

EL DESAFÍO DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA

| Abel Rivera |

| Miguel Flores |

| Pedro Isaac Alcalá |

| José Panero |



Red Mexicana de
Competencia y Regulación

México 2014

D.R. 2014, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)

Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales Polanco, 11510 México,
D.F. T. +52 (55) 59851010

www.cidac.org

Diseño y Formación: Beatriz Contreras de Velasco y Fabiola Martínez Palafox

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en:

<http://www.cidac.org>

“Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.”

ISBN: 978-607-9058-08-1

ACERCA DEL CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) es un think tank independiente, sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México en el mediano y largo plazo. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio aprovechables en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

El CIDAC cuenta con un patronato responsable de la supervisión de la administración del Centro y de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como sus publicaciones, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

ACERCA DE LA RED MEXICANA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La Red Mexicana de Competencia y Regulación es un proyecto que reúne a destacados profesionales de varias instituciones que comparten su interés por el análisis de las cuestiones de competencia y regulación de la economía mexicana.

ÍNDICE

	PAG
PRÓLOGO	11
LIBRO 1: RESPONSABILIDAD CIVIL, ACCIONES COLECTIVAS Y COMPETENCIA ECONÓMICA. REPLANTEANDO EL ESTÁNDAR DE DAÑO EXIGIBLE.	19
J. Abel Rivera Pedroza	
Abstract	21
1. Presentación	22
2. Responsabilidad civil	24
3. Daño	34
4. Conclusiones y propuestas	73
LIBRO 2: PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.	77
Miguel Flores Bernés	
Abstract	79
1. Descripción general del problema	80
2. ¿Cuál es la raíz del problema?	82
3. Recomendaciones	112
Referencias	126
LIBRO 3: DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. ¿POR FIN RECLAMAREMOS?	131
Pedro Isaac Alcalá	
Abstract	133
1. Introducción	134

PAG

2. Tres elementos esenciales de los daños y perjuicios	135
3. Relevancia de la reparación del daño	136
4. La reclamación de daños y perjuicios en México	138
5. La reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia económica	141
6. Propuestas	145
7. Derecho comparado	150
8. Conclusiones finales	151
Referencias	153
Anexo: uso de acciones colectivas y daños en materia de competencia económica en otros países	154

LIBRO 4:

SUGERENCIAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE APLICACIÓN PÚBLICA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA ECONÓMICA SOBRE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS Y LAS ACCIONES PRIVADAS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

157

José Manuel Panero Rivas

Abstract	159
1. Introducción	160
2. El conflicto entre la aplicación pública y privada de las normas sobre prácticas monopólicas absolutas	162
3. Vías de solución a los conflictos entre la aplicación pública y privada de las normas sobre prácticas monopólicas absolutas	173
4. Conclusión	185
Referencias	187

PRÓLOGO

*La probabilidad de perder en la lucha no debe disuadirnos
de apoyar una causa que creemos que es justa*
Abraham Lincoln

Las primeras líneas de este prólogo deberían estar dedicadas a responder la pregunta ¿por qué una obra colectiva sobre reclamación de daños y perjuicios en material de competencia?

Si hiciéramos esta pregunta a profesionales relacionados con el mundo de la competencia probablemente la respuesta más común sería porque en México no existen en la práctica este tipo de reclamaciones y es necesario fomentar y facilitar este tipo de acciones. Si bien la ley permite ejercer estas acciones, pocos se han atrevido a utilizarlas y nadie ha conseguido ser restituido por el daño sufrido¹. Por tanto, podríamos aventurarnos a decir que el sistema legal y judicial actual no favorece la reclamación de daños y perjuicios y, como el lector podrá descubrir en la obra, el camino para obtener una compensación está lleno de obstáculos.

¹ Como sostiene el maestro Miguel Flores Barnés en su ensayo, solo existen dos casos donde una empresa haya reclamado daños derivados de una infracción a la ley de competencia, pero en ambos casos el juez resolvió a favor del demandado.

La falta de casuística unido a la falta de seguridad jurídica convierten a este tema en un asunto objeto de debate, no solo a nivel intelectual, sino a nivel práctico sobre cómo implementar la ley y cómo obtener justicia para las empresas e individuos que han sufrido un daño y que deberían ser restituidos por ese daño. Por ello, obras como ésta pueden ayudar a desarrollar un sistema de reclamación de daños más eficiente, más eficaz y más justo en México.

Cabe mencionar que nuestro país no es el único con dificultades para encontrar el equilibrio adecuado entre la aplicación pública del derecho de la competencia (*public enforcement*) y la aplicación privada, como son las reclamaciones por daños y perjuicios (*private enforcement*).

Históricamente, la mayor parte de los países Europeos y latinoamericanos favorecieron la construcción de un sistema sólido de aplicación pública del derecho de la competencia a través de autoridades administrativas encargadas de la aplicación de una ley de competencia y “olvidaron” hasta cierto punto, la aplicación privada. La gran excepción a este sistema fue y sigue siendo, Estados Unidos, donde se privilegió desde un principio que los particulares pudieran reclamar estos daños -hasta tres veces el daño sufrido- ante un juez. La principal razón para hacer esto fue que de esta forma los particulares podían complementar la labor de la autoridad de competencia para detectar y perseguir conductas anticompetitivas.

En el contexto internacional, la Unión Europea representa posiblemente el mejor ejemplo de la dificultad que conlleva diseñar un marco legislativo adecuado que garantice el resarcimiento por el daño sufrido a la vez que no perjudique la aplicación pública del derecho². En 2013, la Comisión Europea lanzó una propuesta de Directiva para la reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia económica. Sin embargo, los

² Hasta la fecha, las reclamaciones por daños y perjuicios derivados de infracciones de las leyes de competencia son material de derecho nacional de cada uno de los 28 países que integran la Unión Europea. En un intento de armonizar todos estos sistemas legales, la Comisión Europea ha propuesto una herramienta legal (Directiva) que de ser aprobada por el Parlamento Europeo será de obligado cumplimiento para todos los estados miembros. Éstos tendrán un plazo de dos años para hacer la trasposición de este texto a sus legislaciones nacionales.

estudios y propuestas iniciales empezaron en 2005. Es decir, la Comisión Europea tardó ocho años en poder diseñar un marco legal que garantizara a todos los perjudicados por una conducta anticompetitiva su derecho a reclamar por el daño sufrido, a la vez que protegía la aplicación pública del derecho, y en particular, los programas de clemencia o inmunidad.

Este texto marca una gran diferencia con Estados Unidos en la aplicación privada del derecho de la competencia. En este sentido, la Unión Europea parece favorecer las reclamaciones de daños posteriores a una investigación pública (*follow-on*) en lugar de acciones independientes (*stand-alone*); pretende limitar la discrecionalidad del juez para requerir información a terceros (*discovery*) de forma que se proteja a los solicitantes de inmunidad; permite a los compradores indirectos reclamar por el daño sufrido; e incluso en materia de acciones colectivas, la poca información disponible parece indicar que la Unión Europea se aleja del sistema que existe en Estados Unidos.

La razón por la cual explico las diferencias entre estos dos regímenes, es porque México va a tener que elegir a cuál de ellos quiere asemejarse. Esto no quiere decir que México tenga que copiar un sistema u otro, al contrario, México debe aprender de los errores de ambos sistemas y observar qué elementos se ajustan mejor a su sistema legal y jurídico y adaptarlos.

Esta parece ser también la idea de varios de los autores de esta obra, dado que en sus ensayos proponen adoptar para México varios de los elementos del sistema diseñado por la Unión Europea.

Así, por ejemplo, el maestro Miguel Flores, propone ampliar la legitimación activa a los compradores indirectos para que todo aquel que haya sufrido un daño como consecuencia de una práctica anticompetitiva sea capaz de buscar una compensación. Además, para evitar que derivado de la propuesta anterior un infractor acabe pagando más daños de los que ha causado, este autor también propone aceptar el *passing-on defense*, mediante el cual, el infractor puede limitar su responsabilidad respon-

diendo exclusivamente frente a las empresas o individuos que puedan demostrar que han sufrido un daño derivado de su conducta anticompetitiva.

De aceptar esta propuesta, se debería modificar el concepto actual que existe en México del nexo causal entre la conducta y el daño producido. Ésta es precisamente parte de la tesis mantenida también por Abel Rivera Pedroza cuyo ensayo analiza con gran nivel de detalle por qué el estándar de daño exigible en México debería no solo incluir el daño directo e inmediato, sino también el daño indirecto y mediato siempre que fuera razonablemente previsible. Si bien Abel no recoge explícitamente la necesidad de adoptar los elementos de la legislación de la Unión Europea, algunas de sus propuestas encuentran un reflejo en las últimas acciones emprendidas en Europa.

Al leer esta obra colectiva, el lector podrá observar una cierta tendencia entre los expertos a considerar Europa como el ejemplo a seguir por México en la aplicación privada del derecho de la competencia.

Sin embargo, esto no debe confundir al lector, esta obra colectiva no trata de las bondades del derecho europeo, sino de cómo la aplicación privada del derecho de la competencia en México está impedida por el diseño legal actual y cuáles serían las acciones necesarias para poder transformarlo en un sistema práctico y con resultados positivos, tanto para los perjudicados por las conductas anticompetitivas, como para la sociedad.

Para ello, los autores analizan diferentes aspectos de la legislación mexicana e internacional para proponer diversas líneas de actuación.

En primer lugar, Rivera realiza un magnífico estudio sobre el componente del daño en este tipo de reclamaciones, tanto individuales como colectivas. El autor se centra en explicar por qué el estándar actual del daño en México, no es el adecuado para cubrir a todos los afectados que deseen reclamar la restitución por el daño causado por una conducta anticompetitiva. Resulta interesante ver el análisis que el autor hace sobre el daño colectivo, el daño in abstracto o incluso el daño agregado -entendido como la suma de todos los daños individuales- y cómo la legislación actual, aunque permite ejercer acciones para reclamar todos y cada uno de ellos, aquel que intente reclamarlos se encontrará una y otra vez con barreras infranqueables en el camino.

Quizás la parte más innovadora de este ensayo es la propuesta del autor de modificar el alcance del daño, como se conoce hasta ahora, y ampliarlo para recoger supuestos de daño mediato e indirecto, es decir, cuando los consumidores finales han sufrido un daño pero se ven incapacitados por la legislación para reclamar debido a la dificultad de establecer el nexo causal. Por último, Abel analiza las acciones colectivas donde propone que es indispensable cambiar el sistema actual de opt-in por el de opt-out, de lo contrario se estaría avalando el enriquecimiento ilícito de las empresas infractoras.

En segundo lugar, el maestro Miguel Flores analiza el sistema actual en México para la reclamación de daños tanto de forma individual como colectiva. Pone de manifiesto que en México el modelo de competencia económica se definió eminentemente público y no privado, por lo que las propias leyes mexicanas parecen contradecirse en algunos puntos. En un esfuerzo por responder las grandes preguntas ¿cuándo? ¿cómo? ¿quién? ¿dónde? y ¿contra quién? reclamar, el autor va desgranando poco a poco todos los problemas que una persona puede encontrarse en el camino, como por ejemplo, los cortos plazos de prescripción para interponer la acción, la necesidad de obtener una resolución administrativa definitiva o la dificultad para saber quién es el juez competente para escuchar estos casos. Lo más interesante, es que el autor se atreve no solo a hacer recomendaciones de política pública para mejorar el sistema, sino que sugiere modificaciones a los textos legales y cómo deberían éstos ser redactados.

En tercer lugar, Pedro Isaac Alcalá también nos destaca en su ensayo los problemas que empresas e individuos se van a encontrar a la hora de interponer una acción por daños y perjuicios. Entre sus propuestas más ambiciosas, destacan la necesidad de darle un papel más activo a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Federal de Telecomunicaciones para el cálculo de daños y otorgar a los tribunales administrativos especializados en materia de competencia y telecomunicaciones la competencia, valga la redundancia, para conocer de estas reclamaciones.

Por último, el maestro José Manuel Panero analiza las políticas públicas para el diseño de un sistema de reclamación de daños que no menoscabe la efectividad de los programas de clemencia y que fortalezca el sistema público de aplicación de la ley. Para ello, José Manuel describe cómo un sistema que

promocione en exceso la reclamación de daños, por ejemplo facilitando el acceso a documentos u otorgando responsabilidad solidaria a todos los miembros de un cartel, puede llegar a ser perjudicial para los programas de inmunidad y por ende, para la detección y sanción de acuerdos colusorios, lo que provocaría un mayor daño a la sociedad. En este sentido, las propuestas del autor están encaminadas a proteger al solicitante de inmunidad a la vez que se garantiza un resarcimiento efectivo a todo aquel que haya sufrido un daño. Entre otras propuestas, la más innovadora es la creación de un fondo con cargo a las sanciones impuestas a las empresas que permita resarcir a los consumidores cuando un juez haya declarado la existencia de un daño. De esta forma se podrían evitar largos y costoso procesos judiciales e incluso los consumidores podrían ser indemnizados aún si la(s) empresa(s) infractora(s) se declarara(n) en quiebra o insolvencia.

En definitiva, esta obra recoge muchos, si no todos, los problemas actuales en México para reclamar daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva, y expone de manera muy clara cuáles podrían ser los caminos para asegurar que aquellas empresas y consumidores que han sufrido un daño no solo tengan *de iure* el derecho a ser restituidos por ese daño sino que dispongan *de facto* de las herramientas para poder hacerlo.

Estoy seguro de que esta obra ayudará a continuar con el debate en el tema y permitirá que más gente conozca los problemas que rodean la reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia para que, en un futuro no muy lejano, podamos ver más acciones ante los tribunales y por fin tener al menos un caso donde se reconozca y restituya el daño a un demandante.

Aitor Ortiz Romero
Investigador Senior CIDAC

RESPONSABILIDAD CIVIL, ACCIONES
COLECTIVAS Y COMPETENCIA ECONÓMICA.
REPLANTEANDO EL ESTÁNDAR DE DAÑO
EXIGIBLE.

J. Abel Rivera Pedroza

Abel Rivera Pedroza:
Lic. en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México

ABSTRACT

Profundamente influidos por el Derecho y doctrina franceses, la doctrina y jurisprudencia mexicanas en materia de responsabilidad civil extracontractual confirmaron un estándar de daño restringido, al más puro molde individualista. Se ha exigido que el daño sea personal, cierto y real, directo e inmediato. Ese estándar ya no resulta compatible con muchos casos de competencia económica en que pueden intentarse las acciones colectivas para reclamar indemnización por parte de consumidores finales, ni con el daño colectivo introducido por tales acciones. Tampoco resulta compatible con criterios judiciales recientes sobre derechos humanos implicados.

Este trabajo pasa revista a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva y al estándar de daño, ilustra el problema de ineficacia de acciones colectivas que bajo ciertas circunstancias reclamen la indemnización por daño directo e inmediato. Se propone una expansión del estándar clásico de daño que contemple daño colectivo, indirecto y mediato; y se ilustra el problema del enriquecimiento ilegítimo y del daño agregado no reclamado derivados del diseño del opt-in en acciones colectivas.

1. PRESENTACIÓN

1.1 CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN

El Derecho de la Competencia en México ha privilegiado la represión administrativa de las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, limitándose a la persecución vía imposición de multas. Pero se ha descuidado el diseño de un buen sistema de reparación del daño a los afectados, y su aplicación.

Mientras en México la persecución de prácticas anticompetitivas está monopolizada por la autoridad¹, en los Estados Unidos de América (EUA) un 90% de los de la persecución es iniciada por privados². Eso explica que las agencias públicas se concentren en casos con impacto agregado mayor³.

Si se ha dicho que por múltiples motivos la autoridad de competencia no es capaz de perseguir todos los casos que se suscitan, resulta necesario entonces, fortalecer el sistema de persecución privada tanto por la vía individual como por la vía colectiva. Esta última, diseñada sobre un camino que está empedrado de buenas intenciones y de obstáculos normativos.

En este contexto, urge desarrollar los elementos conceptuales necesarios para dotar de plena funcionalidad y congruencia a un sistema que se compone desde ya por: (i) las instituciones del derecho de la competencia, (ii) las acciones colectivas y las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual y (iii) los derechos humanos implícitos —acceso de consumidores a mercados efectivamente competidos, tutela judicial efectiva, reparación integral del daño.

1 Conozco sólo dos casos de reclamo de daño en competencia económica que se han ventilado en tribunales: *Cannels v. Cadbury* y *Ajemex v. Coca Cola*. Podrían haber otros, pero el reclamo privado no es la regla. No hay aún alguna acción colectiva en materia de competencia económica en curso. Dice el CFPC que la CFCE debe llevar un registro de los procedimientos colectivos en trámite y concluidos, y que la información debe ser de acceso al público.

2 Segal, I. and M. Whinston (2006), "Public vs. private enforcement of antitrust law: A survey". Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 335.

3 La regla europea de *minimis* también conduce a que la autoridad europea de competencia se concentre en casos importantes.

Pero existe un problema que podría nulificar para muchos casos el sistema de acciones colectivas en materia de competencia económica y desviar así sus finalidades primigenias⁴. La doctrina clásica sobre responsabilidad civil ha exigido que el daño debe ser personal, cierto, y directo e inmediato a partir de la conducta antijurídica. En competencia económica hay muchos casos en los que no podrían actualizarse esas características sea por estar involucrado un interés difuso, o por no existir una relación directa entre afectados y agentes económicos que realizan la conducta anticompetitiva.

En este trabajo propongo expandir el estándar. Las instituciones jurídicas están para ser aplicadas a la realidad. Y como a todo en la vida les llega un momento de ser revisadas cuando ya no son útiles a esa realidad. Ha llegado ese momento al estándar de daño en responsabilidad civil extracontractual subjetiva, más aún si consideramos que todas las instituciones jurídicas deben disciplinarse al paradigma actualmente dominante en la teoría y práctica jurídicas: el imperio de los derechos humanos.

1.2 PROPÓSITO Y ADVERTENCIAS

El propósito es explicar desde nuestra tradición jurídica, el contexto de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva y su elemento daño, los problemas con el estándar clásico de daño y su ineficacia para lidiar con muchos casos de afectaciones en materia de competencia económica. En la parte final el lector también encontrará una explicación sobre el daño agregado y el mal diseño del *opt-in* que desvirtúa el sistema de acciones colectivas ("bendiciendo" un enriquecimiento ilegítimo).

Dos advertencias preliminares. 1. El análisis que se hace en adelante debe ser entendido en el ámbito de la responsabilidad civil en materia de competencia económica con énfasis en el reclamo por la vía colectiva. No obstante que las reflexiones pudieran extrapolarse a, o "importarse" de, materias como protección al consumidor en general y ambiental, advierto que cuando así lo considero lo señalaré explícitamente; pues creo que cada materia tiene sus

4 Cfr. Rivera Pedroza J. Abel y Gómez Magaña, E.; *Acciones Colectivas, incidencia de las organizaciones de la sociedad civil en la reivindicación de derechos*, Indesol, México, 2012, pp. 55-59.

particularidades. 2. Más que hacer referencia a artículos concretos de la *Ley Federal de Competencia Económica* ("LFCE"), referiré instituciones básicas, e.g. prácticas monopólicas absolutas o relativas ("PMA" o "PMR"), ya que es inminente la producción de la nueva ley de competencia en 2014 y la intención es que el ensayo tenga una vigencia doctrinal de más largo alcance. Algo adicional es que utilizaré la palabra jurisprudencia en un sentido general, como actividad integradora del Derecho por parte de los tribunales.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Cuando los operadores jurídicos aluden a "daños y perjuicios"⁵ causados por una conducta antijurídica, se refieren a la institución jurídica responsabilidad civil, un área del Derecho en constante cambio, de constante reflexión que tiende lenta pero inexorablemente a la expansión.

La responsabilidad civil es una fuente de las obligaciones. Al lado de las fórmulas contractuales y cuasicontractuales, constituye una forma de obligarse, i.e., consiste en la obligación de *responder* por un daño sufrido por un tercero cuando así lo dispone la ley⁶. Tiene una función resarcitoria y no sancionadora⁷. Esto explica que la responsabilidad civil proveniente de prácticas anticompetitivas, exija tratarse de manera verdaderamente independiente de la sanción administrativa, pues ésta última sí tiene función sancionatoria. No se trata en el juicio civil de sancionar el deber jurídico violado sino de reparar el daño

5 En México la doctrina es unánime al denominarla responsabilidad civil. En Argentina y Uruguay se ha preferido la denominación Derecho de daños. Cfr. Calvo Costa, Carlos, "¿Unidad o dualidad sistemática del resarcimiento de daños?", Estado actual de la cuestión, en Martínez García de León, Fernando Coord., *Derecho de las obligaciones*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2013, p. 65-97. García Luque, José A., "Cusadas de justificación de la responsabilidad civil extracontractual", en Martínez, op. cit, p. 193.

6 Galindo Garfías, Ignacio; *Derecho de las obligaciones*, Porrúa, México, 2000, pp. 77 y 79

7 Aunque se vuelve relativo, la *Ley Federal de Responsabilidad Ambiental* ("LFRA") en a. 2.XIV, 7 y 23 aduce como fines: disciplinar a los costos, penalizar conducta ilícita dañosa, prevenir e inhibir en el futuro comportamientos prohibidos, neutralizar el beneficio económico, sanción económica claramente suficiente para lograr fines de inhibición y prevención. En efecto, poco a poco, a la luz de las diversas materias y proyecciones en que tiene lugar la responsabilidad civil se van incorporando finalidades que pudieran tener su origen en el Derecho Anglosajón, que reconoce claramente que el *Tort Law* tiene fines extra-compensación a la víctima: justicia, disuasión y castigo ejemplarizante, prevención de accidentes, *ombudsman's role* (fines educativos), y establecer o cambiar un tipo de eficiencia y comportamiento. Cfr. Velásquez Posada, Obdulio; *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2009, p. 42; Rivera y Magaña, op. cit., 55-59.

causado⁸ (justicia resarcitoria) y reasignar el excedente apropiado antijurídicamente.

La doctrina mexicana clásica⁹, profundamente influida por el Derecho y doctrina franceses¹⁰, ha distinguido en un primer plano de análisis la responsabilidad civil contractual y la extracontractual¹¹. La contractual necesariamente nace a partir de un vínculo jurídico previo (obligación) que establece deberes específicos a las partes, y surge de la violación de obligaciones previamente contraídas.

La extracontractual¹² está orientada a proteger intereses de conservación del *statu quo* ante de víctimas¹³ y es explicada por dos posturas: (i) la doctrina clásica y la jurisprudencia informan que no exige vínculos jurídicos previos entre afectado y dañador; es el daño el que produce el vínculo. Surge de un hecho que violenta a la ley en sentido amplio, i.e., un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado¹⁴, y (ii) con base en doctrina comparada, Calvo¹⁵ señala que el vínculo jurídico previo consiste precisamente en un deber jurídico común a todos los sistemas legales: *alterum non laedere* (no dañar a terceros) impuesto por el Derecho a cualquier persona y es vínculo jurídico que ata a todas las personas que conviven en sociedad.

8 Cfr. Calvo Costa, op. cit., pp. 65-97.

9 Llamo "clásica" a los siguientes tratadistas del Derecho Civil mexicano: Don Rafael Rojina Villegas, Don Manuel Borja Soriano, Don Ignacio Galindo Garfías y Don Ernesto Gutiérrez y González. Podrá argumentarse que el maestro Gutiérrez y González no puede ser considerado "clásico" en atención a que muchos de sus puntos de vista son heterodoxos y divergentes de los tratadistas clásicos. Y es cierto. Tenga el lector la bondad de permitirme calificarlo clásico en atención a que fue influido también por la doctrina francesa y es indispensable para Derecho Civil Mexicano. Varias propuestas doctrinales del maestro Gutiérrez y González han sido plasmadas en los Códigos Civiles de varios Estados de la República.

10 Dice Velásquez Posada, op. cit.: "los redactores del Código Napoleónico, herederos de la tradición medieval y principalmente Domat y Pothier, vierten el desarrollo de la responsabilidad civil alcanzado hasta entonces [1808] en escasos cinco artículos (1382 a 1386). En su simplicidad estos cinco artículos contienen todas las bases del sistema de responsabilidad civil del derecho francés, que a su vez ha influido en el derecho de todos los países de tradición jurídica continental".

11 Para Gutiérrez y González toda responsabilidad civil es extracontractual (Teoría unitaria o monista de responsabilidad civil). En Francia es sostenida por Lefebvre, Grandmoulin, Planiol y Aubin. Calvo Costa, op. cit., p. 77.

12 También se le ha llamado delictual y cuasidelictual (en eco a la doctrina francesa), culpa extracontractual o aquiliana.

13 Calvo Costa, op. cit, p. 65-97.

14 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; T. XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1516. Velásquez Posada dice que es el hecho culpable el que hace surgir el vínculo.

15 Calvo Costa, op. cit, pp. 65-97.

En otro plano, la doctrina y jurisprudencia han establecido que la responsabilidad civil extracontractual tiene dos especies: subjetiva (basada en la culpa) y objetiva (basada en la teoría del riesgo)¹⁶. Para efectos de nuestro análisis la relevante es la subjetiva.

2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA (RCES)

Consiste en la obligación de responder por el daño, a cargo de quien con su conducta culpable y antijurídica lo haya causado. Es subjetiva en tanto está basada precisamente en un elemento de la conducta, del *animus*: la culpa o falta. En efecto, la doctrina clásica y la jurisprudencia¹⁷ han sostenido que la culpa es un elemento sine qua non para derivar la RCES y tiene dos clases: dolo o negligencia.

16 RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; T. XVII, Junio 2003; P. 1063. Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, TIII Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2006, pp. 294-327; Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2001, pp. 345 y ss.; Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 14ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 581 y ss.; Calvo Costa, op. cit., p. 65.97; Velásquez Posada, op. cit. p. 14 y ss.

17 RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS. La primera se origina cuando por hechos culposos, lícitos o ilícitos se causan daños; (...) Así, el que es ocasionado por la comisión de los actos ilícitos genera obligaciones en atención a la conducta de la persona a la que le es imputable su realización, pudiendo identificar a este tipo de responsabilidad como subjetiva, por contener el elemento culpa (...). Cit.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA HOSPITALARIA. SE ACTUALIZA POR DAÑOS ORIGINADOS A UN PACIENTE QUE SE CAE DE LA CAMA POR NO ESTAR COLOCADOS LOS BARANDALES LATERALES. La responsabilidad (...) subjetiva implica culpa o negligencia en la realización del daño, (...) que el autor del hecho dañoso lo cometió con culpa (intencionalmente o imprudencia). (...) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; P. 2102.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS. (...) Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina y la primera parte del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuyo texto se advierte el comportamiento, al referirse al obrar ilícito, el daño y la relación de causalidad, al apuntar al responsable del daño y a la conducta de éste como causante de esa afectación. (...) [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4605.

CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. La culpa en la responsabilidad civil subjetiva supone un hecho que se ejecuta ya sea con dolo, imprudencia, negligencia, falta de previsión o de cuidado, y se divide en intencional y no intencional; la primera ocurre cuando el hecho se realiza con dolo, es decir, con ánimo perjudicial, mientras que la segunda consiste en la conducta ejecutada con imprudencia o negligencia, es decir, es aquel acto en que debiendo prever el daño no se hace. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Octubre de 2006; Pág. 1377.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. (...) se determina por la conducta contraria a la ley en sentido amplio o contra las buenas costumbres, en que necesariamente debe existir culpa del autor, ya sea intencional o no. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Septiembre de 2006; Pág. 1532.

- Componentes de la RCES

A partir de la doctrina clásica, la ecuación tradicional de responsabilidad civil está integrada así:

$$R=C+c+N+D^{18}$$

Donde (R) es la "incógnita" que el juez tiene que resolver para imputar RCES. (C) es la conducta antijurídica. (c) es el elemento subjetivo culpa (dolo o negligencia). (N) el nexa causal entre el hecho y el daño. (D) es el daño. Elementos confirmados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹ ("SCJN").

García Luque²⁰ propone que los componentes son (i) la conducta, (ii) la antijuridicidad, (iii) la culpabilidad, (iv) el daño y (v) el nexa causal (además no debe haber causa de justificación). Los primeros tres componentes, sin embargo, podemos encuadrarlos en (C) y (c) de la ecuación tradicional. Hay quienes sostienen la imputabilidad como elemento adicional²¹.

El artículo 1910 del Código Civil Federal de 1928 ("CCF") es el fundamento de la RCES:

El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

18 Velásquez Posada, op. cit., p. 31.

19 LIBERTAD DE EXPRESIÓN. "MALICIA EFECTIVA" COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EXPRESIONES NO PROTEGIDAS POR AQUEL DERECHO. (...) elementos que tienen que estar presentes en cualquier esquema de responsabilidad civil extracontractual que no sea de naturaleza objetiva: (i) la ilicitud de la conducta (...); (ii) el criterio subjetivo de imputación (dolo o negligencia); (iii) la existencia de un daño (afectación al patrimonio moral de la persona); y (iv) una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el resultado dañoso (...). [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 558.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN. (...) es menester la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: 1. El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de un contrato, sea a través de la violación del deber general o específico establecido en una norma jurídica. 2. Un factor de atribución de responsabilidad (subjetivo), esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto señalado como deudor. 3. El daño; y 4. Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) inmediata y directa de tal daño. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; T. XXIV, Julio 2006; P. 1370.

20 García Luque, op. cit., pp. 195 a 197. Este trabajo es ampliamente recomendable. La existencia del daño para García es presunción de antijuridicidad, misma que será confirmada si no se actualiza ninguna causal de justificación (e.g. ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, el consentimiento del ofendido, la legítima defensa y el estado de necesidad, todas ellas genéricas al Derecho en todas sus especialidades).

21 Informa Rojina Villegas (op. cit.) que se exigía en Derecho francés, pero no en Derecho Mexicano. Borja Soriano también la menciona, op. cit., p. 356.

Como dicha disposición no menciona expresamente a la culpa o falta y el artículo 1830 del CCF dice que un hecho ilícito es “el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”, ello ha dado lugar a cierta confusión entre letrados y a veces a la pretensión de desconocer la culpa como fundamento de la RCES (para lo que no hay argumento ni doctrinal ni jurisprudencial). Pero tanto la doctrina clásica como la jurisprudencia afirman que la culpa es parte de nuestro sistema de RCES, i.e., ínsita en el “obrar ilícitamente” del a. 1910 del CCF²².

Rojina Villegas informa con toda caridad que el 1910 consagra la teoría de la RCES basada en culpa; que en el “obrar ilícitamente” o en el concepto ilicitud está comprendida la culpa extracontractual. Que si en el “hecho ilícito” no se comprendiera la culpa, quedarían fuera casos de negligencia que no siendo encuadrables en violación de ley de orden público alguna, puedan sin embargo violar el deber jurídico genérico de no dañar. Dice además: “De acuerdo con el deber jurídico fundamental que sirve de base a la convivencia humana y a la seguridad jurídica, así como a la paz pública y al orden, nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena, cuando la norma no autorice ese acto de interferencia. En este concepto queda comprendido lo ilícito como toda forma de violación a un deber jurídico, pues no solo se contraviene la norma general que se deduce del sistema jurídico, según la cual nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si el Derecho no faculta para ello, sino también se comprende en esa definición los deberes jurídicos concretos [contractual]²³.”

Borja Soriano estima que la culpa es la misma fuente de ilicitud, pues “el acto ilícito es (...) todo acto causado sin derecho, o si se prefiere, todo acto que implique una culpa, aun la más ligera (...) culpa y dolo forman parte del concepto ilicitud” (*C+c=acto ilícito*)²⁴.

Gutiérrez y González señala que “hecho ilícito es un concepto integral que se refiere a todos los posibles tipos de hecho ilícito”, y que por él debe entenderse: “toda conducta humana culpable por intención o por negligencia,

22 Ver Borja Soriano, op. cit., p. 354. La culpa está incluida en el hecho ilícito que tendría a su vez dos elementos: conducta y culpa, cfr. Galindo Garfias, op. cit., p. 67 y ss. García Luque informa que la noción *faute* (culpa) elegida por el Código Francés para definir al hecho antijurídico en su artículo 1382, engloba al ilícito y a la culpabilidad.

23 Rojina Villegas, op. cit., p. 312 a 315.

24 Borja Soriano, op. cit., p. 356.

que pugna con un deber jurídico”²⁵. Galindo Garfias también estima que la conducta culposa es ilícita o ilegítima y que “es ilícita toda conducta antijurídica”²⁶.

Entonces, la noción de “obrar ilícito”, “conducta culposa”²⁷ o “conducta antijurídica” base de RCES no puede ser reducida a lo que señala el a. 1830 del CCF, a riesgo de ser una noción incompleta. Informa García Luque que: “no me parece correcto pretender dotar de contenido a la ilicitud del artículo 1910, a partir de la anacrónica definición del 1830. Primero porque el artículo 1830 habla de ilicitud como uno de los requisitos del objeto del contrato, esto es, un acto jurídico, mientras que el 1910 se ubica en la sede de los hechos jurídicos, por lo que no resulta muy adecuada la analogía. Y en segundo, porque la noción de ilicitud es en sí misma una reducción innecesaria al estar concentrada en la transgresión a la ley, cuando su campo de antijuridicidad es mucho más amplio. Ilicitud es antijuridicidad”²⁸.

Queda muy claro entonces, que “obrar ilícitamente” no es simplemente violar una Ley o una “buena costumbre”, sino es “obrar antijurídicamente, contra el Derecho”²⁹, i.e., violar o inobservar un *deber jurídico* que tiene diferentes orígenes³⁰:

A. *Alterum non laedere*. Deber jurídico general ínsito en todo sistema jurídico, consagrado implícitamente en el 1910 del CCF que tiene dos lados: no dañar a terceros y obrar siempre con el debido cuidado³¹. Informa Rojina Villegas: “hay una obligación sobreentendida en todo el sistema jurídico, según la cual todo hombre al desarrollar cualquier actividad debe proceder con diligencia, previsión y cuidado para evitar dañar (...) todo hecho del hombre que cause daño a otro obliga al culpable a repararlo”³².

25 Gutiérrez y González, op. cit., p. 581.

26 Galindo Garfias, op. cit., p. 82 y 86

27 Para Borja Soriano, “causar un daño o perjuicio sin derecho es obrar con culpa o falta”, op. cit., p. 347. La definición de culpa clásica, y la más aceptada por la doctrina es la de los hermanos Mazeaud: un error de conducta tal, que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño.

28 García Luque, op. cit., p. 193 y ss.

29 Ibidem., p. 193 y ss. Borja Soriano, op. cit., p. 80.

30 García Luque, op. cit., p. 197. Gutiérrez y González, op. cit., p. 581 y ss. Rojina Villegas, op. cit., 312 y ss.

31 Borja Soriano, op. cit., p. 82. Galindo Garfias, op. cit., p. 80.

32 Rojina Villegas, op. cit., p. 313 y 315.

Luego, toda conducta culposa dañina (acción u omisión, dolosa o negligente) que no encuadre en violación a una norma general legislada o las buenas costumbres, actualiza la violación al principio *alterum non laedere*. Debido a la atipicidad, cabe cualquier hipótesis de conducta imaginable que siendo culposa, cause daño (sin necesidad de que esté expresamente contemplada en alguna norma)³³.

B. Deber jurídico establecido en una norma general imperativa o prohibitiva (e.g. LFCE). Una persona cuidadosa comete una conducta culposa al violar una ley. La violación a una norma jurídica (ley, reglamento, etc.) implica ínsita la culpa: se le exige a alguien un deber y la sociedad espera razonablemente de ese alguien que observe el deber, pero dolosa o negligentemente lo transgrede obrando así ilícitamente, o mejor: antijurídicamente. La culpa está implícita, pues estando obligado por una norma jurídica a una acción u omisión (e.g. no cometer prácticas monopólicas), el agente dañador viola el deber jurídico traicionando a la sociedad que había depositado su confianza en él. Basta con que el acto sea ilícito por violar una norma imperativa o prohibitiva para que si se causa daño, exista la obligación de repararlo³⁴. La obligación de repararlo deriva precisa y directamente de la violación del deber³⁵.

C. Deber jurídico de observar las buenas costumbres, derivado del 1910 del CCF.

Expuesto lo anterior, identificando las nociones “obrar ilícito”, “conducta culposa” y “conducta antijurídica” todas implicando violación de un deber jurídico, podemos expresar la ecuación de RCES:

$$R=I+N+D$$

En donde (I) es el “obrar ilícito” —o como se suele denominar en la práctica: hecho ilícito— que incluye la conducta culposa e implica que $I=(C)+(c)$. (N) es nexa causal y (D) es daño.



