 se refiere al caso de las acciones *follow-on*. Así, la norma establece que, en el caso de existir una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre algún acto violatorio de la ley 27442, ella hará cosa juzgada sobre ese hecho y por lo tanto, la acción de reparación de los daños y perjuicios que se inicie como consecuencia de esa resolución firme, deberá tramitar por el proceso sumarísimo ante el juez competente. Asimismo, en dicho supuesto, establece que quien tenga a su cargo resolver esa demanda deberá fundar su sentencia en las conductas, hechos y calificación jurídica que se hayan establecido en la resolución administrativa. Es decir, quien resuelva el caso en sede judicial no podrá volver a analizar las cuestiones que ya han sido probadas

⁽⁴⁷⁾ Martínez Medrano, Gabriel (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. 1era. Ed., Depalma, p. 221.

y calificadas en sede administrativa dado que revisten el carácter de cosa juzgada, de ahí el procedimiento sumarísimo que se otorga al trámite de la acción de daños en este supuesto.

Esto ha llevado a algunos autores a señalar que en el ámbito de la ejecución privada del derecho de la competencia en nuestro país a partir de la sanción de la ley 27442 se ha adoptado un sistema mixto, es decir, que si bien en el art. 62 se admiten las acciones civiles directamente encauzadas a través de las normas sustanciales sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo (*stand-alone*). A continuación, en el art. 63 se regulan especialmente las acciones *follow-on*, que sí requieren un pronunciamiento administrativo previo, y se establecen los parámetros que deberá tener en cuenta quien juzgue dicho acto y el procedimiento que deberá aplicarse⁽⁴⁸⁾.

Existe consenso acerca de que la acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por un acto anticompetitivo en nuestro país tiene una legitimación activa amplia, es decir, comprensiva no solo de aquellas partes manifestamente afectadas en forma inmediata por un acto anticompetitivo sino también de aquellos que puedan haberse visto afectados de manera indirecta.

Respecto a la ya mencionada defensa *passing-on* debemos advertir que en nuestro país ha sido aceptada por la jurisprudencia. Al respecto, cabe señalar que en el conocido caso «Auto Gas» se aceptó el uso de esta defensa y se le hizo lugar parcialmente, ya que se consideró probado que la demandante pudo trasladar («aguas abajo») el sobreprecio a sus consumidores, salvo en el año 1996, en el cual no pudo repercutir a sus clientes el sobreprecio producido por el abuso⁽⁴⁹⁾.

Finalmente, la ley trae una norma sobre los llamados *daños punitivos* (*punitive damages*), al disponer en el art. 64 que las personas que incumplan las normas allí contenidas, serán pasibles (a instancia del damnificado) de una multa civil que será establecida a favor del mencionado y determinada por el juez competente. A tales efectos, dicha multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Agrega, en el siguiente artículo, que cuando el incumplimiento sea responsabilidad de más de una persona, todas responderán solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran corresponder.

La incorporación de esta figura (ya conocida en el Derecho de Defensa del Consumidor) en una ley sobre Defensa de la Competencia ha merecido el reconocimiento de la doctrina especializada dado que este instituto tiene naturaleza sancionatoria. En este sentido, implica que su cuantía no estará limitada por el daño causado, sino que incluso podrá superarlo, teniendo en cuenta para determinar su monto parámetros tan diversos como la reprochabilidad de la conducta del infractor de la ley⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Sahian, José (2018). «Tutela colectiva de la libre competencia». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 497.

⁽⁴⁹⁾ Sylvester, Pablo (2015). «El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado». *El Derecho*, [264] - (23/09/2015, N° 13818).

⁽⁵⁰⁾ Chamatropulos, Demetrio (2018). «Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo». En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 457.

5. Conclusiones

La introducción del artículo 11 y su ubicación en el título preliminar del CCCN, recepitando una figura propia del Derecho de Defensa de la Competencia, como es el abuso de posición dominante en el mercado, significó una incorporación novedosa dentro del derecho privado argentino e implicó repensar el mencionado instituto desde esta óptica.

En efecto, la doble remisión que se da en el art. 11, por un lado, a las normas que refieren a los principios de buena fe y abuso del derecho, y por otro, a la legislación especial en materia de competencia implicó dar un impulso significativo al sistema de ejecución privada de la competencia en nuestro país.

Por otra parte, el esquema se completa con la propia remisión que efectúa la ley especial —al regular sobre este tema—, a las normas de derecho común, revelando el diálogo entre el derecho público y el derecho privado que resulta enriquecedor a la hora de pensar, no solo al abuso de posición dominante en el mercado, sino a todo el sistema de defensa de la competencia en nuestro país.

Hemos destacado la importancia de considerar que, tanto la ejecución pública del derecho de la competencia como la privada resultan imprescindibles para asegurar el adecuado funcionamiento de un efectivo sistema de competencia. Es fundamental entender que no basta con que existan normas especiales que sancionen los actos anticompetitivos a cargo de autoridades estatales, sino que es necesario también, que los particulares y las empresas puedan obtener el resarcimiento de los daños que les ocasionan tales conductas.