En competencia económica, la RCES deriva de la violación a un deber jurídico establecido en la LFCE, i.e. no cometer prácticas monopólicas o concentrarse indebidamente. No se trata de una violación a buenas costumbres ni al principio *alterum non laedere*, pues existiendo norma general que define cuáles son las prácticas anticompetitivas intoleradas, no ha lugar a apelar al régimen subsidiario del principio *alterum non laedere*. Por eso, los tribunales señalaron la imposibilidad de que un juez de lo civil determine sólo con base en hechos narrados por las partes lo que constituye una práctica monopólica, pero no desconoció que la RCES deriva de violación a la LFCE (no es suficiente aducir violación a *alterum non laedere* si hay norma que define la conducta antijurídica base de RCES)³⁶.

33 García Luque informa que en sede civil no es necesario que la violación encuadre en un tipo pues se trata de un sistema abierto en que basta que el comportamiento transgreda preceptos generales como el *neminem laedere*. Velásquez Posada: “En nuestro Derecho [de tradición continental] contiene un principio general en que cualquier hipótesis de conducta imaginable que cause daño a terceros, por dolo o culpa (lata), hace surgir la obligación de reparar, por lo que puede afirmarse que la culpa está consagrada en nuestro derecho como principio general de responsabilidad (...)”, p. 83. Cfr. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE COBERTURA LEGAL Y REDACCIÓN CLARA. (...) las exigencias de redacción clara y precisa, como se desprenden del principio de taxatividad en materia penal, no pueden trasladarse al ámbito de las normas que regulan la responsabilidad civil. Por lo tanto, las conductas ilícitas que dan lugar a una reparación del daño no tienen que cumplir con la exigencia de tipicidad (...). [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 554.

34 Rojina Villegas, op. cit., p. 303 y ss.

35 Gutiérrez y González, op. cit., p. 604.

36 ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. NO PUEDE SUSTENTARSE EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL, PORQUE ÉSTE NO FACULTA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DETERMINAR QUÉ CONDUCTAS CONSTITUYEN PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN FUNCIÓN DE LOS HECHOS NARRADOS POR LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA. [TA] Registro No. 165118. 9ª Época. TCC. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Marzo de 2010. Página: 2855. Debe recordarse que dicha tesis judicial derivó de un asunto (Canels v. Cadbury) en el que pretendió fincarse RCES con base en la violación a un deber jurídico establecido en una norma general (un artículo del Reglamento de la LFCE) que había sido declarada previamente inconstitucional (no había deber jurídico válido). De haber sido deber jurídico válido, la acción por RCES hubiese prosperado. Creo que es así como debe leerse tal criterio judicial. E.g., los tribunales ya han señalado que la violación a un Reglamento de Construcción implica *ipso iure*, una conducta culposa antijurídica que es base de RCES: DAÑOS GENERADOS POR CONSTRUCCIONES. LA INOBSERVANCIA DE SU NORMATIVIDAD RECTORA ACARREA RESPONSABILIDAD CIVIL. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Septiembre de 2010; Pág. 1233.

2.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SUBJETIVA + ACCIONES COLECTIVAS

Lo hasta ahora expuesto es aplicable tanto al sistema de reclamo individual como al nuevo sistema de acciones colectivas. Sin embargo, en 2011 fue introducido al CCF un artículo 1934 bis que dice:

El que cause un daño de los previstos en este Capítulo [RCES] a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Destaca la ausencia de referencias a un “obrar ilícito” como lo establece el 1910 del CCF. Sin embargo, esto no debe dar lugar a confusiones, pues el sistema de RCES sigue aplicando plenamente a la vía colectiva. El 1934 bis sólo sirve para aclarar, por si hubiera lugar a dudas, que en un juicio civil colectivo lo que debe adjudicar/decidir el juez sigue siendo una RCES —si se quiere, frente a una colectividad y con normas procesales y remediales especiales, pero RCES al fin³⁷. Señala además el a. 38 de la LFCE³⁸ que el reclamo de daño es *independiente* al procedimiento administrativo.

Luego entonces, en materia de competencia económica, la RCES frente a una colectividad sigue estando sujeta a la expresión: R=I+N+D, verificándose al reunirse:

(I), “Obrar ilícito” consistente en práctica monopólica o concentración prohibida (de acuerdo a la LFCE), establecida en resolución firme de la autoridad de competencia —o en un futuro por determinación judicial³⁹.

37 Debe recordarse que más que una materia sustantiva en sí misma, las acciones colectivas constituyen un sistema de defensa agregada de intereses y derechos con proyección colectiva.

38 Sin embargo el juicio civil iniciado por un actor en lo individual es el verdaderamente independiente. No la acción colectiva, de acuerdo al CFPC. Se ha discutido que el a. 38 de la LFCE es limitador del acceso a la justicia, del derecho humano a la reparación integral del daño y discriminadora con respecto a actor individual y actor colectivo.

39 Exigir una resolución firme de la CFCE como requisito de procedibilidad (a. 588.I CFPC), no exigiéndolo para la vía individual ni para otras materias ventilables vía colectiva, pone a los afectados por anticompetitivas en clara discriminación frente a los otros, además de ser por sí mismo un obstáculo contrario a la tutela judicial efectiva. Tarde o temprano la restricción será retada ante los tribunales que tendrán que decidirlo. Exactamente el mismo tema se discutía en España hace 8 años: ver Martínez Mulero, Víctor, “Defensa de la Competencia y daños”, en Revista de Derecho Mercantil, enero-mayo 2005, Núm. 255, Madrid.

(N) Nexo causal que explique que el “obrar ilícito” provocó el daño.

(D) Daño. Será por un lado: (i) colectivo, i.e. *statu quo* ante general afectado, e (ii) individual, i.e. a consumidores en concreto aunque enjuiciable colectivamente (generalmente, sobreprecio).

Corresponde, a mi juicio, ejercitar dos tipos de acción colectiva (a. 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en adelante “CFPC”):

- Acción difusa. Es indivisible en cotos individuales y procede para reclamar la reparación del daño causado a la colectividad en su conjunto y sólo en su conjunto considerada (daño colectivo). No es necesario que exista vínculo jurídico entre la colectividad y el demandado, de allí que Fernández del Valle señale que en vulneración a derechos difusos la RCES es “la obligación que tiene una persona de restablecer una situación de hecho vulnerada en perjuicio de una colectividad o en su defecto, sustituir dicha situación de la manera más eficaz posible”⁴⁰. Dice Tron: “especialmente serán aceptables las acciones cuando la pretensión intentada persiga sólo un mandato para inhibir o compeler”⁴¹. A mi juicio la acción difusa procederá siempre que se pretenda obtener del juez una orden que exija al agente dañador el cesamiento de una PMA, PMR o concentración indebida, la restitución del *statu quo ante* (las condiciones de competencia existentes en el mercado antes de la afectación), y ante su dificultad, el pago de dinero en reparación por equivalente⁴². Recuérdese que una acción difusa pretende tutelar el interés público, y en este sentido la sociedad entera está interesada en mantener condiciones de competencia y libre concurrencia.

- Acción colectiva en sentido estricto. Aunque la acción es indivisible en cotos individuales y también los derechos e intereses que tutela (por ser supraindividuales), el daño acreditable sí debe ser personal / individual. Los afectados son todos aquellos quienes demuestren un daño —generalmente sobreprecio—, especialmente consumidores finales del

40 Fernández del Valle, Roberto, “Responsabilidad civil frente a los derechos e intereses difusos que amparan las acciones colectivas”, en Martínez García de León, op. cit., p. 267 a 295.

41 Tron Petit, J. Claude, “¿Qué hay de los intereses colectivos y su régimen probatorio?”, en Ginebra Serrou, Xavier, Coord., *Las acciones colectivas en el Derecho Mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2013, p. 49.

42 Dinero que iría a un Fondo administrado por la Judicatura Federal.

producto adquirido sujeto a una práctica anticompetitiva. El daño es individual, aunque se reclame “en equipo” o colectivamente.

3. DAÑO

3.1 ASPECTOS GENERALES

3.1.1 DAÑO PATRIMONIAL Y MORAL

En un sentido general, daño es una alteración negativa de un estado de cosas vigentes. La doctrina clásica estableció que el daño es una perturbación del patrimonio por lo que se le definía como menoscabo o disminución patrimonial o material; y también una perturbación de bienes y derechos extrapatrimoniales. De tal forma que “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas de una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”⁴³.

De allí que se distinga: daño material o patrimonial y daño moral. Daño patrimonial implica siempre “una disminución en la esfera jurídica de la víctima, que a su vez se manifiesta como una interferencia o ataque en su patrimonio que el derecho no autoriza y que por lo tanto habría que calificar de ilícita”⁴⁴.

En los EUA, la Sección 4 de la *Clayton Act* exige al demandante que demuestre un daño al *negocio* o a la *propiedad* para activar la indemnización triplicada del daño sufrido. *Negocio* incluye empresas e intereses comerciales, *propiedad* incluye cualquier interés jurídico en una propiedad⁴⁵.

3.1.2 COMPONENTES DEL DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL

El daño material tiene dos componentes —constantes desde el Derecho Romano—:

⁴³ Velásquez Posada, op. cit., p. 215.

⁴⁴ Rojina Villegas, op. cit., p. 313.

⁴⁵ Gellhorn E., Kovacic W, Calkins S.; *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Thomson/ West, 2004, p. 476 y ss.

i. Daño emergente o simplemente daño, —*dammum emergens* para los romanos. De acuerdo al artículo 2108 del CCF, es “la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”. Para Galindo Garfias es la privación o menoscabo del uso y goce de una cosa⁴⁶.

ii. Lucro cesante o perjuicio, —*lucrum cesans* para los romanos. Conforme al artículo 2109 del CCF, es “la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”. Hay lucro cesante cuando un bien que debía ingresar, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima. Es ganancia o beneficio que dejó o dejará de percibirse. Para Galindo Garfias es “falta de una ganancia lícita, que la víctima hubiera obtenido de la cosa o derecho dañado, en el caso que no hubiera ocurrido el hecho dañoso”⁴⁷.

La doctrina ha aplicado estas definiciones automáticamente a la RCES, pues “a pesar de que (...) son referidas desde el punto de vista del incumplimiento de una obligación, son fácilmente adaptables a la responsabilidad delictuosa o cuasidelictuosa”⁴⁸.

Siendo estrictamente pulcros en el lenguaje, de acuerdo con Galindo Garfias, el daño emergente es reparable, mientras que el perjuicio es resarcible⁴⁹. Debe rechazarse toda alusión a que el daño emergente es solo proyectable desde el presente hacia el pasado, y que el lucro cesante es solo proyectable hacia futuro. Eso es incorrecto. Ambos componentes pueden ser proyectados hacia el pasado y hacia el futuro; así, se dice que el daño se produjo o debe producirse.

⁴⁶ Op. cit., p. 87.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Rojina Villegas, op. cit., p. 305. La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias al derecho de la competencia (2013) reconoce la exigencia de estos dos componentes (ver sección III.G.3.d, de este trabajo para la referencia del documento). Para una visión general sobre las técnicas, métodos y modelos económicos para cuantificar daños en materia de competencia económica, tema que escapa al objetivo de este trabajo, se recomienda: 1. *Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf, y 2. la guía elaborada para la autoridad mexicana de competencia disponible en: www.cfce.gob.mx

⁴⁹ Galindo Garfias, op. cit., p. 88.

3.1.3 DAÑO COLECTIVO

Pero hay un problema, daño patrimonial y daño moral remiten a bienes, derechos e intereses patrimoniales y a derechos de la personalidad; y como las colectividades y grupos de personas previstos en el Libro Quinto del CFPC no tienen personalidad jurídica y por tanto carecen de atributos y derechos de la personalidad, no resulta correcto hablar de daño patrimonial y daño moral con respecto a tales colectivos. Daño patrimonial y extrapatrimonial son conceptos ya insuficientes para cubrir la vulneración de derechos e intereses colectivos, ya están fuera de tono con el paradigma de los derechos humanos y la pretendida eficacia de los derechos colectivos.

A mi juicio hay dos opciones para solucionar tal problema: a) reconociendo que los derechos e intereses colectivos son verdaderos derechos subjetivos que implican la posibilidad de ejercitar la debida acción exigir su respeto y reparación de vulneración, tendríamos que hablar de daño colectivo por separado del daño patrimonial y daño moral; o b) asumiendo una ficción jurídica de que las colectividades a que alude el CFPC también pueden sufrir daños patrimoniales y extrapatrimoniales, al margen de que carezcan de personalidad jurídica y por tanto de atributos y derechos de la personalidad.

Creo que lo correcto a la luz de nuestra legislación, es la opción a). Debemos agregar formalmente un nuevo tipo de daño: el daño colectivo, que es el menoscabo o nulificación de los derechos e intereses colectivos sólo de tipo difuso⁵⁰. Así, no perturbamos nuestros conceptos de personalidad jurídica, atributos y derechos de la personalidad. Pero se reconoce plenamente que las colectividades, por disposición de la ley, son titulares de derechos e intereses susceptibles de ser dañados. La consecuencia de la incorporación de este daño colectivo es que una de las características del estándar de daño (el elemento personal) debe ser replanteado también (ver *infra*).

Pero seamos pulcros y cuidadosos. Debe insistirse en que daño colectivo es la afectación a derechos e interés difusos pertenecientes a una colectividad

⁵⁰ Un tipo de daño colectivo a derechos e intereses difusos es, a mi juicio, el daño ambiental así denominado por la LFRA que en a. 2.III lo define como pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitat, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan.

en su conjunto y sólo en su conjunto considerada (sin haber lugar aquí al daño individual). En el caso de derechos colectivos en sentido estricto, no hay problema en aplicar el daño patrimonial y moral, pues a pesar de que son exigibles mediante una acción indivisible y se trata de derechos supra-individuales, el daño sí es materia de prueba individual en incidente de liquidación. Sí es compatible entonces, hablar de daño patrimonial y daño moral en tratándose de derechos colectivos en sentido estricto ya que si bien la orden de hacer o no hacer que dicte el juez al demandado tendrá efectos *ultrapartes*, el daño sólo es estudiado individualmente.

La denominación “daño colectivo” está apoyada tanto en la ley como en la doctrina nacional y extranjera. El a. 1934 del CCF habla de “un daño de los previstos (...) a una colectividad o grupo de personas” y el 581.I del CFPC refiriéndose a la acción difusa dice “que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la *colectividad*, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la *afectación de los derechos o intereses de la colectividad*”. En la doctrina nacional, Fernández del Valle ya señaló que en el ámbito de los derechos e intereses difusos, daño es “el menoscabo que provoca a una comunidad una conducta antijurídica que atenta contra sus derechos difusos”⁵¹.

La doctrina extranjera informa que en la medida en que no pueden ser de titularidad individual, sino grupal, hay un nuevo tipo de daño a derechos e intereses colectivos⁵²; se ha optado por extender la cobertura del daño para vincularlo a la vulneración de cualquier interés legítimo y así Guido Alpa⁵³ dice que “daño no es ya en la conciencia social ni la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito, daño es la lesión de un interés protegido y se agota en esto”. Martínez Rave ha señalado que “el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. (...) Si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real, o subjetivo, no pierde su categoría de interés y su

⁵¹ Tron Petit también habla de daño colectivo, op. cit., p. 51.

⁵² Velásquez Posada, op. cit., p. 281.

⁵³ Citado por Velásquez Posada, op. cit., p. 214.

desconocimiento, violación o detrimento, origina el daño indemnizable desde el punto de vista jurídico. La lesión de un interés legítimo es suficiente para configurar daño⁵⁴. En ambas referencias, el daño cubre cualquier interés legítimo.

Para efectos de este trabajo no me concentraré en daño moral. Pero mucho cuidado, no estoy diciendo que no pueda alegarse daño moral derivado de una práctica contraria a la LFCE. Tendrá que probarse⁵⁵.

Ahora bien, en el contexto de RCES, respondiendo a las preguntas ¿qué se daña? y ¿a quién se daña?, y en un esfuerzo de sistematización de lo que hasta aquí se ha dicho, se presenta el siguiente cuadro:

¿A quién se daña?	¿Qué se daña?	Tipo de daño	Acción a disposición
A personas (Físicas y morales)	Bienes, derechos e intereses patrimoniales	Daño material o patrimonial	1. Vía ordinaria civil (acción individual) (E.g. consumidor vs. agente económico, reclamando devolución de sobreprecio ilícito)
	Bienes, derechos e intereses extrapatrimoniales	Daño moral	2. Acción colectiva en sentido estricto (con daños individuales) (E.g. grupo de consumidores vs. agente económico, reclamando devolución de sobreprecio ilícito)
A colectividades	Derechos e intereses colectivos tipo difusos (i.e. daño <i>in abstracto</i> a la competencia y libre concurrencia)	Daño colectivo	Acción difusa (E.g. Asociación Civil vs. agente económico exigiendo restituir <i>statu quo ante</i>)
Derechos humanos implícitos dañados y justiciables (competencia y libre concurrencia, derechos de los consumidores de acceder a un mercado efectivamente competido, tutela, justicia efectiva, reparación integral del daño, etc.)			

3.1.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Rigen la reparación del daño 3 principios generales⁵⁶: (i) La reparación debe ser integral. (ii) El daño debe ser probado, no se presume. (iii) El valor de la reparación (liquidación) se fija al momento del fallo.

54 Martínez Rave, Gilberto; Responsabilidad extracontractual, Themis, Bogotá, 1998, p. 160.

55 E.g., en Ajemex v. Coca Cola, el demandante alegó daño moral. También la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias al derecho de la competencia (2013) reconoce la posibilidad de existencia de daño material o inmaterial, p. 16.

56 Para estos principios sigo fundamentalmente a Velásquez Posada.

La reparación integral (elevada a rango de derecho humano⁵⁷) es un principio de aspiración, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, i.e. colocar al damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado de no haber sucedido la conducta antijurídica. Integral, porque se sigue la fórmula: *indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado*. Aplicable tanto a daño individual como a colectivo. Relevante el criterio judicial:

LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL. SU ARTÍCULO 20 NO PREVÉ UNA MEDIDA CAUTELAR. (...) reparaciones por violaciones a derechos humanos pueden identificarse distintas medidas que (...) comprenden el derecho a una reparación integral. (...) podemos identificar medidas de: (i) restitución; (ii) satisfacción; (iii) rehabilitación; (iv) indemnización; y (v) no repetición⁵⁸.

El daño no se presume, tiene que ser probado. Una cuestión distinta, pero a la que no entraré es el estándar de prueba, que en materia civil está basado en la prevalencia de probabilidades ($\geq 51\%$)⁵⁹.

El monto del daño no será establecido sino al final del procedimiento. Por lo que toca a la acción colectiva, sentido estricto, deberán integrarse los incidentes de liquidación para que individualmente se pruebe el daño⁶⁰. En acción difusa se abrirá incidente para fijar reparación por equivalente⁶¹.

57 REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL QUEDÓ INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1 CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DOF EL 10 DE JUNIO DE 2011. [TA], 10a. Época; 1a. Sala; Septiembre de 2012.

58 [TA]; 10ª E.; 1ª Sala; S.J.F. y Gaceta; L. XI, Agosto 2012, T. 1; P. 488.

59 Razón de más para aprovechar la vía civil para el combate de prácticas anticompetitivas, ya que en la vía administrativa se exige un estándar más alto: claro y convincente, cuasipenal.

60 Vaya tarea que el legislador impone al juez que conduzca un caso donde tenga que abrir decenas, cientos o miles de incidentes de liquidación en acciones colectivas, sentido estricto. En muchos casos, los daños a título individual pueden ser más pequeños que los costos administrativos de los tribunales para determinarlos y adjudicarlos (incidentes de liquidación).

61 A menos que el juez decida que sí hay forma de restituir las condiciones de competencia que había antes de la práctica anticompetitiva (lo que resulta francamente muy difícil de vislumbrar).

3.2 ¿QUIÉNES SUFREN DAÑO DERIVADO DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS?

A pesar de ser una verificación eminentemente casuística, que dependerá de la práctica anticompetitiva en concreto y del mercado afectado, en general las víctimas⁶² de prácticas anticompetitivas pueden ser:

3.2.1 CONSUMIDORES

Sea en una PMA o en una PMR, la afectación de los consumidores se expresará por lo general en precios supra-competitivos⁶³. Podrán además experimentar menor calidad de productos, menores opciones, etc., pero por lo general, más palpable será un precio supracompetitivo.

Consumidores, para nuestros efectos, son especialmente aquellos consumidores finales de los bienes o servicios sujetos a una práctica anticompetitiva. No obstante, en la mayoría de los casos existen agentes económicos de interferencia que median entre agentes dañadores y consumidor final, i.e. distribuidores, mayoristas y minoristas —quienes generalmente trasladan el sobreprecio total o parcialmente al consumidor final (considerar la elasticidad-precio de la demanda). El consumidor final podrá sufrir daño directo o indirecto dependiendo de su posición de proximidad con respecto al dañador.

En EUA, bajo la cobertura de daño a la propiedad exigida por la *Clayton Act*, en *Reiter v. Sonotone Corp*⁶⁴ la Corte Suprema sostuvo que los consumidores que pagan un precio supracompetitivo por los productos adquiridos, se ven perjudicados en “su propiedad”⁶⁵.

3.2.2 PROVEEDORES

Piénsese en un mercado dominado por uno o pocos agentes económicos que se constituye(n) como comprador(es) único(s) de sus proveedores (cartel o

abuso de dominancia “en equipo”). Se trata de un ejercicio de poder de mercado desde la demanda, para exprimir el excedente de los proveedores.

3.2.3 COMPETIDORES

Se trata de los competidores desplazados indebidamente, a quienes se les impide su acceso al mercado o a quienes se les frustra, e.g. un insumo esencial con el fin de perjudicar su capacidad de oferta y ponerlos en desventaja. En todos los casos experimenta un daño material y/o moral que no hubiese experimentado (*ceteres paribus*) de no haber existido la conducta antijurídica (e.g. ventas no realizadas, sobrecostos en insumos, etc.).

3.2.4 AGENTES ECONÓMICOS QUE PARTICIPAN EN MERCADOS RELACIONADOS

Agentes que participan en mercados de productos complementarios a aquel producto sujeto a una práctica anticompetitiva, sufrirán daño (e.g. ventas no realizadas por una distorsión artificial en la demanda del producto complementario).

Desde mi punto de vista, al no existir norma en contrario, todos los afectados anteriores pudieran conformar una clase de 30 integrantes para intentar una acción colectiva (sentido estricto y difusa)⁶⁶.

3.2.5 EL DAÑO IN ABSTRACTO A LA COMPETENCIA

Lo que el lector encontrará enseguida, reconozco que es lo más controversial de este trabajo. Quienes cometen prácticas anticompetitivas intentan —enseña la teoría económica—, capturar el excedente del consumidor. Pero también hay distorsiones de tipo general: cantidades distintas a las que habría en competencia (con efecto en precios), pérdida irrecuperable de eficiencia, menos opciones para consumidores, menos innovación, “aletargamiento general de la competencia” y “efecto dominó” —dice el Dr. González de Cossío⁶⁷.

62 Para esta sección sigo en buena parte, la clasificación del Dr. Francisco González de Cossío, “Acciones Colectivas y Competencia Económica”, en www.gdca.com.mx.

63 En una depredación de precios ¿el consumidor debe devolver la diferencia entre precio competitivo y precio por debajo de costo?.

64 442 US 330 (1979).

65 Gellhorn et al., op. cit., p. 477.

66 El problema es el efecto de cosa juzgada y el sistema *opt-in*. E.g. si 30 minoristas interpusieran una acción colectiva en sentido estricto para reclamar el daño sufrido por una práctica monopólica realizada por el fabricante, y perdieran el juicio (tenido una representación adecuada), los consumidores finales que se sintieran afectados por la misma práctica no podrían ya intentar una acción colectiva contra el fabricante para reclamar sus daños individuales derivados de la misma conducta. Ver el problema del *opt-in* hacia el final de este trabajo.

67 Op. cit.

Desde mi punto de vista, esas distorsiones generales al funcionamiento eficiente de los mercados constituyen un daño *in abstracto* a la competencia y libre concurrencia. Se daña un bien público, un interés difuso con contenido de derecho humano cuyo titular es toda la sociedad⁶⁸, y en ese carácter procede la acción difusa para exigir su reparación en tanto daño colectivo. Mientras daño colectivo es la respuesta a la pregunta ¿qué tipo de daño?; el daño *in abstracto* a la competencia como interés difuso, es la respuesta a la pregunta ¿qué se daña?

De otra forma ¿cómo explicar que la acción difusa proceda para exigir la restitución del *statu quo ante*?, ¿en qué consiste ese *statu quo ante*?. La respuesta más evidente es que el *statu quo ante* corresponde a las condiciones de competencia prevalecientes antes de la práctica anticompetitiva. En ese sentido es exigible la remediación, recuperación o mitigación de las consecuencias causadas por la actividad económica desplegada. Si no es posible restituir tales condiciones, la remediación consiste en el pago de una cantidad de dinero. Ese dinero terminará por tener el papel del costo por dañar el proceso de competencia económica *in abstracto*⁶⁹. Los daños individuales (reclamados individual o colectivamente) y las sanciones administrativas, son aparte⁷⁰.

La dificultad de medir el daño *in abstracto* a la competencia no es óbice para que el juez condene a su reparación al agente dañador. Será una tarea complicada para el juez decidir si es posible devolver *de facto el statu quo ante*

68 CONSUMIDOR O USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. EL ACCESO AL MERCADO EN CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA Y CONCURRENCIA, ES UN DERECHO HUMANO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS 1 Y 2, DE LA CONSTITUCIÓN. [TA]; 10a. Época; T.C.C., Noviembre de 2012. Cfr. CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN. [TA]; 10ª E.; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; L. XIV, Nov 2012, T. 3; P. 1846.

69 E.g., la LFRA a. 1, señala que el “daño ocasionado al ambiente es independiente del daño patrimonial sufrido por los propietarios de los elementos y recursos naturales”. Cfr: MEDIO AMBIENTE. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS, DEBE INCLUIR SU REMEDIACIÓN, DE ACUERDO CON EXIGENCIAS DIVERSAS A LA MATERIA CIVIL. A diferencia de lo que sucede con los daños causados en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, el daño ambiental no puede ser estudiado sólo desde una perspectiva meramente económica e individualista; por consiguiente, en tanto implica un impacto sucesivo al equilibrio ambiental, atento a lo cual, la indemnización por daños y perjuicios debe incluir la remediación del medio ambiente afectado. (...) Por lo tanto, resulta que la reparación del impacto ambiental no sólo incluye una dimensión económica, sino también se traduce en actividades de remediación, recuperación o mitigación de las consecuencias causadas por la actividad económica desplegada. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; Libro XI, Agosto 2012, T. 2; P. 1808.

70 Esta triada (sanción administrativa + daños individuales + daño *in abstracto*) ya es un *quita-rixa*.

o si ante su imposibilidad procederá siempre su reparación por equivalente. Situación similar sucede con publicidad engañosa que vulnera el interés difuso consistente en la veracidad de información, y no por ser difícil medir el daño se pone en duda que existe.

Resulta relevante que en sus resoluciones administrativas, la CFCE aluda a la expresión “daño a la competencia y libre concurrencia”, pues en eso consiste precisamente el daño *in abstracto*. Ha sido un principio del Derecho de la Competencia el que no se protege a agentes económicos en lo particular, sino al bien jurídicamente tutelado que es la competencia y el funcionamiento eficiente de los mercados. Ahora bien, queda la duda de si bien la CFCE puede ordenar conductas de hacer o no hacer a los agentes económicos, ¿cuál sería la diferencia y el valor agregado de las resoluciones judiciales que ordenen también conductas a los agentes económicos demandados?

3.3 EL ESTÁNDAR CLÁSICO DE DAÑO

Por estándar clásico me refiero a las características que la doctrina clásica y la jurisprudencia han exigido para que el daño sea reparable, respondiendo a la pregunta: ¿cómo debe ser el daño para calificarse de indemnizable?. La doctrina ha sido parca pero no ha habido discusión en aplicar el estándar que se resume en la siguiente expresión:

Daño= personal+cierto y real+directo e inmediato

Como nota comparativa, en *Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters*⁷¹ la Corte Suprema de los EUA estableció 5 factores para analizar qué daño es el que debe considerarse: 1. La conexión causal entre la violación al derecho de la competencia y el daño al demandante y si dicho daño es intencional, 2. La naturaleza del daño, incluyendo si el demandante es un competidor o un consumidor en el mercado relevante, 3. Lo directo del daño y si éste no es demasiado especulativo (certeza). 4. El potencial de recuperación duplicada y la complejidad de la distribución de daños. 5. La existencia de víctimas más directas.

71 459 US 519 (1983).

3.3.1 PERSONAL

También denominado “de carácter privado”⁷², esta característica es tanto elemento procesal, como sustancial. Procesal porque solo puede pedir indemnización aquel que sufre el daño (interés jurídico⁷³). Sustancial, porque el daño debe sufrirlo una persona y no debe ser una afectación abstracta que nadie en concreto sufra. Decían los Mazeaud: “tan solo puede pedir la reparación del daño aquel que lo haya sufrido, (...) aplicación pura y simple de un gran principio, donde no hay interés no hay acción”⁷⁴.

Para Rojina Villegas, el daño relevante “es el causado exclusivamente a la víctima (...) el hecho ilícito que causa el daño debe perturbar el orden social y no simplemente implicar un acto que en si mismo sea inmoral pero que a nadie perjudique”⁷⁵.

En suma se exige una persona afectada, alguien, no un daño irrogado a una abstracción (vea el lector cómo el daño *in abstracto* derivado de la tutela a intereses difusos implica una expansión del estándar difuminando la característica de daño *personal*).

3.3.2 CIERTO Y REAL

El daño debe ser cierto, real y efectivo. No hipotético, no meramente conjetural, no eventual, no simplemente posible⁷⁶. “La certeza, considerada como uno de los estados de la mente en que se tiene algo como verdadero o real es la condición necesaria para toda sentencia judicial”⁷⁷. El juez ha de llegar a la convicción o certeza de que el daño se ha producido, se está produciendo o se producirá. Debe rechazarse el daño basado en simples suposiciones atribuibles sólo al desarrollo de la imaginación⁷⁸.

No obstante, la certeza no es absoluta, sino que está en función de la probabilidad, en el sentido de la fórmula anglosajona *more probable than not* que el daño existe o existirá⁷⁹.

El carácter presente o futuro está íntimamente ligado a la certeza del daño. El daño es presente al momento del fallo o su liquidación (se ha proyectado hacia el pasado y existe ya el daño). El daño futuro es aquel que todavía no existe, pero su existencia futura no ofrece dudas al operador jurídico⁸⁰. Se desatendería el principio de reparación integral si solo se repara el daño proyectado al pasado y aquel cuya producción es inminente en el futuro.

La certidumbre no es óbice para que el daño proyectado al futuro sea indemnizado, “basta que el daño futuro esté incoado, [i.e.] que en el transcurso normal de los acontecimientos, probablemente se producirá y solo circunstancias extraordinarias harán variar la cadena causal. Lo lógico es que el daño meramente eventual no se produzca si el mundo fenomenológico sigue su curso normal. La doctrina extranjera ha recomendado esta solución y Adriano de Cupis dice: <<conviene precisar que aunque sea aproximado, o con una certeza relativa, no deberá dejar de ser una auténtica certeza que no puede confundirse con mera posibilidad o eventualidad futura ya que, reconociendo que es tarea que aún en la práctica puede devenir ardua, tiene un verdadero fundamento razonable. Una circunstancia que puede tomar en consideración el daño futuro es cuando se muestre como el desarrollo o continuación de un daño presente, o sea que ya se esté produciendo>>”⁸¹.

Lo importante no es tanto la proyección del daño en el tiempo, sino la certeza.

3.3.3 DIRECTO E INMEDIATO

El principio que priva en responsabilidad contractual —proveniente del Derecho francés— según el cual, debido al razonable desenvolvimiento de la dinámica contractual los daños deben ser directos en todos los casos, paso íntegramente al artículo 2110 del CCF:

⁷⁹ En juicios civiles rige el estándar de prevalencia de evidencia, una probabilidad de un 51% para causar convicción.

⁸⁰ Velásquez Posada, op. cit., 217.

⁸¹ *Ibidem*, p. 217.

⁷² Rojina Villegas, op. cit., p. 305.

⁷³ A. 1 del CFPC.

⁷⁴ Velásquez Posada, op. cit., p. 220.

⁷⁵ Rojina Villegas, op. cit., p. 305.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 322.

⁷⁷ Velásquez Posada, op. cit., p. 216.

⁷⁸ *Ídem*.

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Tal dispositivo legal ha sido aplicado a la RCES por la doctrina y la jurisprudencia⁸². Nos informa Rojina Villegas: "puede aplicarse el criterio elegido por el legislador al caso de daños causados por el incumplimiento de obligaciones, es decir, para la culpa contractual (...) para la culpa aquiliana o extracontractual se aplica el mismo principio: la víctima sólo tendrá derecho a exigir el pago de daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito"⁸³, y sigue: "en materia de culpa contractual, el a. 2110 del CCF expresamente requiere que los daños y perjuicios exigibles por el incumplimiento de una obligación sean los daños directos e inmediatos que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Este principio lo aplica la doctrina y la jurisprudencia a la culpa extracontractual o aquiliana, a pesar de que no existe una disposición expresa al respecto, pues la misma lógica lo impone"⁸⁴. Galindo Garfías también señaló que se exige la relación directa entre el hecho dañoso y las consecuencias del mismo⁸⁵.

En este sentido hablar de que el daño debe ser consecuencia o resultado directo e inmediato de la causa generadora implica también caracterizar al nexo causal, pues nexo y daño están tan indisolublemente ligados que los calificativos pueden aplicar a ambos.

Si tenemos un hecho generador A causante de un resultado B, y no existen interferencias ni interrupciones en la relación causa-resultado (conector), decimos que el nexo causal (NC) es directo, recto y continuo; el daño es inmediato pues no median elementos de interferencia entre el hecho A y el

resultado B. Directo significa rectamente, que hay una continuidad del NC y no hay cortes a esa continuidad. La inmediatez, que no hay elementos de interferencia que medien entre A y B. Esquema:



3.4 NEXO CAUSAL⁸⁶

Pensemos en las sentencias: "el daño debe ser consecuencia directa e inmediata" y "la causa de daño debe ser directa e inmediata". En realidad la característica "directo e inmediato" es aplicable tanto a daño como a nexo causal y reside esencialmente en que no medien elementos de interferencia entre causa y resultado, y que el conector que los une sea continuo.

Para Taruffo el nexo causal es un conector capaz de asociar dos o más eventos en una relación de causa efecto o correspondencia basado en el principio de razón suficiente⁸⁷. El problema jurídico de la causa no es causa y efecto en el sentido de las ciencias exactas⁸⁸. El problema jurídico es si una determinación de conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas o sea de la relación de fundamento a consecuencia⁸⁹. El nexo causal entonces reside en la explicación de un hecho como determinante del daño.

Hay varias teorías sobre el nexo causal, ninguna de ellas ha prevalecido definitivamente sobre las otras; en la práctica los tribunales aplican una mezcla de todas⁹⁰:

82 DERECHOS DE AUTOR. LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR EL [IMPI] CON MOTIVO DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL SER ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES QUE CONSTITUYEN BASE Y PRUEBA FIRME DE LA EXISTENCIA DE UNA INFRACCIÓN, PUEDEN UTILIZARSE EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA CIVIL. (...) el juez que conozca de la reclamación de daños y perjuicios deberá ponderar si éstos fueron producto directo de la infracción declarada (...) [TA]; 9ª E.; 1ª Sala; S.J.F. y Gaceta; T. XXVIII, Agosto 2008; P. 48.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN. (...) que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) inmediata y directa de tal daño. Cit.

83 Rojina Villegas, op. cit., p. 311

84 Ibídem, p. 318.

85 Op. Cit., p. 88.

86 A. 2.V LFRA define a la cadena causal es la secuencia de influencias de causa y efecto de un fenómeno que se representa por eslabones relacionados.

87 Taruffo, citado por Tron, op. cit., p. 108 y ss.

88 Las ciencias exactas también reconocen que sus leyes no son absolutas sino basadas en probabilidades, como en la física cuántica.