Ahora bien, en el caso de la aplicación pública, cabe mencionar que desafortunadamente la situación no es alentadora. Esto es así dado que, si bien en Argentina contamos con una ley bastante reciente que trae innovaciones destacables, entre ellas, la conformación de una autoridad de aplicación específica, la realidad es que, a dos años de su sanción, dicha autoridad no se ha conformado. Esta situación resulta absolutamente desalentadora, sobre todo, teniendo en cuenta la suerte que corrió el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por la ley 25156 que durante los casi 20 años de vigencia de dicha ley, nunca vio la luz. Sería deseable que, luego de tantos avatares, exista en nuestro país, un verdadero compromiso del Estado con las políticas de competencia para poder contar con un derecho de la competencia que esté a la altura de los desafíos que presenta la realidad económica, tanto a nivel nacional como internacional.

Por otra parte, y en lo que refiere a la ejecución privada del derecho de la competencia, como hemos dicho, si bien resultó auspiciosa la incorporación del art. 11 del CCCN y la remisión recíproca entre la ley especial y las normas contenidas en el CCCN, no se ha producido ni el impacto ni el desarrollo esperado. En efecto, la casi total ausencia de casos en los que se haya reclamado por los daños causados como consecuencia de un acto anticompetitivo resulta un dato poco auspicioso.

Podemos enumerar, tal como la mayoría de la doctrina lo ha señalado, que existen diversas causas para explicar la falta de despegue del *private enforcement* en nuestro país. Por un lado, la ausencia de regulación en nuestro derecho de las acciones de clase o colectivas puede señalarse como un factor negativo para la implementación de la ejecución privada del derecho de defensa de la competencia, dado que encarar un proceso judicial en nuestro país no es una tarea sencilla y mucho menos, si ello se pretende efectuar en forma individual. Los altos costos, la duración de los procesos, la dificultad probatoria son variables importantes que provocan bastante desaliento al momento de pensar en

iniciar una acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo en el ámbito del mercado.

Entendemos que resulta prioritario afrontar con seriedad los obstáculos que impiden el desarrollo del sistema de ejecución privada en nuestro país y para ello, no solo debe reforzarse el sistema público sino entender de forma integrada —y bajo una óptica constitucional— el sistema de protección de los consumidores y de la competencia, en pos de lograr una protección efectiva del mercado y los consumidores.

Bibliografía

- BASTERRA, Marcela (2000). La Defensa de la Competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria N° 25156. Disponible en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/La-Defensa-de-la-Competencia-en-la-Constitucion-Argentina-El-articulo-42-y-la-ley-reglamentaria-n-25156.pdf>
- BERENGUER FUSTER, Luis (1999). Las conductas abusivas de una posición de dominio. En *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Ed. a cargo de Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Dykinson.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*; Tomo 1, Heliasta.
- CAICEDO, Sebastián Solarte (2015). La defensa *passing-on* y la legitimación de los compradores indirectos: dos desafíos frente a la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. *Rev. Derecho Competencia*, Vol. 11, N° 11, 249–284, p. 17. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/6-la-defensa-passing.pdf>
- CENGİZ, Firat (2007). *Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: what can the EC learn from the US?*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234 (traducción de los autores).
- CERVIO, Guillermo J. y ROPOLLO, Esteban (2010). *Ley 25156 de Defensa de la Competencia. Comentada y anotada*. 1º Ed, La Ley.
- CHAMATROPULOS, Demetrio (2018). Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo. En *Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, La Ley*, 457.
- COLOMA, Germán (2003). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. 1era. Edición; Ciudad Argentina, p. 64.
- CRANE, Daniel (2014). «Aplicación Privada del Derecho de la Libre Competencia: Objetivos y Efectos colaterales». En *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque (Editores), La Ley.
- FARGOSI, Horacio (1980). Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia. *ADLA*, XL-C.
- FERNANDEZ, Cani (2012). Diez años de la aplicación privada del derecho comunitario de la competencia en España. Disponible en: https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/diez_anos_de_la_aplicacion_privada_del_derecho_comunitario_de_la_competencia_en_espana_783.pdf
- GÓNZALEZ BARTALAY, Felipe (2018). La infracción a las normas de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/BARTALAY-Infraccion.pdf>
- GHERSI, Carlos Alberto (2016). El abuso de posición dominante. *La Ley* 2016-B, 1157, 15/04/2016, Cita Online AR/DOC/1134/2016.
- KRIEGER, Walter (2015). *Código Civil y Comercial, Comentado, anotado y concordado*. Astrea.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2019). El Abuso de Posición Dominante en el art. 11 del Código Civil y Comercial. *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, febrero 2019, Errejus. Disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_lm.pdf
- LORENZETTI, Ricardo (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I; 1ra. Ed., Rubinzal–Culzoni Editores.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. 1era. Ed., Depalma.
- PAOLANTONIO, Martín y BERGEL, Salvador (1998). Abuso de Derecho y Abuso de Posición dominante. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 16. Disponible en: http://works.bepress.com/martin_paolantonio/2/
- TREVISÁN, Pablo (2015). Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina. *La Ley* 2015-A.
- (2016). Acción Preventiva de Daños y Defensa de la Competencia. *RCCyC* (abril). Cita online: AR/DOC/916/2016.

— (2018). Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia. En Supl. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre) *de La Ley*, 12/12/2018.

SAHIAN, José (2018). Tutela colectiva de la libre competencia. En Supl. Esp. Com. Ley de Defensa de la Competencia, *La Ley*.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2017). *Acciones de responsabilidad civil por infracciones del derecho de la competencia. La acumulación de acciones y la cesión de derechos de indemnización como estrategias de litigación conjunta en España*; Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41945/>.

SYLVESTER, Pablo (2015). El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado. *El Derecho*, [264] (23/09/2015, Nº 13.818).