89 Rojina Villegas, citando a Ennecerus, op. cit., p. 322.

90 Me baso fundamentalmente en Velásquez Posada, op.cit. Ver también: RESPONSABILIDAD CIVIL. CARGA DE LA PRUEBA DEL DAÑO SUFRIDO POR UN PASAJERO A BORDO DE UN VEHÍCULO DE TRANSPORTE PÚBLICO.

3.4.1 TEORÍA DE EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Hay varios hechos generadores (A1, A2, A3...An) y en su concurrencia (causas concurrentes) no es posible distinguir cuál de ellos produce el resultado, para determinar cuál es más causa que otro. Esta teoría responde al cuestionamiento: si el demandado no hubiera obrado ¿se habría producido el daño? Si la respuesta es que sin la intervención del demandado el daño no se habría realizado, tal intervención es causa del daño y el demandado debe repararlo. Será causa de un daño cuanto acontecimiento concurra a su realización, todos equivalentes y no hay porqué distinguir entre ellos.

3.4.2 TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Solo se podrán considerar como causa del daño, acontecimientos que normalmente deben producirlo. Se requiere que la relación entre acontecimiento y daño sea adecuada y no meramente fortuita. Esta teoría facilita establecer límites para impedir buscar *ad infinitum* los tramos del nexo causal.

Rojina Villegas, refirió que la causa debe ser *determinante*, necesaria y eficiente; se razona: el daño debe ser causado o necesariamente debe causarse por virtud de hecho ilícito ⁹¹. Borja Soriano también señaló la necesidad de una consecuencia necesaria del hecho generador ⁹².

Los criterios judiciales recientes ⁹³ más que necesaria, exigen una causalidad estadísticamente probable, suficiente. Aunque mezclando causalidad adecuada con la teoría siguiente han señalado como factor causal decisivo la *razonable previsibilidad*.

(...) Debido a esa pluralidad de causas, el operador jurídico debe buscar aquella que resulte adecuada, eficiente o decisiva, conforme a la teoría de la causalidad adecuada, que se asienta no sobre la consecuencia necesaria, sino sobre la consecuencia probable, el resultado estadísticamente probable de un determinado antecedente causal, o de que éste sea, por sí mismo, suficiente para producir aquel resultado; así como al criterio de la imputación objetiva que, según la regla del grado de proximidad de la causa del daño, tiene que ver con la previsibilidad razonable y los factores causalmente relevantes. A través de la probabilidad o la razonable previsibilidad es posible imputar objetivamente el daño a la conducta de aquel a quien se atribuye la responsabilidad, (...) pueden ubicarse otras posibles causas del daño distintas a la estimada adecuada o eficiente, con base en la observación de la experiencia y la previsión legal. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1966.

⁹¹ Rojina Villegas, op. cit., p. 315.

⁹² Op. cit., p. 356.

⁹³ Ver RESPONSABILIDAD CIVIL. CARGA DE LA PRUEBA DEL DAÑO SUFRIDO POR UN PASAJERO A BORDO DE UN VEHÍCULO DE TRANSPORTE PÚBLICO. Citada supra.

3.4.3 TEORÍA DE LA CAUSALIDAD COMO IMPUTACIÓN

La pregunta sobre la causalidad pasa a ser una pregunta sobre la imputación. Se pregunta a quién debe imputarse la conducta en lugar de quién la ha causado. Habrá imputación cuando el hecho, con sus consecuencias es previsible y dominable. La previsibilidad del resultado constituye el nexo de causalidad para atribuir responsabilidad civil al agente.

3.5 MODELOS COMPATIBLES CON EL ESTÁNDAR CLÁSICO

Aquí, expongo 2 modelos de prácticas anticompetitivas que colman el estándar clásico de daño.

3.5.1 CARTEL

En *AMPI Mazatlán et al—Servicios proporcionados por asesores en bienes raíces, corredores, agentes, administradores y en general (IO-001-2008)*, 41 corredores de bienes raíces de Mazatlán se pusieron de acuerdo para fijar la comisión cobrada por sus clientes por sus servicios de corretaje inmobiliario. Elaboraron un tabulador donde fijaban la comisión dependiendo del monto de la operación inmobiliaria. Pensemos en consumidores que compraron casa o departamento en la ciudad de Mazatlán y que contrataron los servicios de intermediación de estos corredores. Lo que interesa destacar es que el daño sufrido por los clientes de los corredores inmobiliarios encuadra perfectamente en el estándar clásico: personal, cierto, directo e inmediato. Gráficamente:



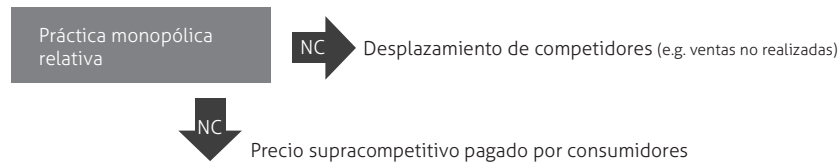
En *Raúl Magaña Carrillo et al—Transporte marítimo de pasajeros en Quintana Roo (DE-020-2009)*, navieras en la región Riviera Maya acordaron fijar el precio del servicio de transporte que cobraban a usuarios que viajaban entre tierra firme, Isla Mujeres y Cozumel. Tampoco arroja problema determinar que los usuarios del transporte ofrecido por las navieras coludidas, resintieron un

daño que encuadra perfectamente en el estándar clásico: personal, cierto, directo e inmediato ⁹⁴. Gráficamente:



3.5.2 ABUSO DE DOMINANCIA

En *Centro Mueblero Plasencia—Distribución y comercialización de muebles para el hogar de alta calidad en la zona metropolitana de Guadalajara, Jalisco* (DE-015-2010), la mueblera Plasencia, quien se determinó detentadora de poder sustancial sobre el mercado relevante, condicionaba la adquisición de muebles a sus proveedores a que éstos no vendieran producto a competidores de Plasencia. La autoridad de competencia le ordenó a Plasencia no seguir con la práctica y le puso una multa de cincuenta y cuatro pesos ⁹⁵. La práctica afectó horizontalmente a competidores de Plasencia que pudieron haber sido desplazados del mercado, pero “aguas abajo” afectó directamente a clientes quienes pagaron un sobreprecio por los muebles que compraron.



Es cierto que la determinación económica del daño es más complicada en este caso requeriría un análisis complejo; pero no significa que los consu-

⁹⁴ En RCES basada en una PMA, son responsables solidariamente todos los cartelistas, al ser todos causantes del daño, y se verá condenar en la medida de su participación (criterio *market share liability*). Ya que la conducta antijurídica requiere de dos o más cartelistas, la responsabilidad es solidaria. Un criterio similar adopta el a. 11 de la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias al derecho de la competencia (2013); incluso la responsabilidad es subsidiaria si no es posible cobrar a los otros cartelistas (pudiendo repetir contra los otros); aclarando —por si aún quedan dudas— que los cartelistas que se acojan a un programa de clemencia no escapan a la responsabilidad de reparar plenamente los daños a las víctimas.

⁹⁵ En toda la literatura del derecho y economía de la competencia se habla de que las multas deben ser lo suficientemente serias como para que el agente económico se piense dos veces si realiza o no una conducta. Cuando uno ve estas multas, francamente no se sabe qué pensar, ¿perdemos el tiempo al acudir a esa literatura?

midores dejan de sufrir daño pagando un precio distinto al que habría en condiciones de competencia. Lo importante a destacar es que el daño a los consumidores que adquirieron muebles de Plasencia colma el estándar clásico: personal, cierto, directo e inmediato. La relación consumidores—Plasencia es directa.

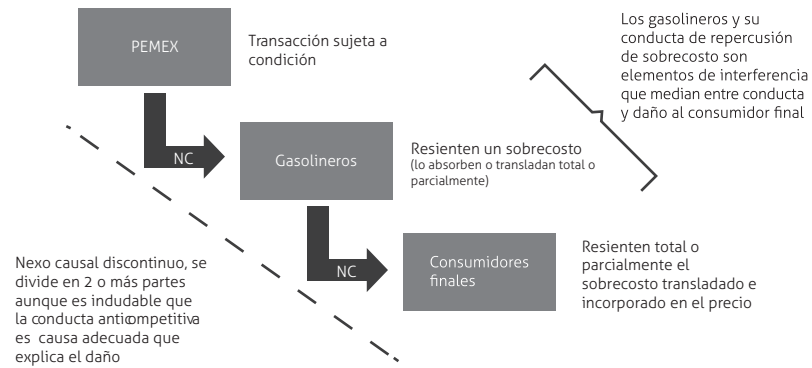
3.6 MODELOS INCOMPATIBLES CON EL ESTÁNDAR CLÁSICO

Los modelos que siguen son aplicables a la mayoría de los casos que se ventilan en procedimientos de competencia. No son excepcionales, sino más bien lo usual. Al tocar este tema, se habla en la doctrina extranjera del problema que plantea la indemnización de compradores indirectos.

3.6.1 MODELO DE AGENTES ECONÓMICOS DE INTERFERENCIA

En *Petróleos Mexicanos—Traslado de gasolina y diesel “al mayoreo”* (DE-024-2010) la autoridad de competencia sancionó a Pemex por imponer a empresarios gasolineros la contratación del servicio de traslado de gasolina y diesel con pipas operadas por el Sindicato de Petroleros. Pemex condicionaba la venta de combustibles a la contratación del transporte con tales pipas. Como Pemex ha sido un monopolio legal en ventas primera mano de tales combustibles, los empresarios tenían que aceptar la imposición para no verse en el riesgo de desabasto. El daño fue calculado por la autoridad de competencia en 1,000 millones de pesos anuales, y si consideramos que el precio de los combustibles es controlado para su venta final, el daño fue absorbido por los empresarios gasolineros.

Para efectos de nuestro modelo, supongamos que la gasolina y el diesel son productos con precios libres determinados por la oferta y la demanda y no controlados por el Estado. En tal supuesto, los 1,000 millones de sobrecosto agregado serían trasladados por los gasolineros al consumidor final. Los gasolineros no tienen el deber jurídico de absorberlo.



En este modelo, hay una conducta anticompetitiva que origina un sobreprecio: daño directo e inmediato sufrido por los gasolineros —que pueden absorberlo o trasladarlo total o parcialmente (es importantísimo tomar en cuenta la elasticidad-precio de la demanda). Si lo absorben totalmente, ellos son los únicos dañados. Si lo trasladan total o parcialmente, los consumidores finales sufrirán daño. Puede haber varias capas de sobreprecio dependiendo la medida en que se vaya trasladando ⁹⁶.

El daño sufrido por los consumidores finales tiene su fuente directa e inmediata en el traslado hecho por los gasolineros, pero esa conducta no es antijurídica. Este daño es también consecuencia indirecta y mediata con respecto a la práctica monopólica relativa, pues (i) los gasolineros y el traslado que hacen del sobreprecio son elementos de interferencia entre la conducta monopólica y el daño, y (ii) el nexo causal se ve seccionado en dos tramos y por tanto es discontinuo. El estándar clásico no cubre un daño indirecto y mediato; de forma que sería inútil el reclamo por consumidores finales.

Lo mismo sucede en todos los mercados en que medien distribuidores, mayoristas y minoristas de un producto sujeto a una práctica anticompetitiva. E.g., pollo y huevo, bebidas carbonatadas, cerveza, películas cinematográficas, etc., todos ellos mercados en que ya han existido prácticas monopólicas —en México u otras jurisdicciones.

⁹⁶ En *Illinois Brick v. Illinois* 431 US 720 (1977), el Estado de Illinois demandó a fabricantes de ladrillo como consumidor indirecto, al haber sido afectado por una fijación de precios de dichos fabricantes, no obstante el daño al Estado había provenido del traslado hecho por los contratistas con quien directamente tenía relación y quienes habían comprado a su vez los ladrillos de los demandados.

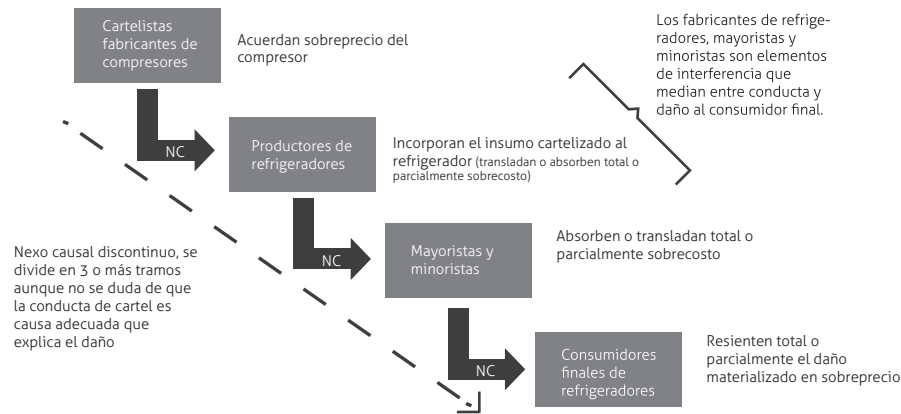
3.6.2 MODELO DE COMPONENTES O INSUMOS AFECTADOS

Este modelo es similar al anterior pero se agrega un insumo afectado que es incorporado al proceso. Utilizo como ejemplo el cartel global de compresores herméticos que tuvo lugar entre 2006 y 2010. Fue perseguido y desmantelado en EUA, Canadá, Brasil, Europa y Chile; en México no ⁹⁷.

Los fabricantes de compresores herméticos dividieron el mercado mundial y fijaron precios. Los compresores son un insumo esencial en la fabricación de aparatos con sistema refrigerante y sistemas de aire acondicionado, entre otros productos, pues es el dispositivo al que se debe la producción de aire frío. En breve, cada refrigerador casero o comercial tiene un compresor hermético incorporado.

El sobreprecio resultado de los acuerdos globales de los cartelistas es un daño resentido directa e inmediatamente por los fabricantes de refrigeradores. El reclamo de ellos colmaría el estándar clásico: daño personal, cierto, directo e inmediato. Estos fabricantes podrán absorber el sobreprecio o trasladarlo total o parcialmente a sus clientes que serán por lo general mayoristas y distribuidores. Estos tendrán las mismas opciones hacia sus clientes minoristas. Finalmente, los minoristas podrán absorber o trasladar el sobreprecio a sus clientes: consumidores finales. Si el sobreprecio se va trasladando parcialmente a lo largo de la cadena, tenemos diferentes capas de sobreprecio y el daño se va resintiéndose en diferente medida (es importantísimo tomar en cuenta la elasticidad-precio de la demanda). Pero ningún agente económico que medie entre los cartelistas y el consumidor final tiene el deber jurídico de absorber el sobreprecio ilícito.

⁹⁷ En EUA las multas impuestas sumaron los 140 mdd, en Europa ascendieron a 161 md euros, la empresa Embraco pagó 56 mdd en Brasil sólo para llegar a un acuerdo con la autoridad de competencia. Las class actions se multiplicaron en EUA y Canadá. Existe un acuerdo de inicio de investigación publicado en el DOF el 19 de junio de 2009, y en la página <http://www.cfc.gob.mx/index.php/publicacionesinformes> se refiere a dicho acuerdo de inicio y a un recurso de reconsideración en el mercado de producción, distribución y comercialización de compresores herméticos (IO-002-2009). Pero no hay más información.



Lo relevante es que al trasladarse el sobreprecio “hacia abajo”, el consumidor final termina pagando un sobreprecio, i.e. un precio mayor que el que en teoría hubiese pagado de haber condiciones de competencia. El daño resentido por el consumidor final es consecuencia directa e inmediata del traslado que hace el agente económico de quien adquiere el refrigerador. El daño también es consecuencia indirecta y mediata con respecto a la práctica monopólica, pues (i) median elementos de interferencia entre la conducta y el resultado final y (ii) el nexo causal es discontinuo al estar seccionado en dos o más tramos dependiendo de los participantes en la cadena de valor (i.e. hay interrupciones en el nexo a pesar de que puede establecerse una línea de tendencia [punteada] entre la conducta y el daño).

El estándar clásico haría inútil que consumidores finales de refrigeradores se agrupen para intentar la acción colectiva de resarcimiento individual contra los fabricantes de compresores. No hay daño directo e inmediato con respecto a la conducta monopólica de éstos últimos

Lo mismo sucede en mercados en los que un insumo sujeto a una práctica anticompetitiva sea incorporado a otro producto. E.g. servicios de interconexión de redes de telecomunicaciones, donde el daño directo e inmediato es resentido por operadores de telecomunicaciones cuyo insumo es el servicio de interconexión, y mediando ellos, indirectamente es sufrido por usuarios finales de servicios de telecomunicaciones. Piénsese en carteles de autopartes, equipo eléctrico, pantallas LCD, transporte terrestre de carga, vitaminas, medicamentos, etc., todos ellos carteles reales en México o en el mundo.

Los dos modelos incompatibles presentados son en realidad expresión de un mismo problema: el traslado (*passing-on* en jurisprudencia estadounidense) a lo largo de la cadena de valor —normalmente hacia abajo—, que se explican por nexo causal discontinuo, con elementos de interferencia, y daño indirecto y mediato. Tanto en la jurisprudencia estadounidense como en la doctrina europea, la repercusión del sobreprecio disminuye en la misma proporción el monto de daño a reclamar⁹⁸. Además, seguramente el aumento de precio debido a la repercusión, disminuye ventas del comprador directo, y esto es parte del lucro cesante.

3.7 UN ESTÁNDAR NEOCLÁSICO DE DAÑO

3.7.1 MOTIVACIONES Y FUNDAMENTOS

Ha quedado evidenciado que el estándar clásico de daño: personal+cierto y real+directo e inmediato, ha quedado rebasado por las necesidades jurídicas actuales. La pregunta es ¿qué hacemos con él?. Respondo: ampliarlo, expandirlo, reformularlo.

Conservar intocado el estándar de daño llevaría a situaciones absurdas en que consumidores finales queden sin la posibilidad de ser indemnizados aun cuando sufran un daño que tenga su origen en una práctica anticompetitiva. Esto, además de dar al traste con la finalidad de las acciones colectivas, haría inútil la pretendida inhibición de prácticas monopólicas a que supuestamente conduce la exigibilidad privada. Concretamente, el estándar clásico de daño resulta ya contrario a:

- Tutela judicial efectiva. Implica no sólo mecanismos expeditos sino también que éstos sean efectivos, sin que los tecnicismos sean trabas innecesarias —¿para qué acciones colectivas si el estándar de daño deja fuera afectaciones legítimas debido a un tecnicismo?.
- Reparación integral del daño —en sí misma con rango de derecho humano⁹⁹—, ya que no puede admitirse que los consumidores estén des-

⁹⁸ Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias a la competencia (2013), p. 20 y 21.

⁹⁹ REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL QUEDÓ IN-

provistos en de la reparación del daño sólo porque el viejo estándar (de sustento legal y doctrinal, no constitucional) los deja fuera.

c. Derechos de los consumidores en doble modalidades: el principio de máximo beneficio con sus recursos y el de acceso a mercados donde prive la competencia ¹⁰⁰, pues implica reconocer que la ley no cumple su objetivo principal que es no sólo proteger la abstracción de competencia y libre concurrencia, sino además a los consumidores —como lo establece la jurisprudencia ¹⁰¹.

La expansión del estándar implica también ponerlo a tono con el paradigma garantista dominante en la teoría y práctica jurídicas, y está respaldada también por:

i. El principio de interpretación *pro personae* —trasladado al ámbito de la protección al consumidor como *pro consumidor*— que exige interpretar las normas de tal manera que se maximice el disfrute de los derechos

CORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1 C, PUBLICADA EN EL DOF EL 10 DE JUNIO DE 2011. (...) corresponde al Estado tomar las medidas (...) para asegurar que cualquier violación a los derechos fundamentales (...), ocasionada por particulares, sea reparada por el causante del daño. Cit.

100 CONSUMIDOR. LA OBTENCIÓN DEL MÁXIMO BENEFICIO CON SUS RESERVAS, ES UN DERECHO HUMANO DEL CONSUMIDOR TUTELADO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE SE COMPLEMENTA CON LAS DIRECTRICES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA SU PROTECCIÓN. (...) b) Promoción y protección de los derechos económicos de los consumidores. Entendido como el derecho de los consumidores a obtener el máximo beneficio con sus recursos económicos, (...) e) La compensación efectiva al consumidor, a través de procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles, facilitando a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes para obtenerla y solucionar controversias; (...) han de regir la conducta de los Estados, a los que no puede permanecer ajeno al tribunal nacional, lo cual trasciende para que garantice una política de competencia tendiente a lograr el óptimo uso o asignación de recursos escasos, tanto a través de la eficiencia en la producción, considerando la relación entre el costo de los insumos y su producción final desde la óptica de la empresa; como desde la posición del consumidor de bienes y servicios, asignándolos de tal manera que ninguno obtenga provecho indebido a costa de otros, pues importa que el Estado a través de la ley y sus normas reglamentarias, así como el órgano u órganos especializados para regular la competencia económica, y en su caso que tutelen los derechos de los consumidores establezcan mecanismos y garantías que permitan la entrada de nuevos competidores al mercado; la amenaza de sustitutos; el poder de negociación de los proveedores; el poder de negociación de los consumidores y la rivalidad real entre competidores; y también deben intervenir directamente en los casos en que el daño que se produce sea sustancial para las personas o un sector de la sociedad consumidora. Cit.

CONSUMIDOR O USUARIO DE SERVICIOS FINANCIEROS. EL ACCESO AL MERCADO EN CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA Y CONCURRENCIA, ES UN DERECHO HUMANO PROTEGIDO P EL ARTÍCULO 28, P. 1 Y 2, DE LA CONST. Cit.

101 Si había dudas entre los operadores de la competencia económica sobre si eran los consumidores los protegidos por la legislación de competencia o si era la eficiencia en toda su abstracción la protegida, parece ahora que no hay dudas. Los competidores son claramente destinatarios primordiales y prioritarios de la legislación de competencia económica.

humanos (de consumidores), luego entonces la expansión del estándar es compatible con esa maximización ¹⁰².

ii. La interpretación funcional de las acciones colectivas, *pro interés general y pro intereses colectivos*, en términos del a. 583 del CFPC que dice: “el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos”.

iii. El principio de expansión de la responsabilidad civil, conforme al cual es preferible una interpretación tal, que extienda el campo de aplicación de la institución y no una interpretación restrictiva —así surgió la responsabilidad civil objetiva independizándose de la culpa.

iv. El principio de interpretación de maximización de efectos jurídicos, de acuerdo con el cual, la interpretación preferible de las normas jurídicas es aquella que produzca efectos jurídicos y no la que deje de producirlos. En este sentido es preferible encontrar una interpretación del estándar tal, que conduzca a la indemnización del daño y no una que lo restrinja.

Al final, basada en un sentido de justicia, la pregunta sobre daño debe ser: ¿experimenta el consumidor sí o no un verdadero pesar que tiene su fuente originalísima en la práctica monopólica?. Si la respuesta es sí, no podemos restringir la reparación con base en tecnicismos.

Estas motivaciones y fundamentos, coinciden con lo aceptado en otras jurisdicciones que exigen tres consideraciones legales y económicas para cualquier

102 PRINCIPIO PRO PERSONA. BENEFICIA AL CONSUMIDOR PORQUE DERIVA DE LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del a. 28 constitucional se desprende un principio pro consumidor que toda persona tiene a su favor cuando posee ese carácter que impone como obligación a la autoridad la de perseguir con eficacia todo acto que implique una desventaja indebida a favor de una o varias personas (...) y con perjuicio del público en general o de alguna clase social y, (...) disposición que irradia todo el ordenamiento jurídico e impone una obligación de hacer a cargo de los órganos del Estado, (...) no sólo atañe al contenido del derecho sustantivo de cada relación comercial en que se involucre el consumidor, (...) también es una regla de tratamiento procesal (...). [TA]; 10^a É.; TCC, SJF y Gaceta; L. XV, Dic 2012, T. 2; P. 1489.

CONSUMIDORES. CRÉDITOS DE LOS, EN UN CONCURSO MERCANTIL Y SU PRELACIÓN; SE UBICAN INMEDIAMENTE DESPUÉS DE LOS TRABAJADORES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 217 A 222, 224, FRACCIÓN I, Y 225, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES). Al analizar los derechos de los consumidores reconocidos como derechos humanos, tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por los tratados internacionales, es obligatorio aplicar el principio pro homine para la obtención de su mayor beneficio posible; entre otras razones, por su desigualdad en la relación de consumo frente al comerciante y otros acreedores. [TA]; 10^a E.; T.C.C.; S.J.F. y Gaceta; Libro VIII, Mayo 2012, T. 2; P. 1820.

sistema private enforcement de competencia (i) justicia, al permitir a cualquier afectado la exigencia de indemnización; (ii) efectividad, reconociendo que un objetivo del derecho antimonopolio es prevenir conductas anticompetitivas y la persecución por vía civil ayuda a alcanzarlo; (iii) eficiencia, procurando que los juicios civiles no desborden los recursos de la judicatura (exigiéndoles análisis económicos tales que vulneren el principio de justicia expedita), y por otro lado aprovechando determinaciones fácticas y jurídicas a escala en juicios colectivos ¹⁰³.

3.7.2 ¿QUÉ AJUSTES?

Llamémoslo estándar funcional o neoclásico. Funcional porque implica armonizar la operación de las instituciones de responsabilidad civil, competencia económica y acciones colectivas. No hay que perder tiempo con malabares exegéticos para decir que en los modelos incompatibles antes explicados, el daño sí es directo e inmediato si consideramos una interpretación X o Y, etc. No, reconozcamos sencillamente que necesita ajustarse el estándar; y a mi juicio concretamente 2 de sus características —al menos en materia de competencia económica.

A. PERSONAL + COLECTIVO

El daño ya no puede ser personal únicamente, hay un nuevo daño colectivo. El personal debe sufrirlo alguien en concreto, una persona y sólo quien lo sufre puede reclamarlo. El daño colectivo es el sufrido precisamente por una colectividad y solo como colectividad considerada cuyos integrantes son indeterminados o indeterminables. Si bien la colectividad carece de personalidad jurídica y por tanto de atributos y derechos de la personalidad, en cambio es titular de intereses y derechos difusos.

La doctrina extranjera respalda que lo personal se difumina: “el carácter personal del daño no se aplica en un sentido pleno a los denominados derechos e intereses colectivos” ¹⁰⁴, y “el carácter personal del daño debe ser entendido de manera amplia, puesto que no necesariamente busca la indemnización

¹⁰³ Firat Cengiz, “Antitrust Damages Actions: lessons from American indirect purchasers’ litigation”, *Int’l and Comparative Law Quarterly*, 59, 1, Jun 2010, London, p. 45.

¹⁰⁴ Velásquez Posada, op. cit. p. 221.

de un perjuicio individual, sino la reparación de un daño que no tiene tal característica” ¹⁰⁵. La consecuencia de esto es que el daño colectivo —no irrogado a alguien en concreto—, se corresponde con el daño *in abstracto* a la competencia y libre concurrencia (ver *supra*).

B. CIERTO Y REAL

El daño requiere ser cierto y real. Esta característica no se altera. La certeza sobre el daño, no absoluta sino basada en funciones de probabilidad, es necesaria para que el juez se forme convicción.

Pero cabe hacer una precisión. El daño *in abstracto* a la competencia no es contrario a la característica de cierto y real, así como nadie duda del daño ambiental o del daño que produce la publicidad engañosa al interés general. Todas las externalidades que la teoría económica nos enseña que son normalmente producidas por prácticas anticompetitivas, son por ello probables y por tanto atendibles para configurar daño. El juez tendrá que valorar que en el curso fenomenológico de las cosas, basado en teoría económica, normalmente una práctica anticompetitiva tiene un efecto general sobre las condiciones de competencia y libre concurrencia en los mercados.

Resulta interesante que en EUA, un demandante que pretenda obtener un mandato judicial tendiente a cesar prácticas anticompetitivas conforme a la Sección 16 de la *Clayton Act* (no daños triples de Sección 4), deba acreditar únicamente “amenaza de pérdida o daño debido a una violación de leyes antimonopolio”, no hay obligación de argumentar perjuicio real al negocio o propiedad ¹⁰⁶.

C. DIRECTO E INMEDIATO + INDIRECTO Y MEDIATO + NEXO CAUSAL DE VARIOS TRAMOS

Señaló Rojina Villegas que la lógica había impuesto que se trasladara la aplicación de la característica “directo e inmediato” de responsabilidad contractual a RCES. Esto, si bien pudo ser válido durante casi un siglo (el CCF es de 1928) hoy ya no es funcional. Con toda claridad, digamos que el no

¹⁰⁵ Chaustre Hernández, Pedro Antonio, *Daño en la Colectividad*, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, p. 106.

¹⁰⁶ *Cargill Inc v. Monfort of Colorado Inc* 476 US 104 (1986).

solo daño directo e inmediato debe ser reparado sino también el indirecto y mediato.

Habiendo una conducta generadora A, elementos de interferencia entre A y un resultado B que pueden distorsionar la relación causa-efecto sea absorbiendo o trasladando el efecto, decimos entonces que el nexo causal (NC) es discontinuo entre A y B. El daño B es mediato con respecto a A pues median elementos de interferencia entre A y B. El daño B es indirecto con respecto a A al no tener su origen próximo en A sino en los elementos de interferencia. Indirecto significa además que hay una discontinuidad del NC que une A y B, y éste puede seccionarse en tramos. La mediatez implica que existen elementos de interferencia que median entre A y B.

El nexo causal existe, pero está seccionado en 2 tramos, ya no es un vector continuo sino discontinuo. El primer tramo explica que A causó un resultado directo e inmediato resentido por quienes se representan como elementos de interferencia, y después, a partir de un traslado del efecto un segundo tramo del nexo causal explica el resultado final B. No deja de existir una relación causa-efecto entre A y B, pero se vuelve mediata e indirecta [habría una línea de tendencia que representa la explicación adecuada de B con respecto a A]. Recordemos que aquellos representados como elementos de interferencia no tienen el deber jurídico de absorber el daño.



El nexo causal de varios tramos equivale a la cadena causal entendida como “secuencia de influencias de causa y efecto de un fenómeno que se representa por eslabones relacionados”¹⁰⁷, aunque el primer término es más preciso por denotar un solo nexo causal, aunque seccionado en tramos.

¹⁰⁷ A. 2.V de la LFRA.

D. RAZONABLEMENTE PREVISIBLE

Un elemento de control judicial que es sano incorporar al estándar es la razonable previsibilidad del daño a partir de la causa que se alega como conducta antijurídica. La razonable previsibilidad es en realidad una manifestación del *arbitrum iudicis* y la prudencia, elementos de templanza que se han exigido al juez desde la época romana, y reconozco también que la razonable previsibilidad en sí misma podría ser una mezcla de dos teorías expuestas del nexo causal. Pero creo que es más fácil si desde el estándar de daño controlamos el grado de proximidad entre el resultado B y la conducta A.

No cualquier daño indirecto y mediato será tomado en cuenta, sino aquel daño previsible y probable, que lógicamente, normalmente tenga su causa primigenia en la conducta que se alega de antijurídica y anticompetitiva. En casos de RCES con fondo de competencia económica, esa consecuencia previsible y probable deberá estar apoyada en teoría económica y máximas de experiencia del juez¹⁰⁸.

Lo que se busca descartar exigiendo que el daño sea razonablemente previsible a partir de una conducta A, son dos tipos de alegaciones: (i) daño remoto, frívolo o irracional, y (ii) argumentaciones que traten de derivar nuevos tramos del nexo causal *ad infinitum*.

Desde luego, el estándar implica que el problema del traslado tendrá que ser abordado en la sentencia, dependiendo de si ha sido realizado total o parcialmente a lo largo de la cadena de distribución.

3.7.3 DAÑO INDIRECTO-MEDIATO Y RAZONABLE PREVISIBILIDAD EN OTRAS ESPECIALIDADES JURÍDICAS Y EN EL DERECHO COMPARADO

A. CRITERIOS RECIENTES EN DERECHO MEXICANO

El ajuste ya ha iniciado en otras especialidades de Derecho Mexicano. El a. 2.IV de la Ley Federal de *Responsabilidad Ambiental*¹⁰⁹ ha incorporado el daño indirecto como elemento de responsabilidad:

¹⁰⁸ Para este tema es muy útil acudir a Tron, op. cit.

¹⁰⁹ Esta Ley viene a replantear la institución de la responsabilidad civil, de hecho se trata de una nueva responsabilidad: la ambiental.

Daño indirecto (...) aquel daño que en una cadena causal no constituye un efecto inmediato del acto u omisión que es imputado a una persona en términos de esta Ley.

En materia de responsabilidad civil en caso de muerte, los tribunales han reconocido la acción indemnizatoria a afectados indirectos, a favor de quienes hay presunción de afectación *iuris tantum*:

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MATERIAL Y MORAL EN CASO DE MUERTE. LA LEGITIMACIÓN DEBE ESTABLECERSE A PARTIR DE CÍRCULOS CONCÉNTRICOS DE AFECTO EN TORNO A LA VÍCTIMA, DE MANERA QUE LOS MÁS PRÓXIMOS EXCLUYAN A LOS MÁS LEJANOS. (...) la legitimación para obtener la indemnización se desplaza de la víctima a favor de terceros vinculados, (...) con ella, que son los perjudicados indirectos, según la doctrina. (...) al no existir en el (...) Código Civil para el Distrito Federal un criterio cerrado mediante la determinación expresa y objetiva de damnificados indirectos, se entiende conferida a favor de los allegados del difunto que, en principio, son los familiares más próximos (padres, hijos, cónyuges), en quienes se presumirá *iuris tantum* esa afectación. (...) ¹¹⁰.

En materia de protección al consumidor los tribunales han sostenido que no obstante no existe relación directa entre fabricante y consumidor final, al fabricante no escapa de su responsabilidad por defectos en productos (hay elementos de interferencia con nexo causal de varios tramos):

DERECHOS DEL CONSUMIDOR. INCLUYE EL RECLAMO POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS (INTERPRETACIÓN DE LA ÚLTIMA PARTE DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL). (...) el derecho a la compensación, como algunos de los derechos de los consumidores. De ahí que una interpretación amplia del artículo 28 constitucional es en sentido de que esos derechos que la ley debe proteger incluye el que cualquier persona que haya sufrido daños en su seguridad o salud, a causa de la utilización de productos defectuosos, esté legitimada para demandar al productor su resarcimiento o

reparación y, durante el juicio, el afectado deberá demostrar el vínculo entre los daños y el defecto, considerando además si el producto cumplió o no con las normas de seguridad, así como la información sobre los riesgos y condiciones normales de uso ¹¹¹.

En efecto, la responsabilidad del fabricante para con el consumidor final a pesar de no existir relación directa entre ellos, tiene su origen en un precedente inglés que dio línea al mundo anglosajón y del que parte el derecho de protección al consumidor. En *Donoghue v. Stevenson* ¹¹², Ms. Donoghue enfermó a consecuencia de beber un caracol podrido que estaba en una botella de ginger que le había sido servida en un restaurante. Ella no tenía ningún contrato con el fabricante de la bebida, pero la casa de los Lores sostuvo que el fabricante era responsable pues tenía el deber de cuidado con la última consumidora. Este principio del prójimo establece que uno está obligado a evitar conductas de las cuales pueda razonablemente prever que deriven en daño al prójimo (razonablemente previsibles) ¹¹³.

B. DERECHO ARGENTINO

En el Código Civil Argentino, el autor del cuasidelito (conducta anijurídica) responde por las consecuencias inmediatas y también por las mediatas por considerarse previsibles *in abstracto* ¹¹⁴, si hubiese previsto las consecuencias causales en el caso concreto, también responde por ellas:

901. Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

903. Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

¹¹¹ [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Febrero de 2009; Pág. 1850.

¹¹² House of Lords [1932] AC 562.

¹¹³ Velásquez Posada, op. cit., 138. El mismo principio podemos aplicar en materia de competencia económica.

¹¹⁴ Calvo Costa, op. cit., p. 83.

¹¹⁰ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1934.

904. Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Art. 905. Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

C. DERECHO ESTADOUNIDENSE

La Sección 4 de la Clayton Act da acción a cualquier persona (*any person*) que se vea afectada por prácticas anticompetitivas para reclamar por triplicado el daño sufrido.

En *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery*¹¹⁵, la Corte Suprema de EUA estableció que mayoristas y minoristas que adquirían producto sujeto a prácticas anticompetitivas perfectamente podían demandar (formando una class) a su proveedor o proveedores cuya conducta se argumentara como fuente del daño, pues tenían una posición próxima con ellos. La Corte intentó crear un criterio general que rigiera la distribución ordenada de daños, estableciendo una presunción (no absoluta) en favor de compradores directos para que fueren ellos quienes reclamasen el sobreprecio total y limitar así el reclamo de los consumidores indirectos bajo el argumento de que éstos últimos generalmente tienen pocos incentivos para intentar un juicio de daños por montos pequeños.

En *Illinois Brick v. Illinois* la Corte confirmó la doctrina *Hanover*, bajo la óptica de efectividad y eficiencia, bajo los argumentos: (i) los consumidores directos están en mejor posición de demandar exitosamente y, (ii) admitir daños directos e indirectos puede desbordar el sistema judicial por el número de acciones civiles y los complejos análisis económicos del traslado. *Hanover* e *Illinois* establecieron así que bajo Derecho Federal, sólo se aceptarían reclamos por compradores directos.

¹¹⁵ 392 US 481, 1968. *Hanover*, fabricante de zapatos, demandó a un fabricante de maquinaria usada en producción de zapatos. El demandado argumentó que *Hanover* no había sufrido daño al haber trasladado el sobreprecio al consumidor final: *passing-on defence*.

Pero *Hanover* ha admitido tantas excepciones que no es posible sostenerla como criterio general y lo más importante: la mayoría de las leyes y jurisprudencia estatales, como reacción a *Hanover-Illinois*, dan entrada desde entonces a los reclamos de consumidores indirectos, evitando el estándar federal, bajo lo que se ha llamado "*Illinois Brick repealer statutes*"¹¹⁶. Pero entre leyes y jurisprudencia estatales también hay diferencias, e.g.: (i) algunas permiten el reclamo por los propios afectados indirectos mientras que otras conceden legitimación a los *Attorneys General* en su representación (al amparo de la *Hart-Scott-Rodino Act*); y (ii) el análisis del traslado también varía de Estado a Estado.

En tal contexto, el sistema ha resultado ser problemático dada la dispersión de criterios y resultados por debido a la diversidad de foros en que se litiga¹¹⁷. Debe agregarse que las *class actions* tienen regulación diferente en los ámbitos Estatal y Federal. Actualmente, el problema es desarrollar un sistema racional que coordine criterios Estatales y Federales, resultando cruciales aspectos procesales y de cooperación judicial, tan importantes como los sustantivos para ordenar el sistema salvaguardando derechos de todos los afectados¹¹⁸.

D. DERECHO EUROPEO Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE RECLAMO DE DAÑOS DERIVADOS DE PRÁCTICAS CONTRARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA (2013)

Aunque el pleno resarcimiento del daño derivado de la conducta contraria a la competencia está garantizado a nivel europeo, su "ejercicio práctico suele resultar difícil o casi imposible"¹¹⁹ por el desorden en las regulaciones, espe-

¹¹⁶ American Bar Ass'n Section of Antitrust Law, *Indirect Purchasers Litigation Handbook* (ABA, 2007) p. 26. Gengiz, op. cit., p. 48.

¹¹⁷ E.g., derivados del caso Microsoft, se ventilaron ante tribunales federales 64 demandas de daños y ante cortes estatales 117. Cfr Gengiz, op. cit., p. 48. En 2002 se creó por ley federal la *Antitrust Modernization Commission*, y uno de los puntos en su agenda fue poner orden en el sistema de reclamo de daños indirectos y directos. En principio se adhirió a la doctrina *Hanover/Illinois*. Reconociendo que derivado de la descoordinación de criterios se ha abusado del *forum shopping* y en algunos casos ha existido reclamo múltiple del mismo daño, propuso la adjudicación coordinada de casos relacionados o foro único para litigarlos.

¹¹⁸ Gengiz Firat, op. cit., p. 39 y ss.

¹¹⁹ Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias a la competencia (2013), p. 4.

cialmente: la ausencia de acciones colectivas eficaces y criterios claros sobre el *passing-on*, entre otros ¹²⁰.

En *BRT v. Sabam* ¹²¹, la Corte Europea estableció la doctrina del efecto directo. Sin embargo, en casos más recientes, *Courage v. Bernard Crehan* ¹²² y *Manfredi v. Lloyd* ¹²³ —resolviendo consultas planteadas por los tribunales supremos inglés e italiano— la Corte señaló que dicha doctrina debe estar abierta a “cualquier individuo” para reclamar daño derivado de conducta anticompetitiva siempre y cuando se acredite relación causal entre daño y conducta. En ambos casos la Corte privilegió un equilibrio entre la doctrina *BRT v. Sabam* y el principio de respeto a la autonomía procesal de los Estados.

Sin embargo, ese equilibrio no ha aportado claridad, pues la Corte sin establecer claramente si el daño indirecto es protegido o no a nivel europeo (y si se aparta o no de *BRT v. Sabam*), deja a los tribunales nacionales, bajo leyes nacionales y estándares de daño y causalidad nacionales, la determinación de si es cubierto el daño indirecto (incluyendo el problema del traslado). Esto ha sido fuente de críticas dada la potencial dispersión de criterios entre tribunales nacionales ¹²⁴.

A ello se suma la diversidad de las legislaciones nacionales especialmente por cuanto a la exigencia de relación directa entre conducta y daño que prevalece (al menos) en: Alemania, Austria, Chipre, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Malta. E.g., bajo la teoría del “propósito protector de la norma”, los tribunales alemanes y austriacos han requerido que para poder reclamar daño, el demandante debe ser una persona o pertenecer a un grupo bien definido de personas contra quienes la conducta infractora ha sido específicamente dirigida; bajo este criterio los tribunales alemanes rechazaron el reclamo de daños de las víctimas del cartel internacional de vitaminas, que sí fue aceptado por los tribunales británicos ¹²⁵.

120 Ídem.

121 Caso 127/73 *Belguische Radio en Televisie v. SV Sabam and NV Fonior* ECR [1974].

122 Caso 453/99 ECR (2001)

123 Caso C-295/04 *Vicenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni* ECR [2006]

124 Cengiz Firat, op. cit., p. 54.

125 Ídem. Reformas a la ley de competencia alemana de 2005 han concedido acción sólo a los individuos del mercado “aguas abajo” directamente afectado.

Ante ese desorden, la Comisión Europea elaboró la Propuesta de Directiva en junio de 2013 ¹²⁶ que tiene por objetivo unificar criterios, aunque confirmando que es responsabilidad de los tribunales nacionales resolver asuntos de daños derivados de prácticas anticompetitivas conforme a sus normas nacionales sobre responsabilidad civil (incluyen el estándar de daño y causalidad). La Propuesta de Directiva también establece la garantía de que las víctimas obtengan “pleno resarcimiento” por el perjuicio sufrido, reconociendo el derecho a indemnización a todos los afectados, independientemente de si son compradores directos o indirectos ¹²⁷ (alejándose de *BRT v. Sabam*). Asimismo señala que el reclamo de un consumidor final que adquiere indirectamente, conlleva una presunción *iuris tantum* del daño; que la repercusión del sobreprecio disminuye el monto del daño a reclamar para quien hace el traslado; y que también hay presunción *iuris tantum* de daño cuando la conducta ilegal es un cartel ¹²⁸. Por su importancia transcribo estos artículos de la Propuesta de Directiva:

Artículo 12. Defensa «*passing-on*»

1. Los Estados miembros garantizarán que el demandado en una demanda por daños y perjuicios pueda invocar como defensa frente a una reclamación de daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del coste excesivo resultado de la infracción. La carga de la prueba en el caso de esta defensa de repercusión del coste excesivo recaerá en el demandado.
2. En la medida en que se haya repercutido el coste excesivo a personas que se encuentren en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resulte legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio, el demandado no podrá invocar la defensa a que se refiere el apartado anterior.

Artículo 13. Compradores indirectos

1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de que en una demanda

126 Referencia completa: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. COM (2013). Esta propuesta derivó de 8 años de consultas (White Paper y Green Paper). Falta su aprobación por el Parlamento Europeo.

127 Artículo 2.

128 Artículo 16.

por daños y perjuicios la existencia de una reclamación de daños y perjuicios o el importe de la indemnización que debe concederse dependa de si, o en qué medida, se repercutió un coste excesivo al demandante, la carga de demostrar la existencia y la cuantía de tal repercusión recaiga en el demandante.

2. En la situación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el coste excesivo si demuestra que:

- (o) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia;
- (p) la infracción tuvo como consecuencia un coste excesivo para el comprador directo del demandado; y
- (q) él adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción, o adquirió bienes o servicios derivados de los bienes o servicios objeto de la infracción o que los contuvieran.

Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional disponga de la facultad para calcular qué cuota de dicho coste excesivo se repercutió.

El presente apartado se entenderá sin perjuicio del derecho del infractor a demostrar que el coste excesivo no se repercutió al comprador indirecto, o al menos no por completo.

3.8 EL DAÑO AGREGADO Y EL PROBLEMA DEL ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO DERIVADO DEL SISTEMA OPT-IN, ¿DEBEMOS ECHAR AL VUELO LAS CAMPANAS CON EL SISTEMA DE ACCIONES COLECTIVAS?

Denomino daño agregado a la suma de todos los daños individuales, i.e. TODOS y cada uno de los daños sufridos por los consumidores. De tal forma que se compone por el daño del consumidor 1, del consumidor 2, del consumidor 3 y así hasta el consumidor n afectado:

$$D_A = d_{c1} + d_{c2} + d_{c3} \dots + d_{cn}$$

No confundir daño agregado¹²⁹ con daño *in abstracto* a la competencia. Son diferentes. En daño agregado tomamos en cuenta el daño individual de todos los consumidores que adquirieron un bien/servicio sujeto a práctica anticompetitiva (asumamos, por facilidad, traslado completo del sobreprecio hacia el consumidor final). Daño *in abstracto* no es sufrible individualmente sino colectivo.

Pues bien, el daño agregado es exigible a quien comete una práctica anticompetitiva en un sistema de acciones colectivas bien diseñado y orientado al interés público. Además el sistema de competencia económica debería estar diseñado para reclamar el excedente total del consumidor apropiado.

No hay forma creíble en el Derecho Mexicano de reclamar el daño agregado. ¿Porqué? Debido a la fórmula del *opt-in* sobre el que se diseñó el sistema de acciones colectivas. En un sistema de acciones colectivas hay 2 formas de que el resultado del juicio vincule a la colectividad: (i) *opt-out*, en que el resultado del juicio tiene efectos generales (se gane o se pierda) y sólo queda excluido quien expresamente se desvincule, y (ii) *opt-in*, en que el resultado del juicio tiene efectos sólo para quienes expresamente se hayan adherido (e.g., desde la demanda hasta 18 meses después de sentencia).

El sistema *opt-out* está pensado bajo una óptica de interés público. Debido a que es irracional esperar que la totalidad de consumidores en un determinado caso manifiesten por escrito su adhesión al resultado del juicio (¡podrían ser millones!) se vincula *ex ante a la totalidad de afectados con el resultado del juicio (salvo los expresamente excluidos)*. Eso explica los rígidos controles que se exigen en EUA a los representantes de la colectividad: calidad, honorabilidad y lupa permanentemente de la opinión pública, ya que el resultado del juicio, se gane o se pierda, afecta a toda la clase.

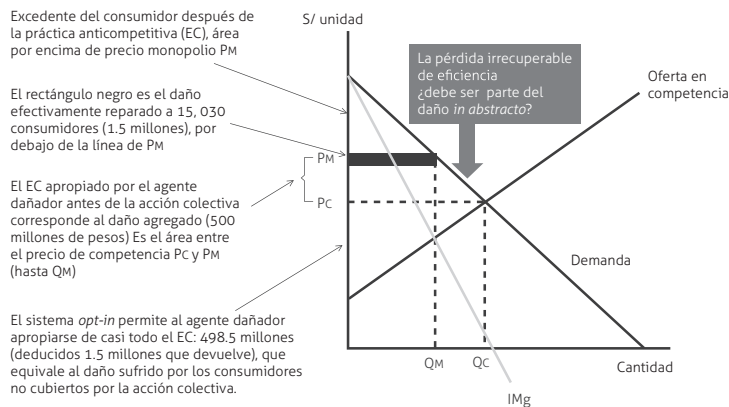
El sistema de *opt-in* es restrictivo. El resultado del juicio, se gane o se pierda, vincula sólo a quienes expresamente se adhieran y nunca se espera ni sucederá que en casos de consumo masivo, la totalidad de afectados se adhiera a la acción colectiva (probablemente ni una cuarta parte de los afectados concurren, esto es clave). Eso fue muy bien pensado por el diseñador de la

129 Prescindamos de la denominación global, por dar lugar a confusiones.

norma mexicana, para que el agente no se vea en el riesgo de devolver el daño agregado, pues *in extremis*, el riesgo calculado es que sean acaso miles quienes se enteren del juicio y se tomen la molestia de firmar un documento para adherirse. Luego, si la colectividad gana el juicio, se benefician sólo los adheridos. Pero aquí viene algo clave: si la colectividad pierde el juicio (suponiendo una representación adecuada), por efecto de cosa juzgada no puede iniciarse otro reclamo colectivo (se deja desprotegido al universo de consumidores que no se adhirieron y que en un sistema *opt-out* hubiesen quedado cubiertos).

Ejemplo. Supongamos una práctica monopólica que afecta con daño personal a 5 millones de consumidores. El sobreprecio indemnizable es de 100 pesos por unidad de producto. El excedente del consumidor apropiado por los agentes dañadores es de 500 millones de pesos (5 millones*100). Supongamos que 30 personas inician la acción colectiva en sentido estricto y durante el procedimiento se adhieren 5,000 consumidores. Supongamos que la colectividad gana el juicio, la representación es adecuada y que en los 18 meses posteriores a la sentencia se adhieren 10,000 consumidores más. Serán indemnizados 15,030 personas por monto aprox. de 1.5 millones de pesos (15,030*100), y las ganancias monopólicas de los dañadores se reducirían aprox. de 500 millones a 498.5 millones ¹³⁰.

Daño agregado, excedente de consumidor apropiado y daño efectivamente reparado



130 En casos de consumo tan masivo como servicios de telecomunicaciones o alimentos, los afectados son muchos millones.

Eso es lo que hay en México, e implica que (i) no tenemos un verdadero sistema de acciones colectivas para reclamar el daño agregado (lo que hay es más cercano a un litisconsorcio activo); (ii) la pretendida eficacia y eficiencia del reclamo colectivo es hasta ahora, teórica, y será así hasta en tanto no se modifique el sistema de *opt-in* a *opt-out*; y (iii) si el juicio se gana no se incluye al universo de consumidores afectados no adheridos, pero sí les perjudica que el juicio se pierda pues no podrán reclamar su daño en otro procedimiento colectivo.

En el ejemplo, sólo 15,030 consumidores son cubiertos por los efectos de una sentencia favorable, pero los 5 millones son cubiertos si es desfavorable. Que es lo mismo a decir que 4,984,970 consumidores quedarían fuera de una sentencia favorable, pero conforme al a. 588.V del CFPC ¹³¹ se les limita la posibilidad de iniciar un reclamo colectivo adicional (salvo una representación inadecuada en juicio previo, pero el problema será el mismo en un segundo juicio).

El diseño adoptado de *opt-in* hace “menudo” servicio a los intereses de los dañadores, contrario al espíritu plasmado por los tribunales en este criterio:

LÍMITE DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE ACCIDENTES AÉREOS QUE CAUSEN DAÑOS A PASAJEROS. EL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE AVIACIÓN CIVIL VIOLA LOS DERECHOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado precepto legal viola los artículos 1o. y 4o. constitucionales (...) debido a que hace prevalecer la protección al patrimonio de la industria sobre la salud, integridad física y psíquica de los pasajeros, así como sobre su derecho a recibir una indemnización justa para llevar una vida digna; (...) limitando la indemnización a una cantidad fija que no atiende al daño causado en beneficio de quien lo provocó, (...) se produciría en favor de los transportistas una ventaja injustificada en detrimento (...) del patrimonio de los pasajeros, y se validaría un sistema que no fomenta el ejercicio responsable de la aviación civil, ya que quien se sabe responsable de los daños que ocasiona, realiza con más cuidado sus deberes ¹³².

131 Como requisito de improcedencia exige que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en el CFPC.

132 [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3; Pág. 2315.

Además, la SCJN antes de la reforma al CFPC en materia de acciones colectivas, había establecido que una acción colectiva verdadera debía de tener efectos *ultrapartes* que cubrieran a todo el grupo afectado aunque las personas integrantes no hubiesen acudido a juicio a título personal ¹³³.

En un sistema *opt-out* el monto exigible a los agentes podría ser en principio de 500 millones de pesos, equivalente al excedente del consumidor total apropiado, en la medida en que los efectos de la sentencia favorable cubrieran a TODOS los afectados y no sólo a quienes se adhirieran por escrito.

En EUA, donde en principio rige el sistema *opt-out* ¹³⁴ en una *antitrust class action*, el resultado del juicio cubre a la TOTALIDAD de afectados reales o class (con excepción de quienes expresamente se excluyan). Aunque existen varios *remedies* que utilizan los tribunales, vale la pena mencionar uno de ellos: el *fluid recovery o cy press* (“as near as possible”), utilizado por muchas cortes estadounidenses en situaciones en que los daños individuales no son lo suficientemente grandes como para que justifiquen costos administrativos para su distribución. El *fluid recovery* permite el cálculo del daño agregado y su distribución para beneficio de los integrantes de la clase entera con la finalidad de prevenir que los agentes dañadores se enriquezcan injustamente aprovechando tal situación. Suponiendo una condena por daño agregado, el monto resultante de los daños individuales no reclamados (*unclaimed damages*) ha sido utilizado por jueces estadounidenses para financiar proyectos de organizaciones de la sociedad civil con actividades de interés público. Otro remedio ha consistido en que los jueces exigen que se reduzca el precio de mercado del bien o servicio afectado por un periodo de tiempo razonable como para compensar los sobrepagos alegados ¹³⁵.

Lo que sostengo es que el diseño de *opt-in* adoptado en México “bendice” un enriquecimiento ilegítimo o ilícito en favor de los agentes dañadores. Pues permite que se apropien de todo el excedente del consumidor, sin la posibilidad de que la TOTALIDAD de afectados por la conducta anticompetitiva se bene-

¹³³ A.D. 15/2009, mayo 2010, SCJN.

¹³⁴ No es una regla de aplicación absoluta, dependerá del tipo de caso. Otros varios casos de rigen por el sistema *opt-in*.

¹³⁵ Klonoff, Robert H., *Class Actions and other multiparty litigation*, Thomson West, St Paul, Min, 2007, p. 272 a 274.

ficie de un resultado favorable. La institución de enriquecimiento ilegítimo que estimo se actualiza en estos casos, exige un daño, un enriquecimiento y un empobrecimiento. Hay claramente un beneficio para el enriquecido, y ese enriquecimiento es antijurídico.

A mi juicio, las opciones para modificar tal sistema *opt-in* que facilita el enriquecimiento ilegítimo, son:

- a. Reforma al CFPC para modificar el modelo del *opt-in*, a un modelo de *opt-out*, en que solo quien expresamente se deslinde de la clase será excluido del resultado del litigio colectivo. En el ejemplo, si sólo 15,030 consumidores se excluyeran, el resultado cubriría aún 4.985 millones de consumidores.
- b. Vía pretoriana, se requeriría una senda jurisprudencial audaz que necesariamente desafíe la constitucionalidad del sistema *opt-in* por ser contrario a una verdadera protección del interés público y derechos humanos (principios *pro personae*, *pro consumidor*, *pro intereses colectivos*).

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como dice la Comisión Europea: “la aplicación general de las normas de competencia se garantiza mejor mediante la aplicación complementaria, pública y privada. No obstante (...) el marco jurídico existente no regula adecuadamente la interacción entre las dos ramas de la aplicación de la normativa de competencia.” ¹³⁶. Por eso, para depurar nuestro sistema jurídico en las áreas que aquí interesan, y a partir de lo expuesto en este trabajo, brevemente se concluye y propone lo siguiente.

El estándar de daño debe expandirse para cubrir daño *personal y colectivo + cierto y real + directo e inmediato, indirecto y mediato + razonablemente previsible*. La mejor opción es su desarrollo por la vía pretoriana. Pues el antiguo

¹³⁶ Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre daños derivados de prácticas contrarias a la competencia (2013), p. 3.

estándar importado por la doctrina (de responsabilidad contractual a RCES), ya no responde al paradigma de protección de los derechos humanos (ni a las finalidades del derecho de la competencia y las acciones colectivas).

Por otro lado la indemnización por daño colectivo, que es el irrogado a la colectividad y sólo como colectividad considerada, cuyo contenido es también daño *in abstracto* al proceso de competencia y libre concurrencia, es exigible mediante la acción difusa.

Es necesario cambiar el sistema *opt-in* por el *opt-out*, en el régimen de acciones colectivas en sentido estricto, para que sea posible la reparación del daño agregado. Pero además, como medida de eficiencia, valdría la pena incorporar a nivel de ley, remedios como el *fluid recovery* que utilizan los jueces estadounidenses. De otra forma es francamente inútil tener acciones colectivas.

Conservar la regla de litigio en acciones colectivas en exclusiva para el foro federal (aprovechando la evidencia empírica que arroja el funcionamiento no siempre fluido del sistema estadounidense) es una buena opción para evitar la dispersión de criterios sobre el estándar de daño así como la forma en que debe ser probado y medido el traslado del sobreprecio a lo largo de la cadena de distribución (tanto *a la defensiva*, i.e. como argumento del demandado para librarse del reclamo de compradores directos; como *a la ofensiva*: i.e. como argumento del demandante para probar su daño). En este sentido sería útil aprovechar la existencia de jueces federales especializados en materia de competencia económica para que sean ellos quienes conozcan de las acciones colectivas que versen sobre la especialidad.

La adopción de estas propuestas permitirá operar un sistema de acciones colectivas serio, eficaz y eficiente que verdaderamente proteja el interés público, además de que sería útil en la inhibición de prácticas anticompetitivas.

PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA DE
RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN
MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

Miguel Flores Bernés

Miguel Flores Bernés:
LLM International Economic Law, University of Warwick, UK; Lic. en Derecho por la Escuela Libre de Derecho

ABSTRACT

“Las autoridades de competencia persiguen y sancionan las prácticas monopólicas. No obstante, todo aquel que se ve afectado por la violación a la ley de competencia tiene derecho a la reparación de los daños y perjuicios que le son causados. Para reclamar los daños y perjuicios es necesario iniciar una acción civil ante los tribunales. No obstante, las reglas procedimentales no son muy claras. En 20 años de historia sólo dos acciones de este tipo se han intentado y ambas han sido infructuosas. Por justicia, y en razón de que un sistema eficiente hará que los infractores piensen dos veces antes de violar la ley, se presentan propuestas concretas que podrían ser incorporadas en la Ley Federal de Competencia Económica como lineamientos para los jueces, que permitan mejorar el sistema sin perjudicar a los procedimientos de las autoridades de competencia en temas claves como el programa de inmunidad y el cierre anticipado de procedimientos de investigación.”

“Competition authorities impose fines on undertakings that have incurred in anticompetitive conduct. Any injured party affected by such infringement is entitled to compensation for any harm caused. To claim damages an injured party must initiate a private action in court. However, in Mexico procedural rules are not clear. In 20 years only two injured parties have sued in court to recover damages and both have failed. For justice and since an efficient system of private enforcement will make offenders think twice before breaking the law, in this paper we developed specific proposals that could be incorporated in the Federal Law of Economic Competition as guidelines for judges. These guidelines are designed with a view to avoid any conflict with public enforcement by competition authorities, taking into account key issues such as the leniency program and other procedures where undertakings decide to cooperate with the competition authorities.”

1. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL PROBLEMA

Las autoridades de competencia en México pueden imponer multas a las empresas que hayan infringido la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), misma que es una ley reglamentaria del artículo 28 de la Constitución que consigna el Derecho Fundamental a la libre concurrencia y competencia en los mercados. A la aplicación de esta norma le podemos denominar la “aplicación pública” de la LFCE.

No obstante, la violación de la LFCE genera también derechos y obligaciones para las personas, que pueden ser aplicados por los órganos jurisdiccionales. A ello se le puede denominar “aplicación privada” de la ley de competencia. Las reclamaciones de reparación de daños y perjuicios por infracciones a la ley constituyen un ámbito importante de aplicación privada de la legislación de competencia, pues cualquier persona puede solicitar la reparación del daño y/o perjuicio sufrido cuando exista una relación causal entre dicho daño y la infracción de las normas de competencia.

Una persona afectada por una violación a la LFCE debe poder solicitar reparación no solo por el daño emergente sufrido (*damnum emergens*), es decir la afectación real en su patrimonio; sino también por el lucro cesante del que han sido privadas (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses que correspondan.

Es claro que la reparación de daños ocasionado por la violación a la LFCE no puede obtenerse mediante la aplicación pública, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM o Constitución) establece que sólo los tribunales pueden dirimir las controversias entre los particulares (artículo 104 CPEUM). Asimismo, es pertinente recordar que la reparación de los daños y perjuicios es un tema eminentemente de derecho y procedimiento civiles.

En razón de las recientes reformas a la Constitución (11 de Junio de 2013) la Comisión Federal de Competencia (CFC) ha desaparecido y sus funciones han sido asumidas por dos nuevos órganos autónomos constitucionales: la Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE) y el Instituto Federal de

Telecomunicaciones (IFT)¹. En adelante nos referiremos a estos órganos como la “autoridad de competencia”

Las autoridades de competencia carecen de facultades para decidir casos en materia de daños y perjuicios, pero es posible explorar ideas que permitan dar guía a los jueces en la legislación federal para mejorar el sistema. Por otro lado, las autoridades de competencia si pueden dar apoyo en el estudio de métodos para lograr esas mejoras.

También es evidente que el tema del resarcimiento de daños y perjuicios, a aquellas personas que han sufrido los efectos de las prácticas monopólicas, es un tema no resuelto y pendiente en México. El asunto no es menor. El sistema “Antitrust” de los Estados Unidos de América, se basa principalmente en la “acción privada” ante tribunales ordinarios². En Europa, el sistema de recuperación de daños causados por prácticas monopólicas está siendo sometido a revisión, con el fin de armonizar las legislaciones nacionales relacionadas con la materia³.

Desafortunadamente, en México no hay un solo caso en el que alguien afectado en su patrimonio por una práctica monopólica o concentración prohibida haya podido recuperar un solo peso. Han existido multas impuestas por parte de las autoridades de competencia y muchas han quedado firmes, pero, a la fecha, no se ha logrado exitosamente el resarcimiento del daño causado a los afectados.

¹ IFT aplica la LFCE en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión de conformidad con el artículo 28 Constitucional

² La Ley Sherman es la ley más importante en los EUA sobre el tema de competencia, pero la Ley Clayton es la que contempla la posibilidad de que quién se vea afectado por una violación a cualquier ley *Antitrust* pueda cobrar “*treble damages*”; es decir, el pago de daños y perjuicios a razón de tres veces la cantidad correspondiente. Esta disposición fue muy importante pues se creó el incentivo de demandar en tribunales cualquier violación a las leyes de competencia

³ Unión Europea, “Libro Verde, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” consultado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>.

Unión Europea, “Libro Blanco acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia libro blanco” <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:ES:NOT>.

Unión Europea “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea”, junio de 2013, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>

¿Qué vías hay en México para reclamar?, La LFCE en su artículo 38 señala dos vías, la acción individual llevando a cabo un juicio civil; y, las acciones colectivas, mismas que no se han intentado siquiera. Hoy, sólo se conocen dos casos en los que se intentó recuperar daños derivados de prácticas monopólicas y ambos demandantes perdieron. Respecto a las acciones colectivas, coinciden los expertos que tampoco ayudan, pues tiene trabas que desincentivan el intento de dichas acciones contra los monopolios en México.

¿Por qué es importante el tema?, en principio por simple justicia, si una práctica monopólica, misma que resulta un hecho ilícito –violatorio de la LFCE- afecta a una persona o a un grupo de personas al subir los precios o desplazar a competidores, es justo que los afectados puedan reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios.

¿Es un tema sólo de interés privado? No es un asunto sólo de resarcir daños y perjuicios a las personas afectadas, hay un verdadero interés público en este tema, lo anterior debido a que un buen sistema tendría un efecto de disuasión mayor y haría que las empresas se lo piensen dos veces antes de violar la ley de competencia.

2. ¿CUÁL ES LA RAÍZ DEL PROBLEMA?

2.1 MÉXICO ADOPTÓ UN SISTEMA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA BASADO EN LA ACCIÓN PÚBLICA Y NO EN LA ACCIÓN PRIVADA.

En México, las disposiciones de competencia se incluyen en el artículo 28 de la Constitución de 1857 y, son retomadas por el constituyente de 1917. En el artículo 28 Constitucional se contempla como un Derecho Fundamental a la libre competencia y concurrencia en los mercados.

El sistema económico prevaleciente en el país hasta antes de 1993, no requería de una verdadera ley de competencia; y, podemos decir que, aunque existían disposiciones legales ligadas a la materia, estas eran totalmente inoperan-

tes. A partir de 1993, por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) esto cambia y la LFCE comienza aplicarse naciendo el Derecho de la Competencia en nuestro país.⁴

A partir de la entrada en vigor de la LFCE, se crea un verdadero sistema de defensa de la competencia. Pero desde su inicio, los redactores de esa ley no optaron por el sistema de los Estados Unidos de América (EUA) en donde todo el sistema “*Antitrust*” se basa en la posibilidad de que los particulares puedan demandar ante los tribunales ordinarios el pago de daños y perjuicios derivados de la violación de las leyes de competencia y que permiten recibir hasta tres veces el monto de dicho daño (*treble damages*).

En México, probablemente en razón de que el cambio era demasiado abrupto (al pasar de un sistema de economía prácticamente centralmente planificado a uno de libre mercado), se opta por dar el “monopolio” de la acción para perseguir prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas a una autoridad administrativa. La CFC fue el órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, encargado de combatir las prácticas monopólicas y concentraciones perniciosas en México.

En 20 años de vida de la CFC se pudo consolidar un sistema de defensa de la competencia basado en la acción pública más que en la privada. Con muchas carencias -como falta de presupuesto y personal de investigación suficiente- la CFC enfrentó a empresas muy poderosas.

La labor de la CFC fue principalmente combatir:

- Las prácticas monopólicas absolutas o carteles, que son acuerdos entre competidores para elevar precios, segmentar mercados, reducir el abasto o coordinar posturas en licitaciones⁵;

⁴ Antes de la apertura de México al exterior -que iniciara con la entrada al GATT en 1986 y se consolidara con la firma del TLCAN el combate a los monopolios no tenía mucho sentido, pues México vivía en un sistema de gobierno que auspiciaba los monopolios públicos e intervenía en la fijación de precios oficiales de muchos productos, además de que el credo imperante era la sustitución de importaciones y la economía centralmente planificada. Los precios no los fijaba el mercado sino que se determinaban en reuniones entre productores y el gobierno, por lo que la aplicación de una ley de combate a las colusiones y abusos de dominancia simplemente no tenía sentido.

⁵ Estas prácticas, son consideradas nocivas “*per se*”, por lo que no admiten una defensa derivada de ganancias en beneficio de los consumidores (ganancias en eficiencia); también a partir de mayo de 2011 son consideradas un delito federal (artículo 254 bis del Código Penal Federal).

- Las prácticas monopólicas relativas, que son las conocidas como abuso de posición dominante. Se trata de estrategias de negocio que son normales, pero que pueden dañar la competencia si se llevan a cabo por un agente económico con poder sustancial de mercado (que puede fijar el precio y el abasto en un mercado relevante, sin que sus competidores puedan contrarrestar ese poder) y con el objeto de desplazar indebidamente o crear barreras a la entrada de competidores⁶.
- Concentraciones indebidas. Una concentración es, en general, la unión entre agentes económicos a través de adquisiciones o fusiones de empresas (o activos). Éstas pueden causar daño a la competencia, por ejemplo, si se dan entre competidores y con la unión de éstos se genera una empresa con poder sustancial de mercado que puede abusar del mismo, o se generan incentivos claros para realizar acuerdos colusivos⁷⁸.

Cómo hemos mencionado éstas conductas se sancionan con multas administrativas (y, cárcel para las prácticas monopólicas absolutas), pero cuando se cometen pueden causar daños y perjuicios, lo que genera una responsabilidad civil a cargo de los infractores.

2.2 LA EVOLUCIÓN DE LA LFCE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIONES A LA LEY DE COMPETENCIA.

La LFCE no impedía –ni podía hacerlo- el inicio de acciones privadas o reclamaciones de daños y perjuicios derivados de violaciones a la ley. No

⁶ Estas prácticas se sujetan a la "regla de la razón", es decir se ponen en la balanza las cosas buenas que surgen de la práctica y las cosas malas que provocan, sólo si la afectación al bienestar de los consumidores es mayor se debe sancionar. Algunos ejemplos típicos de estas conductas son las negativas de vender insumos esenciales a los competidores, establecer exclusividades con proveedores o distribuidores, establecer precios de venta, imponer ventas atadas, realizar depredación o discriminación de precios imponer subsidios cruzados, realizar boicots, y, en general, elevar el costo a los rivales con el objeto de obtener una ventaja competitiva.

⁷ También pueden ser negativas si se realizan con la intención de afectar la competencia, por ejemplo adquirir al productor de un insumo esencial para evitar que mis competidores tengan acceso a él, o busco adquirir a una empresa *maverick* (que acaba de entrar al mercado y es innovadora) que amenaza con cambiar una situación cómoda sin mucha competencia (a lo mejor por acuerdos entre competidores o por conductas oligopólicas).

⁸ La CFC tenía otras importantes funciones que ahora son retomadas por las nuevas autoridades de competencia, pero para efectos de este documento resaltamos las anteriores solamente.

obstante, si señalaba algunos requisitos de procedencia previos al inicio de la reclamación en tribunales. La versión original del artículo 38 de LFCE señalaba:

ARTÍCULO 38.- Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización hasta (sic) por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece

Cómo puede apreciarse, el texto parecía implicar que aquellos agraviados que quisieran recuperar los daños y perjuicios -derivados de la violación de la LFCE- debían acreditar en el procedimiento administrativo, ante la CFC, la existencia de dichos daños a fin de tener acción ante la autoridad judicial; siendo que ya en el procedimiento civil correspondiente el juez podría tomar en cuenta alguna estimación de daños y perjuicios llevada a cabo por la autoridad administrativa.

En el año 2006, se reformó el artículo 38 de la LFCE para quedar redactado de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 38.- Una vez que la resolución de la Comisión haya causado estado, los agentes económicos que hayan sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración prohibida, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá solicitar a la Comisión la estimación de los daños y perjuicios.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece."

La nueva redacción ahora dejaba aún más claro que sólo podrían iniciarse una acción de reparación de daños y perjuicios una vez que la resolución de la CFC -declarando la existencia de la violación a la ley (hecho ilícito)- fuera firme (haya causado estado).

Pero había un avance ya que no se requería más acreditar los daños y/o perjuicios ante la autoridad administrativa. De alguna manera los procedimientos se hacían un poco más independientes. La nueva redacción también implicaba que para iniciar el procedimiento habría que transcurrir los siguientes procedimientos:

- i) el inicio y desarrollo de una investigación (promedio de dos años);
- ii) que concluyera la investigación realizada por la CFC y que se realizaría una acusación formal al probable infractor (Oficio de Probable Responsabilidad), y que éste esgrimiera su defensa ante la CFC para que dicho organismo señalara la existencia de la infracción (otros dos años aproximadamente);
- iii) que la resolución fuera confirmada (en un recurso de reconsideración) tramitado ante la CFC (seis meses aproximadamente);
- iv) que se tramitara el procedimiento de amparo iniciado en contra de la resolución del recurso de reconsideración confirmando la sanción (un año aproximadamente)
- v) que concluyera el procedimiento de revisión en contra del amparo que confirmara la resolución en primera instancia en el amparo (un año)

Los tiempos que señalamos son, por supuesto, aproximados y la descripción de los procedimientos se ha reducido y simplificado al máximo; pero estimo que un promedio nos podría dar un aproximado de seis años para que se pudiera contar con una resolución firme de la CFC, que permitiera iniciar el procedimiento de daños y perjuicios ante un juzgado civil ordinario.

El resultado en materia de acciones privadas para recuperar daños y perjuicios es elocuente. No existió durante la vigencia de los artículos señalados un solo caso exitoso. Sólo dos acciones se intentaron mientras estuvieron en vigor estas redacciones del artículo 38 de la LFCE; y, ambas acciones terminaron con sentencias favorables a los demandados.

La primera acción está relacionada con un caso en el que una empresa denunció ante la CFC la existencia de prácticas monopólicas relativas (depre-

dación de precios)⁹, la CFC sancionó la conducta y el denunciante intentó la acción de recuperación de daños y perjuicios en tribunales. No obstante, la resolución de la CFC se basaba en una conducta que estaba prevista en una fracción de un artículo de la ley que fue considerado inconstitucional debido a que no establecía los parámetros necesarios para determinar qué conductas constituían prácticas monopólicas. La denunciante continuo su acción intentando que se aplicara directamente el artículo 28 constitucional, pero los tribunales señalaron que el juez no estaba en aptitud de determinar si la conducta desplegada por la demandada debe calificarse como una práctica monopólica, porque la ilicitud de la conducta no emergería de una descripción contenida en la ley, sino de una decisión del juez. De permitir la aplicación directa de la Constitución el juez sería quién crearía la “conducta prohibida”, lo cual excedería su función jurisdiccional, pues le toca al legislador ordinario y no a la autoridad judicial, la facultad de fijar cuáles son las conductas que deben calificarse como prácticas monopólicas¹⁰.

De la segunda acción intentada se tiene menos información pero reportes periodísticos señalaron que se trataba del caso de una empresa refresquera que intentó una acción en contra de otra (con poder sustancial en el mercado de bebidas carbonatadas) que fue sancionada por la CFC por obligar a las “tienditas” a vender de forma exclusiva sus refrescos, lo que impedía la entrada del nuevo competidor al mercado¹¹. La CFC logró que su resolución quedara firme en sede judicial y se sancionó a un grupo de empresas refresqueras, por lo que la decisión administrativa era cosa juzgada. No obstante, los reportes periodísticos señalan que la acción privada de recuperación de daños y perjuicios no fue exitosa en tribunales ordinarios en razón de que los demandantes optaron por la vía mercantil para reclamar los daños y perjuicios, siendo que los jueces consideraron que la vía adecuada era la civil, aunque

9 Ver Caso “Canel’s vs.de Warner Lambert México”, en Flores Bernés Miguel “Ley Comentada” http://kiobit.net/competenciae/docs/Capitulo_II_2013.pdf, p.25

10 Ver Tesis: I.140.C.65 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXXI, Marzo de 2010, p. 2855. **ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL. NO PUEDE SUSTENTARSE EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL, PORQUE ÉSTE NO FACULTA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA DETERMINAR QUÉ CONDUCTAS CONSTITUYEN PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN FUNCIÓN DE LOS HECHOS NARRADOS POR LAS PARTES EN UNA CONTROVERSIA.**

11 Ver Caso “Big Cola v. Coca Cola” en Flores Bernés Miguel “Ley Comentada”, p 41 http://kiobit.net/competenciae/docs/Capitulo_II_2013.pdf.

también se ha señalado que fue objeto de debate la necesidad de una más activa participación de la CFC en la definición de los daños y perjuicios¹².

Pero un cambio inesperado venía en camino, el 30 de agosto de 2011 (entrando en vigor en marzo de 2012) se publicó un paquete de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) y otros ordenamientos (entre ellos la LFCE) que buscaban reglamentar la nueva figura de “acciones colectivas” que había sido introducida mediante reforma constitucional (artículo 17 Constitucional) apenas en el año 2010. Nos ocuparemos más adelante del tema de acciones colectivas, por ahora conviene referir al cambio en la LFCE, que vino de repente, de la nada, sin discusión seria alguna, la nueva redacción señalaba lo siguiente:

ARTÍCULO 38.- Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia.

Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece.”

El cambio que observamos prima facie parecía radical, pues ahora señalaba que las personas que hubieran sufrido daños o perjuicios por las violaciones a la ley podrían iniciar acciones de forma “independiente” a los procedimientos previstos en la LFCE. Asimismo, el texto señala que la autoridad judicial -sólo si así lo estima procedente- podría solicitar la opinión de la CFC en materia de su competencia.

12 Ver columna “Nombre, nombres y nombres” de Alberto Aguilar de fecha 23 de febrero de 2012 en <http://www.eluniversalmas.com.mx/columnas/2012/02/94558.php> y “Big Cola pierde frente a Coca-cola” en periódico Reforma fecha 27 de marzo de 2012 <http://www.gruporeforma.com/libre/acceso/acceso.htm?urlredirect=http://www.reforma.com/libre/acceso/acceso.htm?urlredirect=http://www.reforma.com/editoriales/negocios/651/1300514/> <http://www.gruporeforma.com/libre/acceso/acceso.htm?urlredirect=http://www.reforma.com/libre/acceso/acceso.htm?urlredirect=http://www.reforma.com/editoriales/negocios/651/1300514/>

El segundo párrafo refiere a las acciones colectivas y en ese aspecto conviene señalar algunas disposiciones que se agregaron al CFPC para iniciar estas acciones en materia de competencia económica.

El Artículo 585 del CFPC dio legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas a la CFC; y, el Artículo 588, fracción I del CFPC señaló que son requisitos de procedencia que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la CFC.

Entonces, por un lado esta reforma indicó que las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de violaciones a la LFCE son “independientes” de los procedimientos administrativos; pero, por otro lado, las acciones colectivas en materia de competencia no pueden iniciarse sin una declaración -vía resolución firme- de parte de la autoridad de competencia en la que señale la existencia del hecho ilícito (práctica monopólica o concentración prohibida), así que aparentemente no hay tal independencia, se trataría de procedimientos “encadenados” o secuenciales.

Ahora bien, surgía la duda en materia de acciones individuales ¿había llegado la época de la acción privada en México independiente de la acción pública para aplicar la LFCE?, ¿fue la intención del legislador hacer ese cambio?

Las exposiciones de motivos no señalan nada respecto a un cambio que sería radical, pues se trataría de un cambio sistémico que implicaría:

- i) pasar de dar preeminencia a la acción pública en el desarrollo del derecho de la competencia en México a dar preeminencia a la acción privada;
- ii) permitir que cualquier juez civil (local o federal) en el país pudiera aplicar la LFCE y decidir casos tan complejos adjudicando el pago de daños y perjuicios derivados de la existencia de un hecho ilícito (prácticas monopólicas o concentración prohibida) que fuera declarado así -por dicho juez-;
- iii) que el juez solo tendría, si así lo estimara pertinente, que pedir consulta en temas que fueran competencia de la autoridad de competencia.

Respecto a cuándo es procedente una acción de daños y perjuicios derivados de una conducta que es considerada una infracción administrativa se ha dado en el pasado un debate interesante que conviene recordar. En materia de propiedad intelectual, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) habría ya señalado que la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración, en el procedimiento administrativo respectivo, por parte del IMPI sobre la existencia de infracciones en la materia¹³¹⁴.

Pero el legislador señala claramente que las *personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley*. El texto no deja duda de que se puede presentar una demanda de reclamo de daños y perjuicios por la supuesta violación a la LFCE.

Un juez que reciba la demanda tendrá que decidir la cuestión con las pruebas que se le presente o que ordene sean exhibidas en el juicio que corresponda. No obstante, el tema importante es que, en mi opinión lo primero que habrá que probar es la existencia del "hecho ilícito" es decir la existencia de la práctica monopólica o concentración prohibida y es dudoso que la intención del legislador fuera dar esas facultades a un juez civil pues implicaría que éste tuviera facultades para interpretar la LFCE y señalar cuando existe dicha práctica monopólica, siendo que se requieren conocimientos especializados y complejos para hacerlo.

13 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 613. **DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA.** Del examen del diseño normativo de la Ley Federal del Derecho de Autor... la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración, en el procedimiento administrativo respectivo, por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial sobre la existencia de infracciones en la materia.

14 No obstante la Ley Federal de Derechos de autor se reformó el año pasado y ahora indica que : Artículo 213.- Los Tribunales Federales conocerán de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales de los Estados y del Distrito Federal.

Las acciones civiles que se ejerciten se fundarán, tramitarán y resolverán conforme a lo establecido en esta Ley y en sus reglamentos, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles ante Tribunales Federales y la legislación común ante los Tribunales del orden común.

Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento **no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones.**

2.3 ¿DÓNDE ESTAMOS HOY? EL POSIBLE IMPACTO INADVERTIDO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

Con esta confusa redacción del artículo 38 de la LFCE nos quedamos en 2012. Pero regresemos un poco al año 2007, cuando la CFC se ha visto en medio de la guerra comercial existente entre empresas de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión¹⁵. Esta guerra fue la causante de la reforma constitucional de 2013, que crea la CFCE y al IFT e inicia una nueva era en el tema de competencia¹⁶.

La reforma de 2013 incorpora cambios procesales interesantes como:

- i) la desaparición del recurso de reconsideración y el que sólo el juicio de amparo indirecto, y, sin suspensión sea procedente contra las resoluciones de las autoridades de competencia; y
- ii) la creación de juzgados especializados en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión.

No obstante, la reforma constitucional no refiere al tema de recuperación de daños vía acciones colectivas o individuales. Si bien probablemente no era tampoco el tiempo ni el lugar de buscar soluciones al problema. El tiempo y lugar ideal podría ser la discusión de las reformas secundarias, las reformas que necesariamente se tendrán que hacer a la LFCE para poder implementar la reforma constitucional, que son una oportunidad para poder introducir

15 De 2007 a 2013 la CFC recibe solicitudes para declarar como agentes dominantes a Telmex y Telcel y se inician diversas investigaciones sobre abusos de dominancia y algunas en materia de colusiones en el sector. En este periodo también se generaron casos importantes en el mercado de televisión restringida (negativas de trato) y la revisión de concentraciones relevantes como la adquisición por parte de Televisa de empresas cableras. La resolución de estos casos no fue fácil y provocó que la CFC se viera en el "centro del huracán" al resolver casos controversiales como la denominada "megamulta" a Telcel y la venta del 50% de las acciones de Iusacell por parte de Grupo Salinas a Grupo Televisa. La atención pública en los casos de telecomunicaciones opacó sin duda la actuación de la CFC en otros sectores muy relevantes como la sanción de carteles en tortillas, pollos, *ferries*, transporte de carga, servicios profesionales (anestesiólogos), taxis, licitaciones de medicamentos (insulina y sueros) entre otros que importan mucho a los consumidores y usuarios de servicios públicos.

16 Los nuevos organismos tienen patrimonio propio y la capacidad de emitir un estatuto interno, podrán emitir regulación de carácter general y ordenar el desmantelamiento de barreras a los mercados y la desincorporación de acciones y activos. Creció el número de comisionados que integran el Pleno y enormemente su responsabilidad

cambios que permitan hacer posible una “acción privada” eficiente para reclamar daños y perjuicios.

Ahora bien, el tema de reparación del daño no se aborda, pero la Constitución hoy en día sí señala en el artículo 28 que:

*“El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica... que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes”*¹⁷

Esto es relevante dado que es claro que corresponde a las autoridades de competencia “investigar” la existencia de prácticas monopólicas-es decir le corresponde “aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente”¹⁸ - Así, con estos textos constitucionales, ya no es tan claro que un juez pueda “investigar” la existencia de dicha práctica monopólica. Es decir, no es claro que un juez pueda “aclarar” que una determinada conducta encuadra en los supuestos establecidos en la LFCE como prácticas monopólicas y, por lo tanto, declarar la existencia de un hecho ilícito (así tipificado en la LFCE) que sea generador de responsabilidad civil, de forma “independientemente” de los procedimientos administrativos de los que conocen las autoridades de competencia.

Ese es el estado en el que nos encontramos hoy en día en la materia, ahora procede señalar los temas en los que se podría avanzar, reconociendo las complicaciones que existen para generar un sistema eficiente de reclamaciones de daños y perjuicios derivados de violaciones a la LFCE en nuestro país.

¹⁷ También señala que: “El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica”.

¹⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22 edición el avance en la 23 edición señala: “Indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente”, esta acepción resulta aún más clara.

2.4 ANÁLISIS DE REQUISITOS PARA PRESENTAR UNA DEMANDA RELATIVA A LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA VIOLACIÓN A LA LFCE. ¿QUÉ PODEMOS MEJORAR?

Como dijo el autor Rudyard Kipling “*Seis honrados servidores me enseñaron cuanto sé. Sus nombres son cómo, cuándo, dónde, qué, quién y por qué.*” Trataremos de seguir esa pauta. A continuación desarrollaremos los temas que se estima podrían ser objeto de regulación para mejorar el sistema de reclamación de daños y perjuicios derivados de violaciones a la LFCE, basándonos en esas preguntas básicas.

Se usará también como guía -de la mayoría- de los elementos por analizar, la propuesta de directiva de la Unión Europea que busca armonizar los derechos nacionales para hacer posible la reclamación de daños y perjuicios derivados de violación a la normatividad europea y nacional en materia de competencia¹⁹. Muchos de los elementos que dicha propuesta de directiva contiene son claves para la correcta operación de un sistema eficiente, los vamos a referir en seguida para después, en el capítulo de “Recomendaciones” evaluar cuales pudieran ser fuente de inspiración para cambios legislativos en México.

2.4.1 ¿CÓMO SE PRESENTA LA DEMANDA?

Una persona que quiera obtener la reparación del daño o perjuicio ocasionado por una violación a la LFCE deberá presentar una demanda en juicio civil (acción civil) para la reclamación de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito (práctica monopólica absoluta o relativa o concentración prohibida).

Dentro de las pretensiones se solicitaría el pago de los daños y perjuicios más los intereses correspondientes que tendrán que ser acreditados. En los hechos, habría que señalar cómo, cuándo, donde, qué daños se causaron, cómo se causaron, quién los causó y porque se generaron dichos daños y perjuicios y acompañar los medios probatorios suficientes para acreditar los

¹⁹ Ver “Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea” 11 de junio de 2013, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>

hechos, incluyendo la existencia de un vínculo causal entre los hechos ilícitos generadores de los daños y perjuicios.

Con la demanda comúnmente se deben presentar los documentos en que se funde la acción. Si no los tuviere el actor a su disposición, debe designar el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que se mande expedir copia de ellos antes de admitirse la demanda²⁰.

El derecho aplicable, me parece que es principalmente el artículo 1910 del CCF (o correlativos en los códigos civiles estatales) que establece que:

- “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres [*llevando a cabo una práctica monopólica absoluta o relativa o una concentración prohibida*]...
- ...cause daño a otro [*cause de forma directa e inmediata un menoscabo en el patrimonio o pérdida de una ganancia lícita*],
- ...está obligado a repararlo [*la reparación consiste en regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la infracción o realizar el pago de daños y perjuicios*],
- ...a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima [*no sería indemnizable aquella parte del daño que el acreedor no ha evitado pese a haber tenido la posibilidad*]”

Habrá que señalar que respecto al derecho aplicable hay también un debate. El tema de reparación de daños y perjuicios civiles es un tema que, en principio, corresponde regular a las legislaturas de los Estados, no a la Federación.

²⁰ Se entiende que el actor tiene a su disposición los documentos, siempre que legalmente pueda pedir copia autorizada de los originales. Si el actor no pudiese presentar los documentos en que funde su acción, se le recibirá información testimonial u otra prueba bastante para acreditar los hechos por virtud de los cuales no puede presentar los documentos, y cuando esta prueba no sea posible, declarará, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no puede presentarlos

Ahora bien la materia de competencia económica se ha considerado por la SCJN como facultad de la federación²¹.

En el pasado, el artículo 38 de la LFCE reguló cómo y cuándo se podían presentar acciones de reparación de daños. Asimismo, existen algunos precedentes en otras legislaciones federales, por ejemplo, la Ley de Propiedad Industrial (LPI) señala que debe aplicarse la legislación común para analizar el pago de daños y perjuicios derivados de infracciones a dicha ley; pero, en el artículo 221 bis procede a regular el monto y cálculo mínimo de los daños y lo fija en 40%. Así el propio legislador ya ha optado por dar lineamientos en leyes federales que deberán ser tomadas en cuenta por los jueces (que aplicarán por lo demás la legislación común)²². Esto es relevante pues abre el camino para poder recomendar cambios en la LFCE que puedan regular algunos aspectos del tema de responsabilidad civil por daños derivados de la violación a la LFCE.

Ahora bien, en materia de acciones colectivas el CFPC señala que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente, esto incluye el tema de competencia económica.

Recordemos que la acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas,

²¹ Una tesis había aclarado que el Congreso de la Unión está facultado explícitamente para legislar en materia de monopolios y expedir la LFCE, dado que no invade la esfera competencial de los Estados en virtud de que es “facultad del Congreso de la Unión legislar en materia de planeación económica y desarrollo, programación, promoción, concertación y ejecución de orden económico que tiendan esencialmente al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios.” 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Septiembre de 2002; Pág. 254 COMPETENCIA ECONÓMICA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN ESTÁ FACULTADO EXPLÍCITAMENTE POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE LA MATERIA DE MONOPOLIOS Y, POR ENDE, AL EXPEDIR LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO INVADIR LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. No obstante en 2012, se presentó en la legislatura del Estado de Nuevo León una iniciativa de Ley para la Procuración y Defensa de la Competencia Económica²². En su exposición de motivos se estima que existen facultades “coincidentes y concurrentes” entre la Federación y los Estados en materia de Competencia Económica. La ley no ha sido aprobada, pero el debate se ha iniciado para definir si en México le compete a la Federación de forma exclusiva, legislar sobre esta materia o pueden también los Estados hacerlo.

²² Asimismo, el artículo 227 de la LPI señala que son competentes los tribunales de la Federación para conocer de las controversias mercantiles y civiles que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley. Pero cuando dichas controversias afecten sólo intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor, los tribunales del orden común, sin perjuicio de la facultad de los particulares de someterse al procedimiento de arbitraje.

así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas²³. Para el tema de competencia, un requisito de procedencia es que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme de las autoridades de competencia.

2.4.2 ¿DÓNDE (ANTE QUIÉN) SE PRESENTA LA DEMANDA?

El artículo 104 de la Constitución señala en su fracción I, que los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. No obstante, a elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

Aquí también tenemos un posible debate, ¿Qué jueces son los competentes para conocer de un asunto de este tipo, los locales o los federales? Por un lado, la materia de responsabilidad civil es un tema regulado por los Estados, existen precedentes que afirman que corresponde a la legislatura local regularlo y a los jueces juzgarlo.

No obstante, la controversia involucra en parte el cumplimiento de la LFCE que por supuesto es un ley federal, por lo que, en principio, correspondería al actor, tratándose de intereses privados (reparación del daño) elegir entre el juez federal o el local.

Tratándose de acciones colectivas el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional señala que *“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”* en el CFPC que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación.

²³ Las acciones colectivas son procedentes para tutelar los derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes; y, derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos.

Por otro lado, las recientes reformas constitucionales establecieron en el artículo 28 constitucional que las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión²⁴. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de la Constitución, que establece que el Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y especialización por materias, entre las que se incluirá la de radiodifusión, telecomunicaciones y competencia económica, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

Es importante resaltar que la especialización, es sólo para la resolución de juicios de amparo que se deriven de la materia administrativa en cuestión, es decir de actos, omisiones o normas generales relacionadas con las materias administrativas de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión²⁵. Es decir, estos juzgados no podrían ser competentes para conocer de asuntos derivados de responsabilidad civil por hechos ilícitos en materia de competencia.

²⁴ Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

²⁵ Ver ACUERDO General 22/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la conclusión de funciones de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación como Juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, y jurisdicción territorial en toda la República. A la conclusión de funciones de los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región y su transformación como Primer y Segundo Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y jurisdicción territorial en toda la República. Así como su domicilio, fecha de inicio de funcionamiento y a las reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los Órganos Jurisdiccionales indicados. Y al cambio de denominación de la oficina de correspondencia común del Centro Auxiliar de la Primera Región http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5309912&fecha=09/08/2013

2.4.3 ¿CUÁNDO SE PUEDE INICIAR UNA DEMANDA?

En adelante partiremos del supuesto en torno a que las acciones privadas para reclamar daños y perjuicios derivados de la violación de la LFCE sólo con una interpretación amplia podrían ser de cierta forma “independientes” como lo señala el artículo 38 de la LFCE de los procedimientos administrativos²⁶.

La resolución de la autoridad de competencia sería el documento base de la acción, por lo que, en principio, se requeriría la declaración de la existencia de la práctica monopólica o concentración indebida por parte de la autoridad de competencia quién es la facultada para investigar y por lo tanto aclarar que la conducta es ilegal. Como se ha mencionado, existen precedentes en materia de propiedad intelectual que siguen esta línea de pensamiento²⁷.

La primera conclusión a la que arribamos es que la supuesta “acción privada” independiente de la “acción pública”, con el nuevo texto constitucional sería difícil de implementar en legislación secundaria, pues podría ponerse en duda la constitucionalidad de una sentencia dictada por un juez que fuera independiente del procedimiento que se lleva a cabo ante autoridades de competencia.

26 Esta interpretación iría en el sentido de aceptar la posibilidad legal de que los particulares inicien procedimientos de reclamación de daños y perjuicios por la vía civil, aún antes de que cause estado la resolución de las autoridades de competencia -así lo dice la ley para los casos de acciones individuales- pero no es claro que el juicio pueda concluir con una sentencia condenatoria. Esto si se llega a aceptar la teoría de que sólo la CFCE o el IFT pueden “investigar” y, por lo tanto, aclarar para efectos legales que determinada conducta es una práctica monopólica ilegal (hecho ilícito). Así, parecería que el inicio del procedimiento puede ser independiente pero, la conclusión no, en razón de que para que exista “hecho ilícito” y por lo tanto responsabilidad de pago de daños y perjuicios, sería necesaria la declaración de las autoridades de competencia en México. Ahora bien, siendo posible, se ve muy poco práctico intentar una acción cuyo documento base de la acción (resolución declarando la ilicitud por parte de la autoridad de competencia) aún no se ha emitido. De aceptarse que es posible iniciar, pero no concluir con sentencia, entonces podría ser aplicable en estos casos el artículo 366 del CFCE que establece: “ARTICULO 366.- El proceso se suspenderá cuando no pueda pronunciarse la decisión, sino hasta que se pronuncie una resolución en otro negocio, y en cualquier otro caso especial determinado por la ley.” O su correlativo en los Códigos de Procedimientos Civiles locales.

27 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág. 48 DERECHOS DE AUTOR. LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR EL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CON MOTIVO DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 231 y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL SER ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES QUE CONSTITUYEN BASE Y PRUEBA FIRME DE LA EXISTENCIA DE UNA INFRACCIÓN, PUEDEN UTILIZARSE EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA CIVIL. la resolución correspondiente, la cual implica un acto materialmente jurisdiccional suficiente y eficaz para constituir base y prueba firme de la existencia de la infracción, la que al ser un elemento altamente especializado, posteriormente puede utilizarse en el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía civil... y, en su caso, determinar el monto de la indemnización que en relación con la infracción de que se trata, corresponde a una cuantía que según el artículo 216 bis de la Ley citada, no puede ser inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados en dicha Ley.

Transitar a un sistema basado en “acciones privadas”, más que en “acciones públicas” requeriría -en nuestra opinión- una aclaración del texto constitucional. Esta aclaración podría darse también a través de una interpretación constitucional por parte del poder judicial que señalara que las autoridades de competencia no tienen el “monopolio” para “investigar” las prácticas monopólicas para efectos de reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la violación de la LFCE²⁸.

En cuanto a las acciones colectivas está claro que sólo se puede iniciar una acción una vez que existe resolución firme de la autoridad de competencia de que se trate (CFCE o IFT). Es decir, se adoptó un sistema secuencial, primero declara la autoridad administrativa el hecho ilícito y luego se puede demandar en la vía civil.

Ahora bien, subsiste el tema muy relevante de la prescripción; el artículo 1934 del Código Civil Federal señala que la acción para exigir la reparación de los daños causados por hechos ilícitos, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño. Este plazo aplica para las acciones individuales.

Para las acciones colectivas el artículo 584 del CFPC señala que prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Recordemos que en nuestro análisis de tiempo estimado para contar con una resolución firme, habíamos calculado unos seis años (contados a partir del inicio de la investigación siendo que el daño pudo haber ocurrido antes). Con las reformas constitucionales el recurso de reconsideración ha desaparecido, y ya están en operación los juzgados especializados que podrían permitir contar con una resolución final en menos tiempo.

28 Esta interpretación tendría que señalar algo similar algunos precedentes en materia penal que han admitido la independencia de la acción penal, respecto de la acción civil Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Abril de 2008 Página: 2426 RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO. PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA ACCIÓN NO ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Es imposible calcular en cuanto tiempo se reducirán los tiempos, pero suponiendo que el amparo se tramitara de forma muy expedita (un año), aun así los procedimientos ante las autoridades de competencia superarían los plazos de prescripción para acciones individuales (dos años) e inclusive de las colectivas (tres años y seis meses). En conclusión si estamos ante un problema en este tema.

Existen algunos precedentes judiciales que ayudan a disipar el problema, estos señalan que a pesar del plazo de dos años previsto en el artículo 1934 del CCF, debe considerarse que el cómputo del plazo de dos años para que opere la prescripción de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios derivados de un acto ilícito, prevista en el artículo 1934 del Código Civil Federal, debe valorarse la real y objetiva aptitud que el afectado haya tenido para hacer valer la acción respectiva, sin que deba ceñirse a la fecha en que se le causó el daño. Esto es si en materia de competencia se requiere la declaración previa de la autoridad para saber si se está ante un hecho ilícito (prácticas monopólicas o concentración prohibida), el plazo debería empezar a contar a partir de que se tiene dicha declaración o, cuando menos, el inicio de una investigación debería de suspender el plazo de prescripción²⁹.

Aun con estos precedentes judiciales favorables, parece importante dejar aclarado este tema en Ley, para dar mayor certeza jurídica a los demandantes. Para tales efectos, lo mejor sería plasmar en ley plazos que den a los afectados tiempo suficiente para interponer una demanda después de conocer la infracción, el perjuicio causado por ella y la identidad del infractor; y que en caso de que una autoridad de competencia inicie un procedimiento en relación con una presunta infracción, se suspenda el plazo de prescripción para entablar una demanda.

Un tema final respecto a cuándo se puede iniciar una demanda de daños y perjuicios, es aquel relacionado con los denominados procedimiento de "cierre anticipado" de procedimientos de investigación y sanción de prácticas

29 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1694 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UN ACTO ILÍCITO EN MATERIA AGRARIA. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE AQUÉLLA INICIA A PARTIR DE LA FECHA EN QUE EL AFECTADO ESTÁ EN POSIBILIDAD JURÍDICA DE INSTAR LA DEMANDA CORRESPONDIENTE (APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1934 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL).

monopólicas relativas (abusos de dominancia) y concentraciones prohibidas, previsto en el artículo 33 bis 2 de la LFCE.

Este artículo señala que antes de que se dicte resolución definitiva en los procedimientos seguidos ante la Comisión -por prácticas monopólicas relativas o concentración prohibida- el agente económico podrá presentar escrito mediante el cual se comprometa a suspender, suprimir, corregir o no realizar la práctica o concentración correspondiente³⁰. En estos casos, la Comisión podrá cerrar el expediente sin imputar responsabilidad alguna, sin perjuicio de que se le reclamen los daños y perjuicios.

El problema es que si aceptamos que para iniciar una acción de reclamo de daños y perjuicios se necesita la existencia de un "hecho ilícito" y sólo las autoridades de competencia pueden "investigar" la existencia de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas, entonces si se lleva a cabo un cierre anticipado de expediente "sin imputar responsabilidad", aunque se diga que lo anterior se puede realizar sin perjuicio de que se demanden daños y perjuicios, lo cierto es que eso no sería posible pues no habría "hecho ilícito" declarado por la autoridad y por lo tanto no habría base para una acción civil.

Para resolver este tema complicado, hay opciones, una es permitir que el juez si pueda declarar la ilicitud desde el punto de vista civil de la práctica monopólica o concentración (admitir que existe acción privada e independiente de la administrativa), o modificar este artículo para que en todos los casos la autoridad de competencia esté obligada a declarar la existencia de hechos ilícitos, pero con la posibilidad de que no deba sancionarse con multa alguna o con una multa muy reducida.

2.4.4 ¿QUÉ SE RECLAMA, QUIÉN RECLAMA Y CUÁLES SON LAS RAZONES POR LAS QUE SE PUEDE INICIAR UNA ACCIÓN?

El qué se reclama lo señala el artículo 1915 del CCF que establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restable-

30 El agente económico deberá acreditar que: I.- El compromiso presentado tenga como consecuencia la restauración o protección del proceso de competencia y libre concurrencia, y II.- Los medios propuestos sean los idóneos y económicamente viables para no llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos la práctica monopólica relativa o concentración prohibida investigada o la práctica monopólica relativa o concentración prohibida.

cimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

El quién es más complejo. Claramente cualquier persona que haya sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida puede iniciar una acción individual³¹.

Asimismo, cuando el interés sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva, tendrán legitimación activa las autoridades de competencia, el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el CFCP, y el Procurador General de la República. Un tema relevante en materia de acciones colectivas es el tema de la exclusión voluntaria (*opt-out*) que se antepone al de inclusión voluntaria (*opt-in*) en los procedimientos; la principal diferencia estriba en que un individuo no formará parte de la clase salvo que opte voluntariamente por ser incluido. Esto genera un problema dado que en general los afectados por violaciones a la ley de competencia son consumidores finales y sus daños individuales pueden ser de poco valor (individual) aunque si se toman en cuenta de forma agregada podrían significar una considerable transferencia de riqueza para aquel infractor que lleva a cabo la práctica monopólica. Si bien en el sistema mexicano es posible que cualquiera pueda adherirse a la demanda colectiva (durante el juicio y hasta 18 meses de que la sentencia sea cosa juzgada). En realidad, en casos que afectaron a millones de consumidores, será materialmente imposible acreditar

31 Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.

Una opción es que la demanda tener el sistema *opt-out* la demanda se presenta en nombre de un grupo sin identificar a las personas en particular y la sentencia vincula a todos los miembros del grupo, salvo a aquellos que decidan excluirse en un plazo definido por el tribunal. Un caso explica mejor este asunto, un grupo de consumidores en Reino Unido inicia una demanda colectiva, el tema es que había un cartel que acordó subir el precio de las camisetas deportivas bajo el sistema *opt-in* la sentencia sólo favoreció a 130 participantes en la demanda y no a los millones de consumidores que compraron las camisetas y fueron afectados, en un sistema *opt-out*, se hubiera condenado por el agregado del daño causado y los consumidores afectados hubieran podido obtener su indemnización de un fondo administrado por los jueces proveniente del pago del daño agregado realizado por los cartelistas. No obstante este sistema parece demasiado agresivo y en la propuesta de directiva fue desechado.

a la mayoría en el juicio, por lo que muchos quedarán fuera y el infractor se saldrá con la suya³².

Jurídicamente, y como presupuesto procesal, la reclamación de daños y perjuicios deriva necesariamente de una afectación que tiene como causa una práctica monopólica o concentración prohibida siempre que se demuestre que los daños tiene un nexo causal con la comisión de la infracción (“Hecho ilícito”).

Una práctica monopólica o concentración prohibida deviene un “hecho ilícito” -como se ha señalado antes- este acto ilícito causo un daño, pero un tema clave en estos procedimientos es la acreditación del vínculo de causalidad entre la infracción y el daño o perjuicio sufrido.

Para acreditar dicho “vinculo de causalidad” se requiere un análisis factual y económico complejo de cada caso en particular. En cuanto al estándar legal que se debe acreditar el artículo 2110 del CCF establece que los daños y perjuicios deben ser consecuencia “*inmediata y directa*” de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Estos requisitos pueden ser muy difíciles de cumplir para algunos afectados. Por daño directo se entiende que el daño se da por causa del hecho ilícito y no por factores ajenos. Existe el ejemplo clásico de aquel que vende una vaca enferma y ésta contagia a las demás vacas y a los bueyes que se usan para la labranza, ahí hay un daño directo que debe resarcirse; el daño es la muerte de las bestias; pero si por causa indirecta y lejana del contagio el dueño de la granja no puede cultivar sus predios y quiebra, no existiría obligación de resarcir esos daños indirectos³³. Planioł, señala para ese ejemplo que “Se

32 Una opción es que la demanda tener el sistema *opt-out* la demanda se presenta en nombre de un grupo sin identificar a las personas en particular y la sentencia vincula a todos los miembros del grupo, salvo a aquellos que decidan excluirse en un plazo definido por el tribunal. Un caso explica mejor este asunto, un grupo de consumidores en Reino Unido inicia una demanda colectiva, el tema es que había un cartel que acordó subir el precio de las camisetas deportivas bajo el sistema *opt-in* la sentencia sólo favoreció a 130 participantes en la demanda y no a los millones de consumidores que compraron las camisetas y fueron afectados, en un sistema *opt-out*, se hubiera condenado por el agregado del daño causado y los consumidores afectados hubieran podido obtener su indemnización de un fondo administrado por los jueces proveniente del pago del daño agregado realizado por los cartelistas. No obstante este sistema parece demasiado agresivo y en la propuesta de directiva fue desechado.

33 “El adjetivo «directo» indica la relación de consecuencialidad y univocidad lógica entre el hecho antijurídico y el daño, tal y como acontece en el famoso caso de la muerte del ganado contagiado por la vaca enferma

puede desarrollar a voluntad la serie de las consecuencias. Todos estos acontecimientos [no estando cultivadas las tierras el comprador de la vaca se encuentra privado de su ingreso, no puede pagar sus deudas, le han embragado, etc.] no son la consecuencia necesaria de la venta de una vaca enferma; habrían podido ser evitados; el comprador podría dar en arrendamiento sus tierras o procurarse otros animales para hacer sus labores”³⁴.

Esto nos lleva a reflexionar sobre el concepto de daño y perjuicio legal. Este es en principio resarcible sólo cuando se da como consecuencia necesaria del hecho ilícito (práctica monopólica o concentración prohibida) y siempre que dicho daño no pudiera haber sido evitado por la víctima de alguna manera.³⁵ El tema es que los efectos directos e inmediatos deben ser probados para que exista daño desde el punto legal y eso puede no coincidir con los análisis económicos.

Los aumentos de precios se pueden dar por diferentes causas y habría que acreditar -por ejemplo- que la causa del daño o pago de sobreprecio, por ejemplo, en el caso de un cartel, se debe a la actuación del mismo más que a otros factores económicos³⁶. En el caso de práctica monopólica relativa, habrá que acreditar que el lucro cesante, es causa inmediata y directa del acto de abuso de dominancia que provocó el desplazamiento o que impide la entrada al mercado.

Todo esto se vuelve aún más complicado cuando existen casos en los que tenemos afectados “indirectos” derivados de la conducta, esto puede ser común en casos de competencia en los que los efectos se trasladan en la

de peste o en el del vino transformado en vinagre al entrar en contacto con una cuba deteriorada” “el adjetivo «inmediato», se establece que el evento físico puede asumir una forma definitiva debido a una evolución con el paso del tiempo” en Valcavi Giovanni “Sobre el principio de causalidad jurídica en la responsabilidad civil por incumplimiento y por acto ilícito” <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/Sobre-el-principio-de-causalidad-juridica.pdf>

34 Borja Soriano Manuel “Teoría General de las Obligaciones” Porrúa, México, D.F. 2001, p. 459

35 Esto parece indicarnos que el concepto de daño legal y reclamable como una obligación que nace de un hecho ilícito, no puede ser exactamente el mismo en términos económicos, mismo que se entiende relacionado a un principio de causalidad que los economistas definen como una “conjunta dependencia de todas las variables endógenas de un sistema determinado en todas las variables exógenas, ver Eger Thomas & Weise Peter “Some Limits to Private Enforcement of Antitrust Law: A Gumbler’s View on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases” Global Competition Litigation Review, 2010, Volume 3 Issue 4/2010, p. 153

36 Dicho esto, también es claro que existe una presunción legal de que los carteles siempre hacen daño, como adelante lo mencionamos, por lo que si se prueba la existencia del cartel y la existencia de la compra a éste de un bien podría presumirse la existencia del daño y que el cartel está ligado a la conducta infractora

cadena productiva. Es muy relevante tomarlos en cuenta, pues en principio tendrán que superar el obstáculo de acreditar que el daño es “inmediato y directo”.

Una opción que desarrolla de mejor manera Abel Rivera, es reconocer expresamente que por daño directo se deba de contemplar también a aquel “daño previsible y probable, que lógicamente tenga una causa primigenia en la conducta que se alega de antijurídica y anticompetitiva”³⁷ Dice el abogado Rivera “esa consecuencia previsible y probable deberá estar apoyada en teoría económica y máximas de experiencia del juez”.³⁸ Resulta justo incluir a los afectados indirectos, pero también, como señala Rivera habría que evitar problemas de demandas frívolas e irracionales.

Señalado lo anterior, también es posible que el afectado directo (suponiendo a un comprador directo) pueda “trasladar” su daño total o parcialmente a los compradores indirectos del bien, por lo que no correspondería que pudiera reclamar daños al infractor, aunque se puede dar el caso de que con ese traslado de daños sus ventas se hayan reducido y por lo tanto no tenga un daño pero si un perjuicio (lucro cesante). A este tipo de casos se le denomina “passing-on” y podría ser conveniente regularlo también, pero ahora como una excepción a favor de los infractores, con el fin de no cometer injusticias. No obstante, parte de esa regulación debería tomar en cuenta que la carga de la prueba del traslado del daño siempre debe recaer en la empresa infractora.

Hay otros daños que no son analizados por la literatura Eger & Weise señalan como otros daños indirectos de un cartel la disminución en el consumo de insumos (por la reducción en el abasto) lo que va a afectar la cadena productiva hacia arriba (up stream) con menos adquisiciones de insumos (lucro cesante) y por lo tanto perjuicios para los vendedores al cartel (incluyendo pérdida de empleos en esas industrias)³⁹.

37 Artículo Abel Rivera

38 ídem

39 Eger Thomas & Weise Peter, op. cit., p. 153

2.4.5 ¿CÓMO SE ACREDITA LA EXISTENCIA DE UN DAÑO O PERJUICIO DERIVADO DE LA VIOLACIÓN A LA LFCE?

Al respecto enfrentamos dos subtemas interesantes, el primero es sobre el fondo del asunto, es decir los métodos que se pueden usar para calcular la existencia del daño y perjuicio, el segundo tiene que ver con las pruebas que puedan ser adecuadas.

El primer tema es que la constatación de una infracción de competencia y la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones de la ley implican análisis económicos muy complejos. Pero básicamente el método que se puede usar es un método consistente en establecer el daño basándose en comparar la situación del afectado entre la situación en que se encuentre después de la infracción y la "situación hipotética" que existiría sin la violación a la LFCE, siendo las condiciones (diferentes a la infracción) iguales.

Pero esto también es variable según la infracción, un cartel puede subir los precios a los consumidores del bien y entonces se requiere saber cuál sería un precio sin la infracción para establecer un punto de comparación con el precio pagado por los demandantes. En una práctica monopólica relativa o abuso de dominancia que desplace a un competidor el asunto podría ser medir el perjuicio (lucro cesante) por las ventas no realizadas o la baja en sus ganancias derivadas de la práctica.

Lo primero que hay que aceptar y, es muy importante hacerlo, es que es imposible establecer con total precisión los daños y perjuicios pues no pueden existir pruebas suficientes de un "caso hipotético" que será nuestro punto de referencia, así es que siempre estaremos ante estimaciones económicas.

Lo anterior tiene que ser aceptado por los tribunales que juzgaran un caso, pues de otra manera ningún caso podrá ser exitoso⁴⁰. Entonces se debe resolver con prudencia por parte de los jueces, pero buscando la efectividad de la norma pues no se puede paralizar el sistema por la carencia de datos totalmente exactos.

40 Ver: Comisión Europea "Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Guía Práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado del funcionamiento de la Unión Europea"
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF:p.22>
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf

En los métodos comparativos, de forma muy básica, la información que podría usarse para comprobar el daño causado, podría consistir en:

- 1) comparar la información en el mercado antes, durante y después de la violación a la ley;
- 2) comparar la información con otro mercado geográfico (no afectado);
o
- 3) comparar la información con otro mercado similar⁴¹.

Evidentemente el análisis económico es complejo y es necesario buscar los "puntos de referencia" adecuados para hacer los cálculos. Definir esos "puntos de referencia" es difícil pero muy relevante para el análisis y por supuesto para el resultado⁴².

Además de los métodos comparativos hay otros métodos de simulación de mercados e inclusive métodos que se basan en los costos comparándolos con los márgenes de ganancia para determinar si dichos márgenes son "razonables"⁴³.

El método basado en costos busca determinar los costos de producción por unidad y añadirle un margen por el beneficio que habría sido "razonable" en el escenario sin infracción. La estimación resultante de un precio por unidad sin la violación, puede compararse con el precio por unidad que fue cobrado por el infractor para obtener una estimación del sobre precio obtenido por la práctica⁴⁴.

Otros métodos económicos se auxilian de los modelos estudiados por la denominada Organización Industrial y pueden ser útiles para predecir resultados derivados de conductas monopólicas, oligopólicas (con modelos Cournot, Bertrand, entre otros) o de comportamiento de carteles, etc. Por ejemplo, usando la teoría del monopolio se puede llegar a algunas conclusiones de los daños causados por un cartel (transferencia de riqueza al cartel y pérdida de bienestar por la reducción de abasto).

41 Ídem

42 Hay herramientas econométricas que pueden ser utilizadas como las "regresiones" de precios.

43 Ídem p. 36

44 Ídem p. 40

Todos estos métodos son utilizables para calcular también los daños sufridos por compradores “indirectos”, tanto para casos de prácticas monopólicas absolutas o carteles o en caso de perjuicios sufridos por empresas que hubieran sufrido pérdidas, por ejemplo, derivadas de efectos en aumentos de precios en sus insumos que les impiden obtener ganancias (v. gr. en un caso de negativa de trato de un insumo esencial).

Otro problema, ya no de fondo, sino práctico es el acceso a los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos. Estos datos e información estarán comúnmente en posesión del demandado o de terceros y puede no ser conocidos (o no estar al alcance del actor). Las autoridades de competencia durante su investigación pueden exigir documentos e inclusive obtener datos a través de visitas “sorpresa”, pero aun así el tema de acceso a las pruebas, en mi opinión, puede ser uno de los obstáculos más importantes en las demandas por daños y perjuicios en asuntos de competencia.

Lo propio es que exista un nivel mínimo de acceso efectivo a los medios de prueba que necesiten los actores para acreditar su reclamación de reparación de daños y perjuicios, pero también para que los demandados puedan preparar su defensa. Es necesario que se puedan imponer sanciones lo suficientemente disuasivas como para impedir la destrucción de pruebas pertinentes, o la negativa a cumplir una orden de exhibición. Una sanción penal relacionada con este tema es una opción que explicaremos en el capítulo de recomendaciones.

Un tema adicional que convendría regular es la carga de la prueba en caso de prácticas monopólicas absolutas (carteles), es claro que dichas conductas son *per se* ilegales y se considera que no generan ganancias en eficiencia nunca en los mercados, por esa razón sería posible señalar que se presume que siempre causan un daño y que corresponde al infractor acreditar que tal daño no existe en el mercado.

Es muy importante que la carga y el nivel de la prueba y del establecimiento de los hechos necesarios para la cuantificación del daño y/o perjuicio no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la parte perjudicada al resarcimiento de daños y perjuicios, siendo que los jueces deben estar facultados para estimar el importe del daño.

Cómo ya se señaló el cálculo del daño es un tema muy complejo, debe considerarse la existencia de asimetrías en la información que repercute en el análisis pues este implica necesariamente realizar una evaluación del mercado antes y después de la violación a la ley, es decir, para calcular el daño lo ideal es conocer que hubiera pasado ante la ausencia de la infracción. Esta evaluación implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética e imprecisa.

Para casos de prácticas monopólicas absolutas o carteles, una opción que expondremos adelante (basada en el artículo 231 bis de la Ley de Propiedad Industrial) es señalar un umbral expresado en porcentaje sobre las ventas afectadas que se considerará como la mínima cantidad a resarcir. Un estudio encargado por la Comisión Europea señala que los sobre precios observados en una serie de carteles estudiados desde 1960, varían considerablemente (en algunos cárteles el sobre precio era incluso de más del 50 %). Cerca del 70 % de los cárteles analizados tenían un sobre precio entre 10 % y el 40 %. El sobre precio medio observado fue del 20 %⁴⁵. Ese umbral podría ser una referencia en la misma ley, como lo es el umbral de 40% de las ventas en el caso del artículo 221 bis de la LPI.

Por último, en relación a las pruebas, desafortunadamente, en materia de competencia hay otros temas que también hay que cuidar para evitar afectar el ejercicio de la “acción pública” por parte de las autoridades, estos temas son:

- la confidencialidad de los documentos ligados a denominado “programa de inmunidad”;
- los documentos relacionados con cierres anticipados de casos de prácticas monopólicas relativas y concentraciones prohibidas (artículo 33 bis 2)
- los documentos relacionados con expedientes que aún están abiertos frente a las autoridades de competencia.

⁴⁵ Estudio externo preparado para la Comisión “Quantifying antitrust damages” (2009), páginas 88 y ss., p. citado en *ibídem* p. 48

En consecuencia en el capítulo de recomendaciones se incluirán menciones a cómo es posible cubrir estos riesgos.

2.4.6 ¿QUIÉNES DEBEN PAGAR EL DAÑO Y/O PERJUICIO?

Por supuesto que “el que la hace la debe de pagar”, pero hay un tema legal adicional que considerar al respecto. En el artículo 3 de la LFCE se señala que “*Serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan adoptado la decisión y el directamente involucrado en la conducta prohibida por esta Ley*”. También el artículo 1917 del CCF señala que las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima.

Ahora bien, en materia de competencia económica hay que tener cuidado con no afectar el programa de inmunidad (artículo 33 bis 3 de la LFCE); pues comúnmente y en razón de que la resolución quedará firme primero en contra del que se ha acogido a este programa (pues no va a impugnar la resolución), el que se benefició con el programa será el primer demandado y por la solidaridad legal existente, los afectados pueden reclamarle el pago de sus daños.

Una solución, es la que se ha planteado en Europa, donde se ha sugerido que el sujeto al programa de inmunidad tenga una responsabilidad directa y solidaria sólo respecto a las personas que hayan sido sus clientes o proveedores afectados; y, después una responsabilidad subsidiaria frente a otros afectados por un cartel para el caso de que éstos no puedan cobrar a los demás responsables.

2.5 LA LABOR DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ESTOS PROCEDIMIENTOS.

Un tema que ya hemos abordado, pero que es importante resaltar, es el hecho de que de ninguna forma es posible darles a las autoridades de competencia en México la facultad de resolver el pago de daños y perjuicios en materia de competencia. Una cosa -como se ha dicho- es la capacidad de esas autoridades de iniciar acciones de carácter público y sancionar desde el punto administrativo las violaciones a la LFCE, otra muy distinta es que tengan capacidad para resolver controversias entre particulares derivadas de los

daños ocasionados por un hecho ilícito, eso está reservado, en virtud del artículo 104 Constitucional a los tribunales.

Dicho esto, las autoridades de competencia ahora pueden iniciar (en nombre de una colectividad) acciones colectivas para reclamar la reparación de daños derivados de hechos ilícitos derivados de la violación de la LFCE. ¿Qué más podrían hacer?, una opción es explorar la posibilidad de ser designados árbitros por las partes para dirimir el tema de reparación del daño. Esto se ha hecho con el IMPI, el artículo 6 fracción IX de la LPI señala que el IMPI puede fungir como árbitro en la resolución de controversias relacionadas con el pago de los daños y perjuicios derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial que tutela esta Ley, cuando los involucrados lo designen expresamente como tal; de conformidad con las disposiciones contenidas en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Me parece que esta opción no ha tenido resultados positivos que sean conocidos. Por lo tanto, si bien a primera vista la opción parece atractiva, estimo que no tendría mucho éxito.

Al respecto la Unión Europea considera conveniente contemplar el tema de los mecanismos alternos de solución de disputas y recomendarlos. Cuando menos, señala la Comisión Europea, se debe prever en ley que el inicio de estos mecanismos debe suspender el procedimiento mientras las partes se encuentren discutiendo estos medios de solución.

No obstante, en mi opinión, el papel más importante de las autoridades de competencia es volverse mucho más eficientes en sus procedimientos, desarrollar los procesos de investigación con mayor rapidez y cuidado. Es importante que las resoluciones se basen en evidencia adecuada y obtenida de forma legal y que estén debidamente fundadas y motivadas, respetando escrupulosamente los procedimientos para evitar que los infractores evadan las sanciones por errores evitables. Para eso las autoridades requerirán recursos humanos capacitados y destinar sus presupuestos principalmente a actividades de investigación y sanción de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas.

3. RECOMENDACIONES

3.1 DISEÑO DE RECOMENDACIONES

En adelante se procederá a realizar recomendaciones que buscan proponer opciones para mejorar el sistema de recuperación de daños y perjuicios derivados de una violación a la LFCE.

Se expondrán dichas opciones, considerando cuales se estima que pueden ser más prácticas y sencillas de implementar. En la medida de lo posible se presentará borradores de textos que pudieran ser incluidos en una posible futura legislación.

3.2 ¿LA LEGISLACIÓN FEDERAL PUEDE REGULAR ASPECTOS DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA VIOLACIÓN DE LA LFCE?

Hemos mencionado que es debatible este aspecto, en principio, la responsabilidad civil derivada de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas resulta precisamente un tema civil y por lo tanto sujeto a la legislación común. Pero, por su especialización, la materia de competencia económica requiere de un análisis económico y legal complejo. La competencia federal en la determinación de los supuestos jurídicos que son violatorios de la ley, aunque se ha debatido que puede ser concurrente con los Estados, ya hemos mencionado precedentes de la SCJN que sostienen que es federal.

El hecho ilícito está íntimamente ligado a la reparación de los daños y el artículo 38 de la LFCE ya daba parámetros en el pasado para el inicio de acciones civiles. También lo hace la LPI que en su artículo 221 bis fija un porcentaje mínimo como reparación del daños derivado de una infracción federal, también ya hemos citado precedentes judiciales que confirman su validez constitucional debido a la especialidad de la materia⁴⁶.

⁴⁶ Lo ideal es que en la Constitución se hubiera establecido la posibilidad de que la Federación diera li-

Entonces, la primera sugerencia es explorar esta opción legislativa, es decir, se recomienda incorporar lineamientos en la LFCE con el objeto de que sean aplicados por los jueces al resolver demandas por daños y perjuicios derivados de una infracción a la LFCE.

Para tales efectos, la recomendación es diseñar un capítulo denominado “de la reparación del daño derivado de los daños y perjuicios que tengan como causa la realización de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas”⁴⁷.

En ese capítulo se recomienda incorporar los lineamientos que sirvan para guiar a los jueces, con el fin de que se dé certeza legal y que los daños que surjan de infracciones a la ley de competencia sean reparados de forma expedita, pero respetando los derechos de los demandados a una correcta defensa y cuidando el sistema de acción pública a cargo de las autoridades de competencia⁴⁸.

3.3 ¿ACCIÓN PRIVADA INDEPENDIENTE O “SECUENCIAL” A LA ACCIÓN PÚBLICA?

No hay duda que transitar a las acciones privadas independientes tiene mucho atractivo, es cierto que las autoridades de competencia no tienen capacidad para atender todos los casos de competencia y podrían preferir tener en cuenta aquellos que tengan un impacto social mayor, dejando a aquellos casos con impacto menor desatendidos. También es cierto que con acciones privadas independientes habría probablemente más casos en tribunales, pues la autoridad no tendría el “monopolio” de la acción y cualquiera podría pedir a un juez que determinara la existencia del hecho ilícito y condenara al pago de daños y perjuicios.

neamientos generales sobre la reparación del daño derivado de la violación a la LFCE; pero, ante la ausencia de un texto expreso –y, dados los precedentes legislativos– me parece que es sostenible que en la legislación federal se puedan incorporar algunos lineamientos que puedan ser aplicados por los jueces que conozcan de una causa civil ligada a un hecho ilícito en materia de competencia económica.

⁴⁷ De considerarse inconstitucional la incorporación de estos lineamientos en la legislación federal una recomendación secundaria sería incorporar estos textos en la legislación común. Para tales efectos las autoridades de competencia podrían iniciar una campaña de promoción de los textos que se estimen adecuados para convencer a las legislaturas locales de sus ventajas.

⁴⁸ Por ejemplo el correcto desarrollo del programa de inmunidad.

Otra opción sería “federalizar” totalmente el tema de reparación de daños en la materia y dar facultades exclusivas a los jueces federales especializados. Esto implicaría, en mi opinión, la necesidad de modificar la Constitución -una vez más- para aclarar estas facultades. Pero además estimo que no es una solución adecuada, se acaban de crear dos órganos constitucionales autónomos que empiezan apenas a funcionar, hay que dar tiempo a que madure el sistema antes de pensar en un cambio de esa magnitud. Dicho esto, hay que trabajar en hacer más eficientes y rápidos los procedimientos administrativos y el tiempo que tardan las investigaciones, para esto habrá que reducir tiempos y contar con un mayor número de investigadores dentro de las autoridades de competencia.

De optarse por las acciones privadas independientes de todas formas habría que evitar contradicciones entre lo resuelto por las autoridades de competencia y los jueces. Para tales efectos lo recomendable sería incluir alguna disposición en la LFCE que indique que un juez no podría resolver de forma distinta a como lo ha hecho la autoridad de competencia en el ámbito público, esa es la recomendación de la propuesta de directiva europea. No obstante, para los casos no resueltos por la autoridad podrían surgir criterios diversos por lo que el riesgo de contradicciones subsistiría⁴⁹.

No obstante, también es claro que la materia en sí misma es complicada. Aún los casos de prácticas monopólicas absolutas se complican cuando hay que demostrar la existencia de un acuerdo entre competidores. No se diga los casos de prácticas monopólicas relativas o concentraciones indebidas donde hay que definir mercado relevante, poder sustancial de mercado individual o conjunto y aplicar la “regla de la razón”.

Me parece que la solución “secuencial”, que es la adoptada en materia de Propiedad Intelectual,⁵⁰ aunque imperfecta es la más práctica. La autoridad de competencia declara la existencia de la infracción y entonces es posible demandar los daños y perjuicios ocasionados, ya le tocará al juez determinarlos, conforme a la legislación común y los lineamientos que se podrían

49 El riesgo ya existe entre potenciales criterios disconformes entre la CFCE y el IFT, habría que sumar ahora el riesgo de diferentes criterios que pueden surgir de juzgados locales y federales.

50 Aunque ya no aplicable a Derechos de Autor.

incorporar en la LFCE⁵¹. Además hay que recordar que las recientes reformas constitucionales señalan que es facultad de las autoridades de competencia “investigar” las prácticas monopólicas y las concentraciones prohibidas, por lo que me parece que una interpretación armónica impediría a un juez “aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente”, aunque fuera sólo para efectos civiles.

Los jueces locales también pueden resolver los asuntos si seguimos el modelo secuencial, y es más, las legislaturas locales podrían establecer procedimientos expeditos, inclusive con juicios orales para la reclamación de daños de forma secuencial. Ya en Nuevo León se presentó una propuesta que, en ese aspecto, resultaba revolucionaria y muy adecuada -como modelo de discusión- para acelerar los procesos de reclamación de daños derivados de violaciones a la LFCE⁵².

En conclusión, se recomienda mantener un esquema secuencial para las acciones individuales, similar al esquema secuencial de las acciones colectivas. No obstante, nada impediría que las legislaturas locales legislaran en materia de procedimientos para hacerlos más eficaces y lograr una justicia más pronta.

Así, se propone incorporar un texto en la LFCE que señale:

“Artículo X: Cualquier persona que hayan sufrido daños y perjuicios a causa de una práctica monopólica o concentración prohibida, podrá deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios, una vez que dicha infracción haya sido declarada existente por resolución firme emitida por la autoridad de competencia competente.”

51 O en la legislación común.

52 Ver http://www.hcnlgob.mx/trabajo_legislativo/iniciativas/pdf/pri/LXXII-2012-EXP7354.pdf

3.4 ¿ANTE QUIÉN DEBE LLEVARSE A CABO EL PROCEDIMIENTO?

Estimo que debería ser competentes tanto jueces federales como los locales, inclusive, como ya se mencionó, nada impediría que las legislaturas locales pudieran desarrollar procedimientos especiales para resolver este tipo de controversias.

Respecto a dar facultades a las autoridades de competencia para ser árbitros en la determinación de los daños y/o perjuicios ocasionados por la violación a la LFCE, estimo que no hay pruebas de que haya funcionado en materia de propiedad intelectual; y, por lo tanto, no recomendaría su incorporación en este momento. Es claro que lo anterior no impediría la posibilidad de que las partes pactaran llevar a cabo algún procedimiento o medio alternativo de solución de controversias, si así es pactado entre ellos. De hecho se propone que el inicio de dicho procedimiento pueda suspender cualquier procedimiento iniciado ante el poder judicial.

En consecuencia se propone el siguiente borrador de texto a ser incorporado para su estudio:

“...Podrán conocer de las acciones civiles por daños y perjuicios tanto los tribunales de la Federación como los tribunales del orden común a elección del actor, sin perjuicio de que las partes pacten someter el asunto a algún mecanismo de solución de controversias alternativo. En caso de que ya se haya iniciado algún procedimiento judicial relacionado, este se suspenderá en caso de que las partes en este procedimiento estén inmersas en un proceso de resolución consensual en relación con la reclamación abarcada por dicha demanda por daños y perjuicios”

3.5 ¿CUÁNDO SE PUEDE INTERPONER LA DEMANDA Y CUÁL ES PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ADECUADO?

Se estima que es preciso aclarar los plazos de prescripción aplicables y no dejarlos a que se tenga que interpretar debido a posibles conflictos con los plazos establecidos en la legislación común.

Asimismo, es necesario dejar plazos amplios que permitan a los consumidores y agentes económicos afectados enterarse y actuar en consecuencia con tiempo suficiente. Recordemos que estamos hablando de un infractor que ha sido declarado como tal por la autoridad de competencia y que obtuvo alguna ganancia y causó afectaciones al proceso de competencia, a los consumidores o desplazo a sus competidores.

Es posible seguir las recomendaciones de la propuesta de directiva europea adaptándole al modelo mexicano propuesto.

Para asegurar plazos adecuados se propone la incorporación de un texto que refleje plazos suficientes en los siguientes términos:

“Artículo X:- El plazo de prescripción para interponer una demanda por daños y perjuicios no será menor a cinco años y no empezará a transcurrir antes del día en que cese una infracción continua o repetida.

Se suspenderá el plazo de prescripción si una autoridad de competencia inicia una investigación o procedimiento con relación a una infracción con la que esté relacionada la demanda por daños y perjuicios..”

3.6 ¿CÓMO RESOLVER EL TEMA DE LOS AFECTADOS INDIRECTOS Y LA DEFENSA “PASSING-ON”?

Hemos discutido el problema que tendrán los afectados indirectos en una práctica monopólica para ajustarse a los criterios de la legislación común que señalan que el daño debe ser “directo e inmediato”. Para salvar esa cuestión hemos hecho referencia a la solución de Abel Rivera para incorporar el concepto de daño previsible y probable, que lógicamente tenga una causa primigenia en la conducta.

Por otro lado, también habría que contemplar aquellos casos en los que los daños hayan sido “trasladados” precisamente a afectados indirectos, a fin de que dicha circunstancia sea tomada en cuenta en la resolución del asunto y se evite cobros indebidos de aquellos afectados directos que podrían tener un lucro cesante por la conducta, pero un daño disminuido o inexistente.

Para tales efectos se recomienda estudiar un texto que puede construirse a partir de la propuesta de Rivera, combinándole con disposiciones que eviten los efectos negativos señalados en el párrafo anterior y que han sido estudiados en la propuesta de directiva europea.

“Se podrá considerar la existencia de un daño directo e inmediato también el caso en el que un adquirente secundario del bien o servicio afectado por la infracción acredite que ha sufrido un daño previsible y probable debido a que se le repercutió un precio excesivo (por arriba del precio de competencia) que hubiere pagado el adquirente primario del bien o servicio afectado por la infracción siempre que se demuestre fehacientemente que:

a) el demandado ha cometido una infracción a la LFCE;

b) la infracción tuvo como consecuencia un precio excesivo (por arriba de competencia) pagado por el adquirente primario del bien o servicio afectado por la infracción; y

c) que el adquirente secundario adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción, o adquirió bienes o servicios derivados de los bienes o servicios objeto de la infracción o que los contuvieran.”

El complemento de tal disposición sería referir a la defensa del “*passing-on*” frente al adquirente primario del bien, tomando en cuenta también el caso en el que adquirente secundario no pueda tampoco exigir el pago de daños y perjuicios. En este último supuesto la defensa no debería prosperar, pues el demandado estaría manteniendo un beneficio indebido derivado de la infracción. Esto podría reflejarse en un texto como el siguiente, también inspirado en la propuesta europea:

“Asimismo, el demandado en una demanda por daños y perjuicios pueda invocar como defensa frente a una reclamación de daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido a un adquirente secundario la totalidad o una parte del precio por arriba de competencia resultado de la infracción. La carga de la prueba en el caso de esta defensa de repercusión del precio por arriba de competencia recaerá en el demandado. No obstante, en la medida en que se haya repercutido el precio por arriba

de competencia a personas que se encuentren en el nivel siguiente de la cadena de suministro a las que resulte legalmente imposible exigir una indemnización por su perjuicio, el demandado no podrá invocar esta defensa”

3.7 ¿CÓMO AYUDAR A GARANTIZAR ACCESO A PRUEBAS?

Es muy importante asegurar que se tendrá acceso a pruebas. Para lo cual se propone un texto que podría ser incorporado en la LFCE en el que se abordarían los siguientes temas de relevancia para el proceso:

1) Reforzar la facultad de que el juez ordene la exhibición de pruebas que estén en poder del demandado o de terceros⁵³.

2) Reforzar facultad de que el demandado también pueda solicitar al juez que ordene la exhibición de pruebas en poder del demandante o terceros

Lo anterior, siempre que se justifique plenamente la necesidad de girar la orden correspondiente y se ponga en la balanza el costo de exhibir las probanzas frente a su necesidad para acreditar los daños y perjuicios.

3) La obligación de exhibir los documentos e información de los expedientes tramitados ante la autoridad de competencia, con excepción de la información confidencial relacionada con el programa de inmunidad y el cierre anticipado de procedimientos, lo anterior en razón de que de permitirse el acceso a esa información ambos procedimientos de interés público y superior podrían verse afectados.

4) La obligación de cuidado y protección de la información confidencial distinta a la relacionada con el programa de inmunidad y el cierre anticipado de procedimientos, que obre en los expedientes de las autoridades de competencia.

⁵³ En México no existe el “*Discovery*” que se usa en jurisdicciones de tradición “*Common Law*” que permite obtener elementos de convicción previos al juicio; no obstante si existen los denominados medios preparatorios a juicio referidos en el CFPC en los artículos 379 al 399.

Por último, y para asegurar que de verdad se contará con fuerza disuasiva suficiente y siendo que la recuperación de daños y perjuicios por aquellos que los han sufrido derivados de la violación de la LFCE, tiene elementos de importancia para el correcto funcionamiento de los mercados en México, se propone la creación de un delito federal que sancione con prisión de dos a seis años de cárcel a aquel que dolosamente incumpla con una orden de exhibición de pruebas de un juez, destruya dichas pruebas o incumpla con obligaciones de resguardo de información confidencial⁵⁴.

El borrador de texto propuesto es el siguiente:

Artículo X.- De conformidad con la legislación aplicable, cuando el actor haya presentado los hechos y pruebas que estén razonablemente a su alcance y se pueda presumir que ha sufrido un daño o perjuicio ocasionado por una infracción de la LFCE, el juez podrá ordenar que el demandado o un tercero exhiban medios de prueba en su poder, independientemente de que estas pruebas también estén incluidos en el expediente de una autoridad de competencia, lo anterior sin perjuicio de las condiciones establecidas en el presente Capítulo. Asimismo, se podrá también ordenar al demandante o un tercero la exhibición de otros medios de prueba a petición del demandado.

El Juez podrá ordenar la exhibición de pruebas cuando la parte que solicite dicha exhibición haya:

- i) acreditado que los medios de prueba que obren en poder de la otra parte son pertinentes para fundar su pretensión o defensa; y*
- ii) especificado los medios de prueba o definiendo categorías con tanta precisión y exactitud cómo le haya resultado posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles.*

En todo caso el Juez, tomando en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados, limitará la exhibición

⁵⁴ Reconozco que la propuesta puede ser extrema, pero estimo que es la mejor manera para prevenir incumplimientos. Las empresas podrían no tener miedo a pagar por no exhibir documentos incriminatorios o que auxilien a conocer la verdad sobre las ganancias ilícitas obtenidas y los daños y/o perjuicios causados con la infracción.

de los medios de prueba a lo que sea proporcional, para lo cual tendrá en cuenta: i) los costos que implique la exhibición al obligado, especialmente para cualquier tercero afectado; ii) si implica el manejo de información confidencial y cómo se protegerá la misma.

La información de expedientes tramitados ante las autoridades de competencia será presentada al juez cuando sea requerida, pero, por razones de interés público, no se podrá ordenar la exhibición de los documentos confidenciales relacionados con el procedimiento establecido en el artículo 33 bis 2 ("cierre anticipado") y 33 bis 3 ("programa de inmunidad"). Otro tipo de información confidencial contenida en los expedientes de la autoridad de competencia podrá ser exhibida siempre que se demuestre que existen mecanismos para garantizar que dicha información mantendrá ese carácter bajo la responsabilidad del órgano jurisdiccional

Artículo X.- Se considerará como delito, sancionable con dos a seis años de prisión:

I.- El incumplimiento o negativa a cumplir una orden de exhibición dictada por cualquier órgano jurisdiccional en el que se tramite un procedimiento para reparar los daños y perjuicios derivados de la violación de la LFCE;

II.- la destrucción de medios de prueba relacionados con un procedimiento para reparar los daños y perjuicios derivados de la violación de la LFCE por una parte o un tercero, a condición de que, en el momento de la destrucción:

- i) la parte que proceda a la destrucción fuera o hubiera sido parte en el procedimiento de una autoridad de competencia en relación con la conducta en la que se fundamente la demanda por daños y perjuicios; o*
- ii) la parte que proceda a la destrucción supiera que se había interpuesto una demanda por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales y que los medios de prueba eran relevantes para fundar la reclama-*

ción de daños y perjuicios o sustanciar una defensa contra ella; o

iii) la parte que proceda a la destrucción supiera que los medios de prueba eran pertinentes en relación con las demandas por daños y perjuicios actuales o potenciales interpuestas por ella o contra ella;

III.- incumplimiento o negativa a cumplir las obligaciones impuestas por una providencia de un órgano jurisdiccional por el que se proteja información confidencial relacionada con un procedimiento para reparar los daños y perjuicios derivados de la violación de la LFCE.

El delito se perseguirá por querrela de parte agraviada.

3.8 ¿QUIÉN PUEDE EMITIR GUÍAS PARA DESARROLLAR MÉTODOS DE CÁLCULO DE DAÑOS Y PERJUICIOS?

Como se analizó anteriormente, desarrollar métodos para cálculo de daños y perjuicios derivados de infracciones a la LFCE implica usar metodologías avanzadas en materia económica. Un riesgo en los juicios es que se presente diferente información y se trate de confundir a los jueces a través de periciales que presente cada una de las partes.

Una opción es que las autoridades de competencia CFCE e IFT, de forma conjunta, emitieran un criterio o recomendación que evidentemente no sería jurídicamente vinculante, pero que podría ayudar a los jueces a tomar sus decisiones y evaluar las pruebas periciales con una guía.

Asimismo, sin que sea indispensable, pero dado que podría enviar una señal y hacer obligatorio la emisión de los criterios se podría reformar el artículo 24 de la LFCE para incorporar esta recomendación, de la siguiente forma:

Artículo 24. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

XVIII bis. Publicar por lo menos cada cinco años, criterios técnicos, previa consulta pública, en la forma y términos que señale el Reglamento de esta Ley, en materia de:

a)...

...

k) Criterios para calcular la reparación de daños y perjuicios derivados de violaciones a esta Ley

l) Los que sean necesarios para el efectivo cumplimiento de la Ley.

3.9 ¿SE PUEDE ESTABLECER UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DE LA EXISTENCIA DE DAÑO Y PERJUICIO EN CASO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS? ¿ES POSIBLE FIJAR UN MONTO MÍNIMO DE DAÑO PARA ESTOS CASOS?

Hemos señalado que se considera que las prácticas monopólicas absolutas o carteles son consideradas perniciosas “per se”, por lo anterior es posible recalcar esa presunción y con esto ayudar a los afectados por estas prácticas trasladando la carga de la prueba de la inexistencia de daño al agente económico infractor.

Demstrar los daños y perjuicios siempre será complicado, siguiendo la redacción del artículo 221 bis de la LPI, se propone la incorporación en la LFCE de un texto que establezca el pago de un porcentaje mínimo relacionado con el precio de venta de los productos afectados por una práctica monopólica absoluta. Se propone un 20% como mínimo, en base a los estudios que hemos citado con anterioridad y que determinan que ese es el promedio de “sobre precio” que los carteles imponen a sus víctimas.

Lo anterior podría hacer incorporando un texto en la Ley en el siguiente sentido:

“Artículo 9o.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I.-...

II.-...

III.-...

IV.-...

... Para temas de responsabilidad civil derivada de la comisión de las conductas señaladas en este artículo, se presume que la infracción ha ocasionado daños y perjuicios. No obstante, el agente económico infractor le asistirá el derecho de probar en contra.

La reparación del daño material o la indemnización de daños y perjuicios por la realización de una práctica monopólica absoluta en la que la autoridad de competencia haya acreditado no sólo el objeto sino el efecto de aumento de precios en un mercado, en ningún caso será inferior al veinte por ciento del precio de venta al público de cada producto o la prestación de servicios que haya sido afectado por la conducta"

3.10 ¿CÓMO SOLUCIONAR EL TEMA DE DEUDORES SOLIDARIOS EN CASO DE PROGRAMA DE INMUNIDAD?

Tenemos el tema de la solidaridad en el pago de los daños, esto está establecido en la legislación común y de alguna manera también en el artículo 3 de la LFCE. Siguiendo las recomendaciones de la propuesta de directiva europea es posible diseñar una recomendación que evite afectar a los que se sujeten al programa de inmunidad en México.

Recordemos que los que se acogen a este beneficio cuentan con inmunidad respecto de la sanción administrativa y la sanción penal, pero no respecto de los daños y perjuicios que hubieren causado con su conducta. Ahora bien, siendo que ellos no impugnarían la resolución final, ésta queda firme para ellos antes que para los demás competidores miembros del cartel.

Esto los pondría en desventaja respecto de una reclamación de daños y perjuicios. Por lo tanto, la recomendación es estudiar una propuesta que señale que los que formen parte del programa de inmunidad responderán por los daños que hubieren causado por su conducta frente a sus clientes o proveedores, por el daño o perjuicio que éstos hubieren sufrido, y sólo subsidiariamente frente a otras víctimas del cartel.

En ese sentido se propone estudiar la siguiente redacción, modificando el artículo 3 de la LFCE.

"Artículo 3o.

...

Serán responsables solidarios los agentes económicos participantes en una conducta contraria a la LFCE que genere daños y perjuicios a cualquier afectado por dicha conducta. No obstante, aquellas personas que se hayan acogido al beneficio de reducción de sanciones, que establece el artículo 33 bis 3 de esta Ley, solo serán responsables frente a los afectados, distintos de sus propios compradores o proveedores directos o indirectos, cuando dichos afectados demuestren imposibilidad material y legal para obtener el pleno resarcimiento de los demás agentes económicos que estuvieron implicados en la violación a la Ley. De la misma forma si un agente económico, distinto a aquel que se haya acogido al beneficio de reducción de sanciones que establece el artículo 33 bis 3 paga a los afectados y pretende repetir en contra de éste, el monto que deberá pagar no excederá de la cuantía del daño o perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores."

3.11 ¿QUÉ OPCIONES EXISTEN PARA SOLUCIONAR EL CASO DE "CIERRE ANTICIPADO" DEL ARTÍCULO 33 BIS 2 DE LA LFCE?

No hay una solución sencilla para estos casos, se pone en la balanza el interés público de poder cerrar un caso de prácticas monopólicas relativas (abuso de dominancia) o concentración prohibida frente a la posibilidad del resarcimiento de daños y perjuicios por los afectados. Como he mencionado antes, estimo que la nueva redacción constitucional pone en entredicho que un juez pueda declarar como hecho ilícito una conducta que no ha sido investigada y declarada como ilegal por la autoridad de competencia. De esta manera, si hay un cierre anticipado sin responsabilidad la conducta no es ilícita y no podría generar responsabilidad civil por esa causa. Queda la posibilidad de

iniciar la reclamación por el denominado “abuso de derecho”, pero no parece muy práctica⁵⁵.

Una opción alterna es que se aclarara o interpretara que los jueces si pueden resolver y declarar la existencia de hechos ilícitos en materia civil, aún sin la declaración de la autoridad, lo anterior, requeriría una interpretación del poder judicial en ese sentido.

Otra opción es establecer que la autoridad de competencia sólo pueda cerrar un expediente declarando la existencia del hecho ilícito y no sancionando al infractor, si esto se estimara pertinente entonces sería necesario modificar el artículo 33 bis 2 para que señalará que en esos casos: “la Comisión podrá imponer una multa de un salario mínimo por la realización de la práctica monopólica o concentración prohibida, sin perjuicio de que se le reclamen los daños y perjuicios” que es la redacción de 2006 y que implicaría siempre un allanamiento del infractor a una acusación formal de la autoridad de competencia.

REFERENCIAS

1. Borja Soriano Manuel “*Teoría General de las Obligaciones*” Porrúa, México, D.F. 2001
2. Comisión Federal de Competencia; *Competencia Económica en México*; Porrúa-CFC, México, 2004.
3. Eger Thomas & Weise Peter “*Some Limits to Private Enforcement of Antitrust Law: A Gambler’s View on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases*” *Global Competition Litigation Review*, 2010, Volume 3 Issue 4/2010
4. Estavillo Flores, María Elena; *La prevención de colusiones*; Porrúa-ITAM; México, 2007.
5. Faya Rodriguez Alejandro *Fortalecer a los Reguladores, Cambiando*

⁵⁵ Artículo 1912 del CCF.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

las Reglas del Juego en México. Red Mexicana de Competencia y Regulación. CIDAC.

6. Flores Bernés Miguel “*Ley Comentada*” en http://kiobit.net/competenciae/pris_ley_coment.php
7. García Castillo, Tonatiuh; *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.
8. Ginebra Serrabou; Xavier; *Derecho de la Competencia*, Cárdenas editor, México, 2001
9. Ginebra Serrabou, Xavier, *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*, Porrúa, México, 2011.
10. González de Cossío, Francisco; *Competencia Económica; aspectos jurídicos y económicos*; Porrúa, México, 2005.
11. Peredo Rivera, Amílcar; *Competencia Económica. Teoría y Práctica*; Porrúa, México, 2004.
12. Pereznieto Castro, Leonel y Guerrero Serrau, Renato; *Derecho de la Competencia Económica*; Oxford UP, México, 2002.
13. Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, coords.; *Competencia económica. Estudios de Derecho, Economía y Política*; Porrúa-ITAM, México, 2007.
14. Rivera Abel “*Responsabilidad Civil, Acciones Colectivas y Competencia Económica. Replanteando el estándar de daño exigible en juicio civil*”, CIDAC, 2014 (por publicarse)
15. Unión Europea, “*Libro Verde, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*” consultado en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT:](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT;)
16. Unión Europea, “*Libro Blanco acciones de daños y perjuicios por*

incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia libro blanco

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:ES:NOT>.

17. Unión Europea “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*”, junio de 2013,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>

18. Unión Europea “*Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Guía Práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado del funcionamiento de la Unión Europea*”

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>

19. Valcavi Giovanni “*Sobre el principio de causalidad jurídica en la responsabilidad civil por incumplimiento y por acto ilícito*”

<http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/Sobre-el-principio-de-causalidad-juridica.pdf>

20. Witker, Jorge y Varela, Angélica; *Derecho de la Competencia Económica en México*; IJ-UNAM, México, 2003.

21. *Iniciativa de Ley para la Procuración y Defensa de la Competencia en el Estado de Nuevo León*

http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/iniciativas/pdf/pri/LXXII-2012-EXP7354.pdf

DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA
ECONÓMICA, ¿POR FIN RECLAMAREMOS?

Pedro Isaac Alcalá

Pedro Isaac Alcalá Berhouague:
Lic. en Derecho por la Universidad Panamericana

ABSTRACT

La restitución por los daños y perjuicios generados por una práctica anticompetitiva constituye el culmen de toda la arquitectura administrativa, legislativa y judicial vinculada a esta materia. A través de la misma, los gobernados pueden evaluar si las herramientas estatales son suficientes para proteger sus derechos y evitar que los mismos sean vulnerados. Sin embargo, el proceso de reclamación de daños y perjuicios en México se ha caracterizado por ser históricamente, un proceso largo y complicado poco atractivo para los afectados, quienes a pesar haber sido afectados por una práctica anticompetitiva, prefieren no reclamar el daño causado.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la complejidad de la reclamación de daños y perjuicios, la situación histórica y actual en México, a fin de determinar las ventajas y áreas de oportunidad en la materia. De igual modo, se hace un análisis de distintas políticas utilizadas en otros países que podrían ser de utilidad en México, a fin de proponer soluciones a los problemas existente desde hace varias décadas y que redundan en una mayor participación de la sociedad en un proceso donde la reclamación permita una reparación real y efectiva.

The restitution derived from the damages and losses produced by an anticompetitive practice constitutes the height of the administrative, legislative and judicial activity. It is through such restitution, that governed are able to evaluate if the tools provided by the State are enough to protect their rights, and avoid its harm. Notwithstanding the above, the process for claiming damages and losses in Mexico has been historically a long and complicated process, far away from the persons affected by an antitrust practice, which usually prefer to do not claim the damage caused.

The present work will analyze the complexity of claiming damages and prejudices as the historic and current status quo in Mexico, in order to determine which are its boundaries and growth opportunities. An analysis of different policies used in the world will be done as well, considering those that can be helpful for solutions to the problems faced for many decades, which will result in a higher social activity in the claim for damages and a real and effective restitution of them.

1. INTRODUCCIÓN

Las recientes reformas Constitucionales en materia de Competencia Económica, Telecomunicaciones y Radiodifusión¹ generan un clima apto para afrontar los retos y conflictos que estas áreas han arrastrando desde hace ya varias décadas. Por su impacto social, jurídico y económico, el cobro de daños y perjuicios debe ser uno de los temas de mayor relevancia para su análisis y aplicación por parte de las autoridades reguladoras y de competencia, abogados litigantes y sus representados, el Poder Judicial de la Federación y la sociedad en general.

El presente ensayo tiene por objeto evidenciar los principales obstáculos para el reclamo de daños y perjuicios en materia de Competencia Económica en el sistema jurídico mexicano y las medidas recomendables para afrontarlos, atendiendo a la situación histórica presente, que reclama no sólo un ambiente económico mucho más competitivo, sino también, un cambio en el *status quo* que permita que la sociedad vea reflejado esos cambios en el día a día.

Para tales efectos, este ensayo analizará: (i) los elementos esenciales de los daños y perjuicios; (ii) la importancia de la restitución del derecho afectado; (iii) historia y naturaleza de los daños y perjuicios en el sistema jurídico mexicano; (iv) la reglamentación de los daños y perjuicios en materia económica a la luz de las reformas constitucionales en materia de competencia económica, telecomunicación y radiodifusión, así como aquellas en materia de acciones colectivas². Posteriormente, (v) nos enfocaremos a la respuesta europea y norteamericana al tema de daños y perjuicios en esta materia para finalmente, (vi) proponer aquellos actos necesarios para facilitar el reclamo de daños y perjuicios y generar un contrapeso social en beneficio del consumidor y de los agentes económicos afectados.

¹ Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 60., 70., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones* (En lo sucesivo 'El decreto constitucional'), 11 de junio de 2013.

² Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, 30 de agosto de 2011.

2. TRES ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

De manera preliminar es necesario establecer las características esenciales de los daños y perjuicios, ya que con base en los mismos podremos entender la problemática a la que la materia de Competencia Económica se enfrenta en estos momentos.

2.1 CONCEPTO DE DAÑO.

El daño se define como "la pérdida o menoscabo en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación"³, es decir, el daño constituye un detrimento real producido en nuestros bienes o derechos, con independencia de la fuente que la origine.

2.2 CONCEPTO DE PERJUICIO.

Por su parte perjuicio debe entenderse como "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera de haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación"⁴. Dicho de otro modo, éste se refiere al beneficio que pudo haberse obtenido en caso de que la obligación se hubiese llevado a cabo. Se trata de obligaciones previas al incumplimiento y las cuales presuponían la ejecución de los actos de aquel que incumplió.

2.3 CONCEPTO DE NEXO CAUSAL

A diferencia de otros países, la legislación nacional determina que para que el reclamo sea procedente, los daños y perjuicios deben ser una consecuen-

³ Artículo 2108 del Código Civil Federal (CCF)

⁴ Artículo 2109 CCF

cia inmediata y directa de la falta del cumplimiento de una obligación ⁵. Esto implica que el daño debe ser real en tanto que se haya causado o deba causarse de forma necesaria ⁶, y debe ser económicamente cuantificable. De igual modo, la relación causa y efecto no puede interrumpirse por un hecho que no guarde relación con el incumplimiento y que haya podido haber afectado el daño o afectación. Si bien es cierto que en materia de fondo, el nexo causal otorga certeza jurídica a las partes, no menos cierto es que precisamente es éste el que dificulta a nivel probatorio los procedimientos en México.

2.4 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El afectado por el incumplimiento de una obligación que quiera reclamar daños y perjuicios tendrá un plazo de 2 años para iniciar el juicio respectivo, en términos de la legislación civil ⁷. Como veremos más adelante, la falta de técnica legislativa que adecue esta disposición de carácter civil con la naturaleza administrativa de los procedimientos ante la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones, produce como consecuencia una laguna jurídica problemática para el reclamante.

3. RELEVANCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Tras las explicaciones anteriormente hechas, pareciera que el tema de los daños y perjuicios se reduce a un tema meramente jurídico. Sin embargo, reclamación de daños y perjuicios y la restitución de los derechos afectados son de suma importancia para la materia de Competencia Económica, en tanto que fortalecen la confianza en el sistema Estatal, al producir un sistema justo en el que se vela por el respeto a los derechos de los individuos y genera un efecto disuasivo sobre los agentes económicos. Me explico.

⁵ Artículo 2110 CCF

⁶ *PERJUICIOS. DEBEN PROBARSE Y PRECISAR EN QUÉ CONSISTEN LOS.* Tesis Aislada (Civil). Tesis: I.5o.C.82. C Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Noviembre de 1998, Página 555. Novena Época.

⁷ Artículo 1934 CCF

El daño es la afectación generada por el incumplimiento de una obligación. Este incumplimiento produce una falta de equilibrio entre las partes, el cual debe ser restituido a fin de respetar el derecho afectado. En esta medida, el resarcimiento a través de la indemnización constituye el medio más adecuado para compensar a quien le fueron vulnerados sus derechos. Es por lo anterior que desde los orígenes del Derecho, una función primordial de jueces y legisladores ha sido el crear instituciones que permitan la restitución de dicho daño. Esto es así en razón de que el daño entre un sujeto y otro debe ser resarcido a favor de aquel que se vio afectado para que la confianza social en el sistema pueda continuar. La prioridad de la restitución ocupa un lugar tan importante, que la misma constituye un principio general: “aquel que cause un daño, se encuentra obligado a repararlo”.

Como puede advertirse, la restitución del daño es de suma importancia en la actividad estatal. A través de la misma se pretende restablecer el equilibrio que dejó de existir con el incumplimiento de una obligación. En esta medida, tanto los jueces como las leyes cumplen con un papel fundamental que permite que los afectados potenciales puedan confiar en el Estado –y no en sus propios medios- en caso de que surja esta ruptura en el vínculo de responsabilidad.

Por otra parte, la reclamación de daños y perjuicios en materia de Competencia Económica genera un efecto disuasivo en los agentes económicos que pudieran realizar actividades anticompetitivas. Esto quiere decir que la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios se suma a las posibles sanciones administrativas y tipos penales para constituir riesgos y costos demasiado altos al momento de realizar prácticas anticompetitivas y que ayudan a impedir la realización de actos tendientes a afectar la sana competencia.

Para que puedan cumplirse ambos objetivos, es necesario contar con un sistema de reclamación eficaz y de fácil acceso, donde se reduzcan al mínimo las trabas formales al resarcimiento para dar pie a resoluciones justas que beneficien a los afectados, especialmente a los consumidores. Es esta búsqueda de métodos eficaces que permitan una efectiva reclamación de los daños y perjuicios así como la restitución de los derechos vulnerados, no se limita a la creación de instituciones jurídicas y desarrollo jurisdiccional.

La actividad Estatal debe de realizar todos los actos tendientes a crear un sistema en el cual el ciudadano cuente con un procedimiento sencillo y eficaz que le permita ver realmente restituido su patrimonio en los derechos que han sido afectados.

4. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN MÉXICO

4.1 PANORAMA GENERAL

México posee un sistema anquilosado y poco práctico para los afectados que desean reclamar daños y perjuicios, una problemática que no es un tema exclusivo de la materia de Competencia Económica. El concepto de daños y perjuicios ha permanecido inmóvil desde 1928, permeando el andamiaje jurídico nacional: la propiedad industrial ⁸, la protección al consumidor ⁹, la responsabilidad patrimonial del Estado ¹⁰, el Derecho de Amparo ¹¹, por sólo mencionar algunos. Desafortunadamente, esta falta de dinamismo no ha sido compensado con la evolución doctrinaria así como su desarrollo y efectividad en la práctica procesal, los cuales han sido poco desarrollados en prácticamente todas las áreas jurídicas en las que está involucrado.

La falta de desarrollo tanto en la doctrina, la legislación y la práctica jurídica, se refleja en dos serias deficiencias. Primero, la ausencia de incentivos para realizar el reclamo correspondiente y recibir el resarcimiento patrimonial correspondiente. Segundo, un incentivo velado para que, quienes incumplan con una obligación o violen normas de interés público, continúen realizando actos irregulares sin restituir económicamente a los afectados.

8 Arts. 221, 221 Bis y 226 de la Ley de la Propiedad Industrial (en lo sucesivo LPI) y artículo 216 bis de la Ley de Derechos de Autor (en lo sucesivo LDAUTOR)

9 Arts. 10, 41, 82 y 92 Ter de la Ley Federal de Protección al Consumidor (en lo sucesivo LFPC)

10 Arts. 1, 4, 22 y 32 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en lo sucesivo LFRPE)

11 Art. 107 fr. X y XVI CPEUM y art. 132 Ley de Amparo (en lo sucesivo LA)

En ninguna otra materia estas deficiencias jurídicas afectan tanto a la sociedad como en el caso de la Competencia Económica y protección al consumidor. Lo anterior en razón de que en ellas el bienestar del consumidor y la población, es el bien jurídico tutelado y el objetivo final de las políticas públicas diseñadas al respecto -elemento en el que coincide la legislación ¹², la doctrina nacional ¹³ e internacional ¹⁴ -. Mientras que en áreas como la propiedad industrial o el derecho civil, los daños y perjuicios se realizan en un marco de individual, las prácticas anticompetitivas afectan a amplios sectores de la población.

4.2 ÁREAS DE OPORTUNIDAD

Tal como se ha manifestado, hoy en día el reclamo de daños y perjuicios constituye un proceso largo y complicado, que resulta económicamente insostenible para el ciudadano común. Por su parte, para los agentes económicos afectados que cuentan con los recursos para afrontar los gastos profesionales y judiciales respectivos, resulta poco atractivo que, puede llegar a llevar más de un lustro en verse concretado. Ante un panorama como este, difícilmente es posible obtener un resarcimiento real al daño producido. A continuación analizaremos los principales elementos que impiden una efectiva reclamación.

4.2.1 DECLARACIÓN PREVIA DE INCUMPLIMIENTO.

En otros sistemas jurídicos, los afectados tienen la posibilidad de reclamar daños y perjuicios al mismo tiempo que se determina el incumplimiento de la obligación principal. Esto permite que la reparación del daño sea palpable y perceptible en un periodo relativamente corto de tiempo.

12 "La experiencia ha demostrado que en un mercado competitivo, el beneficio se traduce en la reducción del precio de los bienes y servicios para el consumidor y promueve la productividad y el crecimiento económico; como ha quedado plasmado en nuestro país desde 1993, con la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia Económica (...) Una de las finalidades de la sana competencia es la generación y mejoría de los niveles de bienestar de la población (...)", Dictamen del Senado respecto a la propuesta de reforma en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, p. 72.

13 "La protección a los consumidores tiene como objeto evitar que estos sufran las consecuencias de prácticas anticompetitivas; de hecho, el objeto último de la política y legislación de competencia es siempre el efecto en los consumidores" Cfr. Witker Jorge, Varela Angélica. *El derecho a la competencia económica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Doctrinaria 157. Primera Edición, 2003. Página 17.

14 "Ultimately the process of competition itself is intended to deliver benefits to consumers" (Finalmente, el proceso de competencia por sí mismo tiene por objeto generar beneficios a los consumidores). Cfr. Whish, Richard and Bailey, David. *Competition Law*, 7th Edition. (2012). Oxford University Press, p. 20.

En el caso mexicano los daños y perjuicios deben reclamarse en la vía civil una vez que el incumplimiento de la obligación haya sido determinado en definitiva por la autoridad administrativa o judicial y que ésta haya causado estado. En este sentido, el incumplimiento de la obligación puede tener diversos orígenes, ya sea derivado de una responsabilidad civil, política, administrativa e incluso penal. En términos de lo anterior, es necesario agotar dichos procedimientos hasta que la resolución quede firme, para una vez hecho lo anterior, se pueda iniciar el procedimiento de reclamo de daños y perjuicios.

La práctica jurídica en México parece razonable; cabría la posibilidad de que el juez encargado de los daños determine que los mismos existen y son procedentes, mientras que el juez encargado de la responsabilidad principal estime que no hubo incumplimiento en lo principal, obteniendo así dos sentencias contradictorias. Además, el trabajo del primero de ellos hubiera sido inútil, en tanto que el pago de los daños y perjuicios depende primero de que la obligación principal haya sido incumplida.

De este modo, si con el requisito de una previa determinación firme se genera certeza jurídica y un adecuado uso de los recursos del Estado ¿Porqué entonces constituye un serio problema para el reclamo de daños y perjuicios? Por la actual duración de los procesos en México. Dependiendo del origen del incumplimiento un procedimiento judicial que tenga por objeto determinar la responsabilidad del demandado puede llevar entre 3 a 10 años, atendiendo a la complejidad del asunto, la cantidad de recursos interpuestos y la carga de trabajo de las autoridades jurisdiccionales. Una vez concluido, corresponde iniciar la reclamación de daños y perjuicios, la cual puede ser de igual modo larga y desgastante.

Es por lo anterior que el procedimiento de reclamación se vuelve accesible solo para unos cuantos, aquellos que cuenten con el capital suficiente para costear los gastos en abogados y que puedan ver al final del proceso un beneficio económico real y tangible. Esto quiere decir que, aún a pesar de haber sido vulnerado en sus derechos, el afectado no podrá verse restituido a menos que esté dispuesto a esperar un largo periodo de tiempo y a pagar por dicha espera.

4.2.2 EL NEXO CAUSAL Y DIRECTO ENTRE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN.

Como ya se ha desarrollado en el presente trabajo ¹⁵, en el Derecho Mexicano es necesario acreditar la relación inmediata y directa entre los daños y perjuicios y el incumplimiento de la obligación ¹⁶. El 'nexo causal' al que hemos hecho referencia constituye un requisito indispensable en todos los medios de responsabilidad que dan pie al pago de daños y perjuicios y consiste en la relación causa-efecto generada entre éstos y el incumplimiento de la obligación, sin que pueda existir un acto ajeno que intervenga en tal causa ¹⁷.

Sin embargo, la problemática del mismo atiende a la complejidad probatoria de los daños y perjuicios en los tribunales ¹⁸, ya que los mismos no pueden generarse de manera automática con el incumplimiento, sino que al afirmar haber sido afectado en sus derechos, se encuentra obligado a probarlos en una etapa judicial posterior, que como se ha dicho, también está sujeta a argumentos, pruebas y diversas instancias.

5. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA:

La materia de Competencia Económica se encuentra en una posición privilegiada para generar una nueva tendencia en la reparación de daños y perjuicios. Tras las reforma de acciones colectivas del año 2011 y ante la nueva conformación del marco jurídico nacional en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, los agentes involucrados tienen la oportunidad

¹⁵ Véase apartado 3.

¹⁶ Ídem, Art. 2110.

¹⁷ "DAÑOS Y PERJUICIOS. ES INFUNDADO EL INCIDENTE PROMOVIDO Y, POR ENDE, LA PROCEDENCIA DE SU PAGO, CUANDO SE INVOLUCRA UN ACTO QUE NO FUE CONSECUENCIA DE LA SUSPENSIÓN OTORGADA.", (Tesis Aislada) Semanario Judicial de la Federación Tomo XXI, Abril de 2005, Página 1389, Tesis I.11º.C.23K.

¹⁸ Es importante señalar que en materia procesal, por regla general el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción. Es decir, quien está obligado a probar la relación de causalidad es aquel que sufrió de daños y perjuicios. Véase Arts. 81 y 82 del CFPC.

de generar el dinamismo necesario que les permita legitimar el actuar del Estado en materia de competencia y regulación, así como generar un cambio visible para los agentes involucrados, los consumidores y la sociedad en general.

La Ley Federal de Competencia Económica establece el reclamo de daños y perjuicios en su artículo 38 como un procedimiento independiente tramitado ante la autoridad judicial. Los elementos en materia de reclamo de daños y perjuicios son los siguientes:

1. Procede por la afectación derivada de una práctica monopólica (absoluta o relativa) o concentraciones prohibidas y se realizará de manera independiente a los procedimientos relacionados con la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones.
2. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica en aquellos asuntos de su competencia.
3. El reclamo por daños y perjuicios puede realizarse de manera individual o colectiva. En caso de ser colectiva, se registrará por el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles (en lo sucesivo CFPC) (DOF 30.08.2011)

A continuación analicemos uno a uno los elementos que integran el reclamo de daños y perjuicios.

5.1 INDEPENDENCIA EN LAS ACCIONES VINCULADAS A LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y EL RECLAMO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

El artículo 38 de la LFCE distingue claramente entre la responsabilidad que los agentes económicos tienen al realizar prácticas monopólicas relativas y concentraciones no permitidas, y la derivada del pago de daños y perjuicios generados por dichas acciones. De igual modo, establece que será ante la autoridad judicial donde se llevarán a cabo el mencionado procedimiento de reclamo. Dados los antecedentes históricos, sabemos que son los jueces civiles los que conocen de dicha acción y en el caso que nos ocupa al tratarse

de un tema que únicamente los intereses particulares son los afectados, son competentes tanto los jueces civiles locales como federales a decisión del demandante ¹⁹.

Ni la Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE) ni el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) cuentan con facultades para imponer el daño o en su caso los perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas a los agentes económicos involucrados ²⁰. Sin embargo, el IFT a través de su Estatuto Orgánico, ha otorgado a la Dirección General de Investigación de Prácticas Monopólicas, perteneciente a la Unidad de Competencia Económica, dictaminar el monto de los daños y perjuicios generados por una concentración prohibida o una práctica monopólica. Dicho dictamen siempre será a solicitud de la autoridad judicial respectiva, en términos del mencionado artículo 38 de la LFCE ²¹.

5.2 LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS A TRAVÉS DE ACCIONES COLECTIVAS.

Como parte de las reformas constitucionales en materia de acciones colectivas el 30 de agosto de 2011 se modificó el artículo 38 de la LFCE, permitiendo a quienes se hayan visto afectados por prácticas anticompetitivas o una concentración prohibida reclamar de manera individual (situación ya regulada en dicha ley) o colectiva, a través del procedimiento de acciones colectivas previsto en el Libro Quinto del CFPC.

La finalidad de las acciones colectivas es similar a la que tiene la reclamación de daños: generar confianza en las instituciones, y permitir que la sociedad tenga un papel mucho más participativo, unido e influyente en el modo de hacer justicia. De igual modo, se facilita al reclamante iniciar acciones en contra del demandado que quizá de realizarse en lo individual, serían económicamente poco viables. A continuación procederemos a detallar algunas

¹⁹ Art. 104 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰ Art. 24 de la LFCE, aplicable al IFT por mandato del párrafo 15 del Artículo 28 de la CPEUM.

²¹ Art. 29, inciso C), fracción VII del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo EOIFT).

especificaciones respecto a esta figura jurídica y su relación con la materia de Competencia Económica.

Las acciones colectivas tienen por objeto proteger derechos o intereses difusos, colectivos en estricto sentido y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva. En el caso de acciones colectivas de intereses difusos, la afectación no puede ser cuantificable, pues la colectividad es indeterminada. Por cuanto hace a las acciones colectivas en estricto sentido y los intereses individuales, estos sí pueden ser determinables en tanto que se sabe cuantos individuos de dicha colectividad se vieron afectados.

Dependiendo del tipo de acción colectiva es que será el efecto resarcitorio de la acción de daños y perjuicios, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Acción	Vínculo jurídico	Objeto	Efecto
Difusa	No necesariamente hay un vínculo jurídico entre la colectividad y el demandado.	La reparación del daño generado a la colectividad.	Restitución de las cosas al estado en que se encontraban previo a la afectación o en su caso el cumplimiento sustituto a determinar por el juez.
Colectiva en sentido estricto	Deriva de por mandato de la ley entre la colectividad y el demandado.	La reparación del daño generado por una acción u omisión hacia una colectividad determinable o determinada.	Reparación de los daños en forma individual a los miembros de la colectividad afectada.
Individual homogénea	Deriva de individuos agrupados con base en circunstancias comunes y que tutelan derechos individuales de naturaleza colectiva.	La reparación del daño en términos de la legislación aplicable.	La reparación del daño a través del cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión atendiendo a los efectos prescritos en ley.

Como puede advertirse, en la acción difusa el daño es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación únicamente que este daño afecta al demandante así como a todo un grupo de personas, aunque puede no existir un vínculo jurídico directo entre la colectividad y quien generó el daño. Es por eso que en este tipo de acción colectiva la reparación consiste en la restitución de las cosas en el estado en que se encontraban antes de los actos que afectaron a la colectividad o en su caso un cumplimiento sustituto. Éstos de ningún modo podrán cubrir daños individuales, al tratarse de una afectación no cuantificable.

Como se ha visto, la inclusión de las acciones colectivas constituye un elemento revolucionador en la reparación del daño producido por prácticas anticompetitivas. En principio, los tres tipos de acciones colectivas podrían ser de utilidad en materia de competencia económica, sin embargo, el autor estima que serán las acciones difusas y las colectivas en sentido estricto, aquellas que sean más recurridas por los consumidores ante prácticas monopólicas absolutas.

6. PROPUESTAS

Aún ante la revolucionaria visión que las acciones colectivas representan para el reclamo de daños y perjuicios en materia de Competencia Económica, existen áreas de oportunidad por atender y que se exponen en el presente trabajo a fin de dejarlo a consideración del lector.

6.1 CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DESDE EL PROCEDIMIENTO ANTE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

Se ha expuesto con anterioridad que la duración de los procedimientos de competencia económica presentan la desventaja de ser largos y poco atractivos para las partes afectadas. Además, los tribunales civiles no son expertos en la materia, e incluso están facultados para recibir la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, la cual constituirá un elemento probatorio adicional a considerar por parte de los jueces.

Desde nuestro punto de vista, la tarea del juez civil resultaría a favor de los afectados si desde el procedimiento administrativo de origen ante las autoridades de Competencia Económica, fuera posible determinar y en su caso cuantificar los daños y perjuicios. Encontramos dos principales ventajas: la especialización y el eventual retraso en el juicio civil de daños y perjuicios.

La especialización de la mencionada comisión y el instituto permite que la misma autoridad encargada de hacer el análisis de fondo y que cuenta con las herramientas necesarias, pueda determinar la afectación desde el punto de vista jurídico como económico. Además, sería posible omitir la solicitud de información durante el procedimiento judicial e incluso contar con una determinación especializada debidamente fundada y motivada.

Lo anterior no violaría la garantía de audiencia de las partes, en razón de que las mismas podrían impugnar dicha determinación en las instancias superiores, siendo los tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones los indicados para tal efecto quienes incluso podrían pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas que acreditan el daño.

6.2 DIFERENCIA EN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EL RECLAMO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Uno de los problemas que puede generar la legislación específica de cada materia es la diferencia en el tiempo para poder hacer valer los daños y perjuicios en materia de Competencia Económica en atención al tipo de acción que se pretenda realizar. De este modo, quien inicie una acción individual para la reclamación de daños y perjuicios, tendrá un plazo de dos años a partir de que concluya el daño causado, en términos de lo dispuesto por el artículo 1934 del CCF²². Sin embargo, quien inicie una acción colectiva –ya sea un grupo de consumidores o un grupo de agentes económicos afectados– contará con un plazo de tres años y seis meses, tal como lo establece el artículo 584 del CFPC.

Esta diferencia en la prescripción no cuenta con una razón de ser que permitiera tratar de modo distinto a los afectados, situación que violaría el principio de igualdad. Es decir, al encontrarnos ante una misma afectación, el tiempo para el reclamo de daños será de un plazo mayor por el hecho de ser iniciado de manera colectiva, sin que exista una razón válida para limitar

²² "DAÑOS Y PERJUICIOS, PRESCRIPCIÓN EN CASO DE". Época: Sexta Época. Registro: 270738. Instancia: Tercera Sala. tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Localización: Volumen LX, Cuarta Parte Tesis: Pag: 74.

dicho plazo al iniciarse de manera individual. Ya veremos si nuestros juzgadores resuelven un conflicto como el que aquí se adelanta.

6.3 SUJETOS CALIFICADOS PARA INICIAR ACCIONES COLECTIVAS ANTE LAS AUTORIDADES JUDICIALES

La reforma en materia de acciones colectivas faculta a diversos entes públicos a iniciar el reclamo de daños y perjuicios, entre ellas a la Comisión Federal de Competencia Económica y en virtud de la reciente reforma constitucional, al Instituto Federal de Telecomunicaciones²³. La problemática se presenta cuando dichos órganos constitucionales tengan conocimiento de un daño generado por una práctica anticompetitiva y al mismo tiempo inicien un procedimiento administrativo para determinar dicha práctica anticompetitiva.

La situación puede darse de dos maneras: por una parte, de no iniciar el reclamo de daños y perjuicios en el plazo prescrito en ley, dicha omisión puede dar motivo a procedimientos de responsabilidad administrativa en contra de los servidores públicos que a sabiendas de un acto ilegal, no ejercitaron la acción colectiva²⁴. Por otra, si en cumplimiento con su obligación ejercita la acción colectiva de daños y perjuicios antes de que determine si el acto del cual emana es o no contrario a la sana competencia, entonces el juez civil tendría que esperar a que la acción principal se resuelva en definitiva, para así resolver la reclamación de daños y perjuicios.

6.4 EL USO DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL COMO MATERIAL PROBATORIO.

Otro de los problemas a los que nos enfrentamos en la reclamación de daños y perjuicios ya sea individual o colectiva, es el tener acceso al material probatorio. En el caso de Competencia Económica es altamente probable que los consumidores y agentes económicos afectados no sean parte en el

²³ Artículo 585 fracción I del CFPC.

²⁴ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Artículo 8 fracción I.

procedimiento tramitado ante la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Por lo tanto, será difícil que tengan acceso a los elementos probatorios utilizados en el procedimiento para acreditar la existencia de una práctica anticompetitiva los cuales, en términos de la legislación civil, se encuentran obligados a exhibir, a fin de acreditar el daño causado.

De igual modo, es posible que parte de las pruebas con las que los afectados pueden acreditar el vínculo real y directo entre la práctica contraria a la sana competencia y los daños y perjuicios generados se encuentre en un procedimiento en el que no fueron parte y respecto del cual carecen de interés para su obtención y revisión. Más aún, es altamente probable que la gran mayoría de dichas pruebas tenga el carácter de confidencial o constituya un secreto industrial y por tanto, sólo a través de una orden judicial serán capaces de analizar.

Al respecto, nos encontramos ante dos disyuntivas: la primera, que la información confidencial pueda ser mal utilizada en perjuicio del agente económico causante del daño y en segundo lugar, que en un círculo vicioso el afectado no pueda acreditar la acción de daños sin la información a la que no tiene acceso y que el demandado intentará resguardar e impedir su acceso.

Mientras que nosotros no contamos aún con un caso que nos permita determinar que rumbo tomar, este es uno de los problemas con los que la Unión Europea ha lidiado de manera intensa en los últimos años. Gran parte de las discusiones realizadas en el Green Paper de 2005 y más recientemente en el *Proposal of Directive for Damages, 2013*²⁵. Aún nos espera un largo camino para determinar qué resolver en dicho conflicto.

6.5 LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE BENEFICIO DE REDUCCIÓN DE SANCIONES.

Aún cuando nuestras autoridades de Competencia Económica no cuentan con políticas tan fuertes como las europeas en materia de procedimientos de beneficio de reducción de sanciones, la reclamación individual pero sobretodo colectiva, puede generar un efecto disuasorio que desaliente a los agentes económicos a coadyuvar con las autoridades en los procedimientos respectivos.

Nuestra legislación prevé el procedimiento de beneficio de reducción de multa de hasta el 50, 30 ó 20 por ciento del máximo permitido en caso de que un agente económico incurra en una práctica monopólica absoluta y coopere con las autoridades de Competencia Económica²⁶. Con la incorporación de las acciones colectivas, es posible que un gran número de afectados inicie procedimientos en contra de todos los agentes económicos que hayan incurrido en prácticas anticompetitivas, incluyendo aquella que haya cooperado con la autoridad a fin verse beneficiado en la reducción de sanciones.

En este sentido es importante destacar que la participación en dichos procedimientos no reduce la responsabilidad del agente económico respecto de los daños y perjuicios producidos a otros agentes económicos y consumidores finales, por lo que de prosperar con éxito las acciones colectivas, el beneficio obtenido podría verse mermado con la reposición que por materia de daños y perjuicios tendría que efectuar. Nos encontramos ante un problema que a primera vista pareciera no verse tangible, pero que en unos años puede ser materia de discusión y en su caso, la creación de nuevas políticas públicas al respecto.

²⁵ *Proposal of Directive for Damages, 2013*, página 24 y siguientes; Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM (2005) 672 final, December 19th, 2005, Pregunta B, Opción, página 6.

²⁶ Artículo 33 bis 3 LFCE

7. DERECHO COMPARADO

La reclamación de daños y perjuicios en materia de Competencia Económica también constituye un tema serio para otras jurisdicciones. Algunos países como Dinamarca o Países Bajos aún no cuentan con acciones colectivas para la reclamación del daño, lo cual habla del avance logrado con la incursión de dichas acciones en México. Sin embargo, la gran mayoría de los países Europeos ha centrado la problemática en el material probatorio utilizado en los procesos privados y que han sido utilizados en procedimientos públicos en los que se ha determinado acciones anticompetitivas y que dificultan la habilidad probatoria de las partes afectadas, pues contienen información confidencial a la que difícilmente pueden tener acceso.

Resulta de relevancia para el presente estudio algunas características del sistema norteamericano, el cual se ha destacado por desarrollar las acciones colectivas desde mediados del siglo XX. En sistemas de corte anglosajón como Estados Unidos, existen diversos tipos de daños entre los que destacan los *punitive damages* o daños punitivos, que no tienen una finalidad resarcitoria, sino disuasoria. Es decir su finalidad es castigar al agente económico infractor y servir como ejemplo para que la conducta anticompetitiva no vuelva a realizarse. El equivalente europeo equivale a los *double damages*, que fueron discutidos en el Green Paper para su imposición a cárteles horizontales, pero no fueron exitosos²⁷.

Asimismo, Estados Unidos cuenta con los llamados *treble damages* con los cuales la sanción impuesta al agente económico por prácticas anticompetitivas es de tres veces el costo del daño. Precisamente este incentivo sobre los daños, es el que ha permitido un abuso por parte de los abogados sobre la figura del daño, que limita la cantidad recibida por el verdadero afectado. Lo anterior produjo la *FTC Class Action Fairness Project* y el *Class Action Fairness Act* en 2005 a fin de detener el abuso de dicha figura.

En el Anexo único se realiza un breve listado de países que presentan distintas dinámicas en materia de Competencia Económica, resarcimiento de daños y

²⁷ Ibid.

perjuicios y acciones colectivas y en el cual se advierte que si bien es cierto que hemos dado pasos agigantados con las últimas reformas, aún queda mucho por hacer para que la actividad administrativa y judicial permita un resarcimiento efectivo de los daños y perjuicios.

8. CONCLUSIONES FINALES

La reclamación de daños y perjuicios ha sido históricamente relegada a un procedimiento anquilosado que lejos de beneficiar al afectado, constituye una inversión de tiempo y dinero que pocos se encuentran dispuestos a tomar. En la materia de Competencia Económica sin embargo, las reformas del año 2011 así como las recientes reformas Constitucionales han generado una posición en la cual es posible innovar a fin de generar un cambio en la sociedad, que vea que su participación en el procedimiento de reclamación puede culminar en una efectiva restitución.

Con todo y los grandes avances de estas reformas, consideramos que existen algunas áreas de oportunidad que deben ser atendidas a fin de que sea posible lograr un mayor alcance y efecto social. El primero de ellos es otorgarle facultades a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Federal de Telecomunicaciones a fin de que en aquellos casos en los que es posible, determinen los daños y perjuicios generados por prácticas anticompetitivas desde el procedimiento administrativo de origen. Su función como especialistas en la materia permitiría que de manera inmediata y sin esperar a que el Juez Civil lo ordene.

Homologar el plazo de prescripción de la acción para el reclamo de daños y perjuicios entre aquellos agentes y consumidores que inicien una acción individual y los que inicien una acción colectiva. De no ser así se generará incertidumbre entre las partes que terminarán en análisis jurisdiccionales innecesarios.

Fomentar entre los sujetos con legitimación activa para iniciar acciones colectivas, la difusión de posible prácticas anticompetitivas, a fin de generar confianza en la sociedad respecto de estas instituciones. En el caso de la Comisión Federal de Competencia y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, es importante considerar que además de contar con dicha legitimación, también son las autoridades administrativas encargadas de determinar afectaciones a la sana competencia.

Permitir el adecuado uso de material probatorio a aquellos afectados que no formaron parte del procedimiento administrativo de origen, pues éste puede estar estrechamente vinculado con los daños causados y que muchas veces se encuentra protegido o constituye información confidencial. Lo anterior a fin de evitar abusos tanto del agente económico demandado que pretenda restringir el acceso para no realizar la compensación correspondiente, como evitar que la información protegida pueda ser mal utilizada.

Con base en la experiencia de otros países en las que existe un abuso de las acciones colectivas, los jueces deben de tener sumo cuidado en generar una restitución adecuada al afectado o afectados, con base en los elementos determinables que guardan estrecha relación con el daño generado. A casi tres años de la reforma en materia de acciones colectivas no se ha determinado ningún criterio judicial vinculado al tema de Competencia Económica, lo que dificulta anticipar problemas inherentes al mismo. Sin embargo, no debe de dejarse a un lado las áreas de oportunidad que desde este momento se advierten y que pudieran llegar a retrasar la comunicación que a través de ésta, se tenga con la sociedad, desde los agentes económicos involucrados, hasta el consumidor final.

REFERENCIAS

- Arellano Trejo, Efrén & Cárdenas Sánchez, Guadalupe. *Acciones Colectivas en México: La construcción del marco jurídico*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2011.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Vigésima Primera Edición. Editorial Porrúa, 2009.
- Centre for European Policy Studies, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios* estudio realizado en 2012 para la Comisión Europea.
- European Commission, *Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union 2013/C 167/07*.
- Foer, Albert & Stutz, Randy (Editores). *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States, A handbook*. Edward Elgar Publishing Limited, 2012
- Kroes, Neelie. *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*, SPEECH/05/512, 15 de enero de 2005.
- OECD, *Policy Roundtables on Private Remedies, 2007*. DAF/COMP (2006) 34, 11 de enero de 2008.
- Whish, Richard & Bailey, *Competition Law*, (7th Edition), Oxford University Press 2012.
- Wouter P.J. Wils. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, 2007.
- Wouter P.J. *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, 2008.

ANEXO: USO DE ACCIONES COLECTIVAS Y DAÑOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN OTROS PAÍSES

Pais	Acciones colectivas	Competencia económica reclamación de daños y perjuicios	Principales observaciones
Alemania	Si, pero únicamente las acciones colectivas individual homogéna y colectiva en sentido estricto. No se permiten acciones colectivas difusas.	Si.	Al no existir acciones colectivas difusas, existe interés jurídico de los afectados y pueden verse resarcidos en el daño generado. Conflicto entre el reclamo de daños y perjuicios y la información confidencial de procedimiento de beneficio a reducción de sanciones.
Australia	Si	Si, vinculado a protección al consumidor.	Problema de cuantificación de daños en procedimientos de beneficio a reducción de sanciones por cooperación con la autoridad de Competencia Económica.
Dinamarca	No. única excepción la facultad del "ombudsman de los consumidores" de iniciar acciones bajo ciertas circunstancias.	Si	Problema de cuantificación de daños en procedimientos de beneficio a reducción de sanciones por cooperación con la autoridad de competencia Económica.
Estados Unidos	Acciones colectivas plenamente desarrolladas enfocadas principalmente a la protección a los consumidores.	Si	Abuso de acciones colectivas por parte de abogados litigantes que pretenden cobrar altas cuotas. Acciones colectivas dirigidas desde el ámbito público y privado. Creación de regulación que impida el abuso de acciones colectivas. Existencia de <i>Treble damages</i> o daños por hasta tres veces el daño generado.
Hungría	Las acciones colectivas permitidas cuando es necesario analizar la violación de manera conjunta.	Si	Problemas en incentivar a los consumidores finales a iniciar acciones de reclamación de daños y perjuicios por estimar que de manera individual el daño es muy pequeño. La Corte que determina el daño puede tener acceso a la información confidencial en procedimiento de beneficio de reducción a sanciones.
Indonesia	Acciones colectivas en materia de protección al consumidor.	Si	No existe acciones colectivas en competencia económica. La materia de competencia económica está claramente separada de la de protección al consumidor.

Irlanda	No existen acciones colectivas, únicamente acciones donde un derecho común le fue afectado a varios individuos.	Si	Se incluye la figura de daños ejemplares o daños punitivos a favor del afectado. Para que varias personas inicien actos una misma acción, el derecho afectado debe ser el mismo y compartido. En el caso de procedimiento de beneficio de reducción a sanciones, la autoridad en materia de Competencia sólo puede otorgar información por decisión judicial.
Países bajos	No existen acciones colectivas para el reclamo de daños.	Si	Muy poca actividad civil para el resarcimiento de daños y perjuicios en materia de Competencia Económica
Suiza	No existen acciones colectivas, únicamente acciones donde un derecho común le fue afectado a varios individuos.		No existen incentivos para el desarrollo de acciones colectivas. Al haber un reclamo bajo de daños y perjuicios su efecto disuasorio es mínimo comparado con el efecto sancionador del derecho administrativo.
Reino Unido	Es posible contar con acciones representativas de varias partes. En casos específicos organizaciones de consumidores pueden representar a varios sujetos a través de una acción colectiva de daños.	Si	No ha habido acciones colectivas en materia de daños y perjuicios. La información confidencial de los asuntos de competencia económica sólo pueden ser exhibidos por mandato judicial, con énfasis en los procedimientos de beneficio de reducción de sanciones en los que consideran puede desincentivar a los agentes económicos. Los daños generados por el agente que participa en los procedimientos de reducción a sanciones no se ven disminuidos.
Republica Checa	No para temas de Competencia Económica sino Competencia desleal entre competidores	Si	Sistema de daños similar al mexicano, donde se utiliza el concepto de Derecho Civil y se aplica al de Competencia Económica. Misma dificultad de probar el nexo causal entre el incumplimiento de la obligación y el pago de daños y perjuicios.
Unión Europea	Si, en el Green Paper de 2005, la Comisión Europea distingue entre acciones colectivas promovidas por consumidores finales y aquellas promovidas por agentes económicos	Si	Problemática similar a México que desalientan al consumidor final a iniciar acciones colectivas: procedimiento largos y llenos de requisitos administrativos, por lo que se intentó simplificar el procedimiento para demandas pequeñas en 2005. Interacción adecuada entre los programas de beneficio de reducción de penas y daños y perjuicios, aunque se teme que el reclamo civil desaliente la cooperación para desmembrar carteles.

Pedro Isaac Alcalá

SUGERENCIAS PARA LA RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS ENTRE APLICACIÓN PÚBLICA DE
LAS NORMAS DE COMPETENCIA ECONÓMICA
SOBRE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS Y
LAS ACCIONES PRIVADAS DE RECLAMACIÓN DE
DAÑOS Y PERJUICIOS

Jose Manuel Panero Rivas *

José Manuel Panero Rivas:
LLM European Law, College of Europe, MA y PGD in Economics for Competition Law, King's College, London

ABSTRACT

Los distintos objetivos de la aplicación pública y privada de las normas de competencia económica sobre prácticas monopólicas absolutas pueden llevar a conflictos que resultan en detrimento de ambos sistemas. La razón para ello es que un eficaz sistema de acciones de reclamación de daños y perjuicios puede tener un efecto negativo en la eficacia de los programas de inmunidad, elemento básico de la lucha contra estas prácticas. Esta contribución sugiere y evalúa mecanismos, algunos de ellos innovadores, para reducir o eliminar el conflicto.

Los mecanismos evaluados consisten en la limitación de acceso por los demandantes privados a los documentos proporcionados por el solicitante de inmunidad a la autoridad de competencia, una limitación de los daños exigibles al solicitante de inmunidad o bien de su responsabilidad solidaria y finalmente, la creación de novedosos sistemas de compensación que permiten conciliar los distintos objetivos e intereses.

The diverging objectives of public and private enforcement of competition rules against cartels may lead to well-known conflicts undermining both systems. The reason being that an effective system of private enforcement could have a detrimental impact on a basic tool for the fight against cartels, namely the effectiveness of leniency programs. This contribution suggests and assesses mechanisms, some which are absolutely innovative, to mitigate and even eliminating these conflicts.

The assessed mechanisms consist of a limitation of access of private plaintiffs to the documents provided by the leniency applicant to the competition authority, a limitation of the amount of damages to be claimed against the leniency applicant or of its joint and several liability and, finally, the establishment of innovative compensation systems designed to satisfy the different interests in conflict.

* LL.M. European Law, College of Europe, MA y PGD in Economics for Competition Law, King's College, London. Abogado. Asociado Senior en Garrigues (Bruselas). Todas las opiniones expresadas en la presente contribución son exclusivamente personales.

1. INTRODUCCIÓN

Las normas de competencia económica, entre ellas la prohibición de las prácticas monopólicas absolutas (PMAs), son principalmente aplicadas por las autoridades públicas. Esta aplicación se realiza típicamente por una autoridad de competencia, la cual puede imponer sanciones administrativas a las empresas participantes en los acuerdos anticompetitivos y, en aquellos casos en que existan sanciones penales, también por aquella figura a quien el Estado encomiende esa función (agente del Ministerio Público o su equivalente).

No obstante, existe una tendencia creciente en la escena internacional a favor de facilitar que operadores privados puedan invocar la aplicación de dichas normas a fin de obtener reparación del daño causado como consecuencia de la infracción¹. Dichos operadores privados (particulares o empresas) pueden reclamar la reparación del daño, directo o indirecto, que hayan sufrido como consecuencia de PMAs². Los actores privados tendrán normalmente a su disposición acciones civiles (individuales o colectivas) para la reparación de dicho daño. En algunas jurisdicciones existe incluso la posibilidad de conceder “daños ejemplarizantes” (exemplary damages) a favor de los afectados³.

¹ S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* 367-381 e ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007. Una notable excepción a esta tendencia creciente podría ser la puesta en cuestión del actual sistema de reclamación de daños y perjuicios en Estados Unidos por parte de la división *antitrust* del Departamento de Justicia (ver S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition*, págs. 367-381.

² El daño efectivamente sufrido por el adquirente del producto o servicio depende de tres elementos: (i) el daño directo (cantidad de productos comprados multiplicados por el incremento de precios derivado de la PMA); (ii) el efecto indirecto en las ventas del adquirente derivado del incremento de sus costes variables (existirá una menor demanda para sus productos al nuevo precio, más elevado); y (iii) la posibilidad que tenga el adquirente de reflejar el incremento de sus costes de aprovisionamiento en los precios a los cuales ofrece sus propios productos (“*passing-on effect*”). Sobre estas cuestiones ver S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010 págs. 699-721 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, *Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, SWD(2013) 205, 11.6.2013. En relación con los distintos tipos de daños de los cuales se permite exigir compensación, así como los métodos utilizados en distintas jurisdicciones ver ICN *Interaction of Private and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007.

³ Este es el caso de Estados Unidos. El artículo 4 de la Clayton Act (codificado en 15 USC § 15 – *Suits by persons injured*) establece el criterio general (matizado a partir de 2004 respecto a solicitantes de inmunidad y limitado en ciertos casos cuando el demandante es otro Estado) de que “[A]ny person who shall be injured in

sin embargo, mientras que la acción de las autoridades públicas responde principalmente a la finalidad de prevención o disuasión general (su finalidad es la de evitar en primer lugar que las conductas se produzcan), la acción de los particulares responde al principio de reparación del daño causado. La coexistencia entre ambas finalidades en este ámbito no es necesariamente pacífica. La razón para ello es que el éxito en la aplicación pública de las normas sobre PMAs suele depender en buena medida de la existencia de exitosos programas de inmunidad. Sin embargo, la eficacia de estos programas puede verse comprometida (y, por tanto, comprometida la posibilidad misma de revelación de las conductas) en caso de una legislación que incentive acciones indiscriminadas de reclamación de daños y perjuicios. Paradójicamente esta situación redundaría igualmente en detrimento de los actores privados que reclamen daños y perjuicios, al ser más difícil para estos descubrir y probar la existencia de una PMA. Todas estas cuestiones, que constituyen el núcleo del potencial conflicto, se tratan en la sección segunda de la presente contribución.

Por tanto, la adopción de normas que permitan un adecuado equilibrio entre los intereses públicos y privados es de una importancia fundamental para la efectividad de las normas de competencia económica sobre PMAs. Dicho equilibrio debería preservar la efectividad de la aplicación pública de las normas, arbitrando sin embargo mecanismos para el adecuado resarcimiento del daño causado. La sección tercera de la presente contribución describe algunos mecanismos para ello. Algunas de dichas soluciones han sido ya exploradas por las jurisdicciones más avanzadas en materia de competencia económica. Otras, sin embargo, son totalmente innovadoras y no aplicadas por jurisdicción alguna.

his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. Respecto al sistema estadounidense de reclamación de daños y perjuicios ver S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* 367-381. De acuerdo con los trabajos de la ICN parece ser un ejemplo único en derecho comparado, ya que si bien otras jurisdicciones conceden discrecionalidad a las autoridades para la imposición de daños ejemplarizantes en ciertos supuestos (dolo grave o reincidencia), dicha posibilidad no parece ser muy utilizada. (ver ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007). En la Unión Europea no existen mecanismos que permitan la concesión de dichos daños ejemplarizantes y, de hecho, Tribunales nacionales han considerado que la concesión de los mismos sería contraria al principio de *ne bis in idem* ver *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch).

Los elementos analizados y las sugerencias a desarrollar tienen como vocación ser válidas para cualquier jurisdicción en la cual se plantee el problema de base, esto es, cualquier ordenamiento jurídico en que exista un programa de inmunidad para PMAs y un derecho general de los afectados por la PMA al resarcimiento del daño causado.

2. EL CONFLICTO ENTRE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DE LAS NORMAS SOBRE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

2.1 FINALIDADES DIVERGENTES DE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

La finalidad básica de la aplicación pública de las normas de competencia económica es un fin de disuasión o prevención general⁴. Dicha disuasión se logra mediante la imposición de sanciones de distintos tipos: multas pecuniarias para las compañías, multas pecuniarias y/o sanciones penales para los directivos o empleados que participen en la práctica, inhabilitaciones, etc⁵. En particular respecto a las multas, dicha finalidad de disuasión se logra mediante la imposición de sanciones que logren alcanzar el nivel óptimo de disuasión. Dicho nivel óptimo se lograría *ex ante* (en el momento en que las

4 W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 pág. 8 Para este autor otra finalidad de la aplicación pública de las normas de competencia es la clarificación y desarrollo de las disposiciones normativas en materia de competencia económica. La tercera finalidad sería la reparación del daño causado objetivo logrado primordialmente mediante la aplicación privada de las normas de competencia. Otros autores identifican tres finalidades distintas en la aplicación de las normas de competencia (cesación de la infracción, reparación del daño y castigo o disuasión) ver A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* (2006) pág. 9, C. Harding and J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Economic Delinquency*, Oxford, OUP, 2003, págs 229 y ss.

5 W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 pág.10. En relación con los distintos tipos de sanciones, en particular sanciones penales ver J.M. Panero Rivas 'Criminalisation of EU Competition Law Enforcement: the Long and Winding Road' en *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (vol. 11) Dykinson, 2013, págs. 139-187.

empresas evalúan los riesgos a que se exponen antes de comenzar su participación en una práctica prohibida) mediante la imposición de sanciones por un importe (f) que supere las ganancias esperadas de la infracción (π^c) multiplicadas por la inversa de la probabilidad (p) de que la sanción sea efectivamente impuesta⁶. Por tanto, si únicamente la conducta es sancionable por las autoridades públicas mediante la imposición de multas, sería necesario, para que estas tengan carácter disuasorio que

$$f \geq \frac{\pi^c}{p}$$

Sin embargo, por distintas razones (entre ellas la imposibilidad práctica de imponer multas del nivel apropiado sin comprometer la solvencia de la empresa, en particular cuando existen bajos niveles de detección)⁷, la imposición de multas no ha resultado suficiente por sí sola en la mayor parte de los casos para lograr dicha finalidad, siendo necesario el establecimiento de programas de inmunidad para los participantes en la PMA⁸. Dichos programas basados en el "dilema del prisionero",⁹ crean incentivos a los participantes en la PMA para revelar la existencia de ésta a las autoridades de competencia, incrementando por tanto p en la fórmula anterior¹⁰. Estos programas de inmunidad, inicialmente introducidos en Estados Unidos¹¹ y posteriormente por otras jurisdicciones se han revelado, una vez convenientemente ajustados, como una herramienta absolutamente fundamental para la persecución de las prácticas prohibidas¹².

6 W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 pág.11.

7 Ya que una probabilidad de detección muy baja eleva la multa mínima necesaria para que sea óptima para disuadir a la empresa. Sobre esta cuestión y los niveles mínimos necesarios para distintos autores ver J.M. Panero Rivas 'Criminalisation of EU Competition Law Enforcement: the Long and Winding Road' en *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (vol. 11) Dykinson, 2013.

8 A. Caruso, 'Leniency Programs and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission', (2010) *Journal of European Competition Law & Practice* 464.

9 Ver S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010.

10 Ver igualmente apartado 2 b i) siguiente.

11 La primera versión del programa de inmunidad estadounidense data de 1978. No obstante dicho programa no fue eficaz hasta su modificación en 1993. Ver S.D. Hammond, 'Cornerstones of an effective leniency program' artículo presentado ante el ICN Workshop on Leniency Programs Sydney, Australia, 22-23 noviembre, 2004.

12 Estos programas se han hecho imprescindibles para muchas autoridades de competencia. En relación con la situación de dependencia de la división antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos respecto a su programa de inmunidad ver S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* 367-381.

La finalidad básica de la aplicación privada de las normas sobre competencia económica es la reparación del daño causado¹³. Mediante dichas acciones, iniciadas bien sobre la base de normas específicas o bien sobre las reglas generales de derecho civil o comercial sobre reparación de daños¹⁴, quienes hayan sufrido un daño económico por la práctica anticompetitiva podrían ver resarcido el daño sufrido¹⁵.

Lo anterior no quiere decir que la aplicación privada mediante acciones de reclamación de daños no pueda contribuir a la finalidad de disuasión¹⁶. Esta es particularmente la situación existente en Estados Unidos donde se conceden daños triples (*treble damages*)¹⁷ y no se concede a los demandados la posibilidad de invocar *passing-on defences* (posibilidad para el demandado de limitar el importe de los daños a indemnizar al adquirente directo de sus productos en la medida en que este haya podido trasladar el sobrecoste a sus clientes) frente a adquirentes directos de los productos o servicios en cuestión¹⁸. La suma de estos elementos generalmente incrementa de forma notable el importe de las compensaciones a conceder y simplifica la cuantificación del daño indemnizable¹⁹. Es evidente que si las empresas se enfrentan no únicamente a multas administrativas, sino también a reclamaciones por

daños y perjuicios (d) con una cierta probabilidad de éxito (β), únicamente sería racional *ex ante* para ellas comenzar su participación en la práctica prohibida si $\pi^c \geq \beta \cdot d + \frac{f}{p}$. Es por tanto evidente que la existencia de un sistema efectivo de reclamación de daños y perjuicios reduce los incentivos que pueda tener una empresa determinada para comenzar su participación en una práctica prohibida. Por otra parte tampoco la acción pública está totalmente desconectada de la finalidad de reparación del daño, pudiendo por ejemplo las autoridades de competencia intervenir ante los Tribunales en procedimientos privados respecto a este tipo de acciones como *amicus curiae* para colaborar con el tribunal en la evaluación del daño causado²⁰.

No obstante, y aunque en cierto modo se complementen, cada vía de aplicación, pública o privada, de las normas de competencia económica responde a su finalidad específica y, como se ha avanzado, dispone de sus propios mecanismos para lograrlas (programas de inmunidad en el caso de aplicación pública e interposición de acciones ante el juez que corresponda por parte de la aplicación privada). Como se explica a continuación el uso de dichos mecanismos hace que ambas vías de aplicación puedan entrar potencialmente en conflicto, con un resultado final que podría no beneficiar a ninguna de ellas.

13 W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 pág.15 A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* pág. 9.

14 Para una descripción de los tipos de bases jurídicas (legislación específica o legislación civil o comercial) en distintas jurisdicciones para las reclamaciones de daños y perjuicios en material de competencia económica ver ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007 pp 5-6.

15 Para una descripción de los tipos de daños cubiertos en distintas jurisdicciones ver ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007 pág. 7.

16 ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007.

17 § 4 Clayton Act, 15 USC § 15 (y anteriormente § 7 Sherman Act).

18 *Hanover Shoe v United Shoe Machinery*, 392 US 481 (1968) e *Illinois Brick v Illinois*, 431 US 720 (1977). No obstante para W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1, este efecto no es necesariamente bien conseguido a través de la aplicación privada. Ver también F.H. Easterbrook, 'Detering Antitrust Damages' (1985) 28 *Journal of Law & Economics* págs. 445 a 454. Cfr A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* pág. 10. Las razones históricas por las cuales la finalidad de disuasión ha sido perseguida en Estados Unidos a través de la aplicación privada de las normas de competencia – en esencia la ausencia de aplicación pública – pueden encontrarse en W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* p.17 y A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* pág.10. Ver también S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* págs 367 a 381.

19 En la Unión Europea esta finalidad disuasoria de la aplicación privada de las normas de competencia ha sido incluso reconocida por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 20 de septiembre de 2011 en el asunto C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] Rec. I-6297 apartado.

25 y ss: "25 Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho [de la Unión], garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19). 26 La plena eficacia del artículo [101] del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. 27 En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas [de la Unión] de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la [Unión Europea]."

20 A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* pág. 9 nota 23. Ver igualmente ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007, pág. 41, donde se describen las posturas que adoptan distintas autoridades de competencia al respecto.

2.2 ALTERACIÓN DE LOS INCENTIVOS PARA UN SOLICITANTE DE INMUNIDAD EN CASO DE GENERALIZACIÓN DE LAS ACCIONES POR RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

2.2.1 PUNTO DE PARTIDA: AUSENCIA DE MECANISMOS PARA RECLAMACIÓN DE DAÑOS

El caso de base del análisis es el supuesto, bastante extendido en la práctica, en que (i) exista una aplicación pública de las normas de competencia, (ii) esta aplicación pública incluya la existencia de un programa de inmunidad, y (iii) no existan acciones privadas significativas. En dicho escenario cualquier empresa que considere realizar una solicitud de inmunidad tendrá en cuenta las ventajas de cooperar con la autoridad (evitar la imposición de sanciones en caso de que la práctica fuese descubierta), así como los riesgos o desventajas que resultarían de tal cooperación (poner fin a un acuerdo probablemente beneficioso)²¹.

Sin embargo, en un escenario donde las empresas puedan sufrir acciones de reclamación de daños y perjuicios, los participantes en la PMA deberán tener en cuenta dicha posibilidad como riesgo y coste adicional.

En un primer lugar y cuando las empresas consideren la posibilidad de comenzar su participación en la práctica, la existencia de un sistema efectivo de reclamación de daños y perjuicios incrementa el efecto disuasorio *ex ante*, ya que las empresas se exponen a costes adicionales que, añadidos a la posibilidad de sanciones administrativas, hacen que los beneficios esperados requeridos para que la práctica resulte interesante hayan de ser superiores. Por tanto, *a priori*, el establecimiento de un sistema efectivo de reclamaciones de daños y perjuicios debería tener un impacto positivo en la efectividad del sistema de competencia, ya que se reducen los incentivos de las empresas para participar *ex ante* en prácticas prohibidas²².

21 C. Canebley, T. Steinvorth, 'Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?' *Journal of European Competition Law & Practice* (2011) 2 (4).

22 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220.

Sin embargo, una vez las empresas se encuentran ya participando en la práctica, la existencia de un sistema efectivo de reclamación de daños y perjuicios puede por el contrario incluso reforzar el acuerdo colusorio, ya que hará menos atractiva para las empresas la posibilidad de denunciar la existencia del acuerdo ante las autoridades de competencia²³.

La ecuación propuesta por el CEPS²⁴ para el análisis de este último escenario (elementos a considerar por una empresa que ya se encuentra participando en una práctica prohibida en un sistema en que coexisten programas de inmunidad y un sistema efectivo de reclamaciones por daños) es la siguiente²⁵:

$$\frac{p(\pi^c \cdot a - \pi^c \cdot b - f) + (1-p) \cdot \pi^c \cdot a}{1 - \Gamma} \geq \pi^s - \pi^c \cdot b \cdot \beta - f + R$$

Donde:

p = probabilidad de detección e imposición de sanción administrativa

π^c = beneficios totales de la PMA

a = cuota de mercado de empresa A

b = parte de los daños a pagar por la empresa B

β = probabilidad de obtener una condena civil a indemnizar los daños causados

f = multa

Γ = factor de descuento ajustado (probabilidad de que se mantenga la interacción entre los participantes en la PMA)

π^s = beneficios para la empresa A de desviarse de la práctica

R = premio ofrecido por colaborar con la autoridad de competencia

La sección izquierda de la ecuación muestra los resultados (*payoffs*) para las empresas que no deciden solicitar inmunidad. Con una probabilidad p la empresa A será descubierta por las autoridades públicas y obligada a reducir

23 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2, págs. 181-220.

24 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pág 495.

25 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, y C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2, págs. 181-220.

de las ganancias de la participación en el PMA (en su parte correspondiente, estimada en base a su cuota de mercado) la multa impuesta (f) y los daños probables que habrá de compensar en las correspondientes acciones civiles (π^c b β)²⁶. Con probabilidad $(1 - p)$ la PMA no sería descubierta y la totalidad de los beneficios serían obtenidos por la empresa A. Esos beneficios deben ser descontados (multiplicado por $\frac{1}{1 - f}$) para poder ser comparados con los

beneficios inmediatos de abandono de la práctica (π^s) esto es, reducir los precios por debajo de los del acuerdo e incrementando por tanto su cuota de mercado respecto a la de los restantes participantes en la PMA²⁷.

La sección derecha de la ecuación muestra el resultado para las empresas que deciden solicitar inmunidad (asumiendo que desviándose de la conducta colusoria mediante una reducción de precios la empresa sea capaz de ganar cuota de mercado)²⁸.

En las secciones siguientes se describen distintos elementos que tienen una particular incidencia en la decisión de las empresas de solicitar o no inmunidad en caso de que se facilite la interposición de acciones de reclamación de daños y perjuicios.

2.2.2 SOBRE LA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE PRUEBA FACILITADOS A LAS AUTORIDADES PARA SOLICITAR LA INMUNIDAD

La posibilidad de que los elementos de prueba facilitados a la autoridad de competencia por la empresa solicitante de inmunidad puedan ser utilizados por los eventuales demandantes es un riesgo latente que dependerá de las

26 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pág. 495. C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs 181-220.

27 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pág. 495. C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs 181-220.

28 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pág. 496.

reglas que rijan en cada jurisdicción respecto a las posibilidades de acceso a documentos²⁹. Por ejemplo, de forma muy clara, la Comisión Europea, en su muy reciente Propuesta de Directiva sobre reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones de las normas sobre competencia económica señaló que "la eficacia de los programas de clemencia — que constituyen un instrumento muy importante en la aplicación pública de las normas de competencia de la UE — podría verse gravemente comprometida por el riesgo de exhibición de determinados documentos en las demandas por daños y perjuicios interpuestas ante los órganos jurisdiccionales nacionales"³⁰.

Esta ha sido una cuestión muy sensible en distintas jurisdicciones, tanto respecto a la posibilidad de solicitar los documentos por empresas en la propia jurisdicción como por solicitudes provenientes de otras jurisdicciones (siendo un caso paradigmático el de solicitudes por jueces y tribunales estadounidenses de documentos en posesión de la Comisión Europea)³¹.

En cualquier caso y por lo que aquí interesa, el acceso de terceros a la solicitud de inmunidad, en que generalmente se detalla la participación de la empresa solicitante en una determinada práctica altera los incentivos que una empresa determinada pueda tener al valorar la posibilidad de realizar una solicitud de inmunidad.

La razón para ello es que, en caso de que los afectados tuviesen acceso a dichos documentos, podrían basar sobre ellos sus reclamaciones de daños y perjuicios, encontrándose el solicitante de inmunidad en una situación peor

29 Así como de las posibilidades que existan de que, en el contexto de una reclamación de daños y perjuicios, un juez de una determinada jurisdicción requiera a la autoridad de competencia de otra jurisdicción la entrega de los documentos que correspondan. En particular y sobre las solicitudes realizadas por distintos jueces estadounidenses a la Comisión Europea ver A. Caruso, 'Leniency Programs and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission', (2010) *Journal of European Competition Law & Practice* 464. En relación con el impacto de recientes sentencias de Tribunales estadounidenses al respecto ver A. Petrasincu, 'Discovery revisited – the impact of the US discovery rules on the European Commission's leniency programme', (2011) ECLR 362. Para una descripción de la diversidad de normas existentes a este respecto ver ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007, pág. 39.

30 Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final.

31 Ver A. Petrasincu, 'Discovery revisited – the impact of the US discovery rules on the European Commission's leniency programme', (2011) ECLR 362, C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs 181-220, A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* p 9, A. Caruso, 'Leniency Programs and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission', (2010) *Journal of European Competition Law & Practice* 464.

a la de los restantes participantes en la conducta prohibida. En efecto, los eventuales demandantes podrían dirigir sus reclamaciones de daños y perjuicios contra el solicitante de inmunidad sobre la base de los documentos proporcionados por éste a la autoridad de competencia incluso antes de que concluyese el procedimiento de investigación. Dicha solicitud se puede realizar ante los jueces y tribunales que correspondan a la jurisdicción correspondiente a la autoridad de competencia o bien en otra jurisdicción donde los importes a obtener sean superiores (típicamente el caso de la jurisdicción estadounidense)³². Por otra parte y en caso de responsabilidad solidaria de los participantes en la infracción (ver apartado siguiente) los consumidores que hubiesen adquirido bienes o servicios de los restantes participantes en la infracción podrían igualmente reclamar del solicitante de inmunidad las compensaciones que correspondiesen, desincentivando aún más la realización de la solicitud de inmunidad.

2.2.3 SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD CON LOS RESTANTES PARTICIPANTES EN LA PMA

Es habitual en muchas jurisdicciones que los participantes en una PMA sean corresponsables solidariamente de la totalidad de los daños sufridos por los adquirentes de los productos o servicios objeto de la práctica, independientemente de que sean o no clientes del participante a quien reclamen³³. Posteriormente en la mayor parte de los casos dichos participantes podrían ejercitar entre ellos las acciones que les correspondan³⁴. Sin embargo las

32 Sobre esta cuestión y los posibles límites a la concesión de daños triples en estos casos ver A Petrasincu, 'Discovery revisited – the impact of the US discovery rules on the European Commission's leniency programme', (2011) *ECLR* 362.

33 Por ejemplo, de acuerdo con C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 pp 181-220, esta es la regla general en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, en Estados Unidos, esta posibilidad ha sido eliminada, desde 2004 respecto al solicitante de inmunidad, el cual únicamente deberá hacer frente a las reclamaciones por daños (simples) de los adquirentes de sus productos o servicios. La nueva propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre acciones de reclamación de daños y perjuicios parece seguir la misma dirección (ver artículo 11.2 de Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final). Estas cuestiones se mencionarán en mayor detalle en la sección 3.b) i) siguiente.

34 C. Cauffman, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages* (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 pp 181-220. Una notable excepción se da en Estados Unidos, donde el participante en la PMA que haya compensado al adquirente de un producto o servicio adquirido de otro participante en la PMA no podrá reclamar a este el importe indemnizado. Ver *Texas Indus, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451

reclamaciones (y que a diferencia de las sanciones económicas impuestas por las autoridades de competencia, no tienen límites cuantitativos o cualitativos) deberán ser en primer lugar soportadas desde un punto de vista financiero por la empresa a la cual el demandante dirija su reclamación. Esto lleva a que, en muchos casos, los demandantes elijan el participante en la PMA al cual dirigirán su reclamación en base a consideraciones financieras (el demandado potencial con mayores recursos económicos) o bien estratégicas (por ejemplo atacar a competidores del demandado en un mercado distinto)³⁵.

No obstante, en caso de solicitantes de inmunidad se añadiría una consideración adicional, que adquiere una gran importancia práctica: la participación en la infracción del solicitante de inmunidad es evidente desde el primer momento, con lo cual los adquirentes de productos de otras empresas cuya participación en la PMA se encuentra en discusión se dirigirán directamente contra el solicitante de inmunidad incluso antes de la finalización del expediente de investigación. De igual modo, e incluso una vez la autoridad de competencia haya adoptado su decisión final sobre la investigación, los eventuales demandantes podrían ver mucho más atractivo interponer sus reclamaciones contra el solicitante de inmunidad, el cual no podrá discutir los hechos ya admitidos ante la autoridad de competencia.

2.3 EL PARADÓJICO EFECTO PERNICIOSO EN LA REPARACIÓN EFECTIVA DEL DAÑO CAUSADO EN CASO DE QUE UN INCENTIVO A LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS DISMINUYA EL NÚMERO DE SOLICITUDES DE INMUNIDAD

La aplicación pública de las normas contra PMAs tiene un indudable efecto beneficioso en las acciones privadas. Cuando una reclamación privada se basa en una conducta revelada por una acción pública ("follow-on actions")

U.S. 630 (1981).

35 C. Canebley, T. Steinvorth, *Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?* *Journal of European Competition Law & Practice* (2011) 2 (4).

es mucho más sencillo establecer la existencia de una infracción y lograr elementos que permitan cuantificar el daño causado³⁶ que cuando se trata de acciones privadas sin relación con una investigación pública previa (“*stand-alone actions*”)³⁷.

Sin embargo es evidente que si un marco jurídico muy favorable a dichas acciones por daños modificase los incentivos de los participantes en PMAs de forma que estos no realizasen solicitudes de inmunidad, serían las propias acciones privadas y su finalidad de compensación del daño causado quienes se resentirían, pues menos prácticas serían descubiertas y, en consecuencia, menos *follow-on actions* serían posibles.

Por tanto es probable que un marco jurídico que incentive las reclamaciones por daños pueda, paradójicamente, hacer más difícil la reparación efectiva del daño causado³⁸.

En consecuencia, a la hora de diseñar el sistema global, que tenga en cuenta tanto las vías de acción pública como privadas, no se trata tanto de tomar posición por una determinada opción (disuasión general contra compensación del daño causado) como de establecer los mecanismos adecuados (y calibrarlos convenientemente) de modo que ambas finalidades se vean razonablemente cumplidas. A continuación se mencionan ideas, algunas de ellas innovadoras, para lograr ese difícil equilibrio.

3. VÍAS DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS ENTRE LA APLICACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA DE LAS NORMAS SOBRE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

3.1 CUESTIÓN PREVIA: ROL DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA RESPECTO A LAS ACCIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Las autoridades de competencia adoptan distintas posturas respecto a las acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios. Algunas de ellas promocionan las acciones privadas como un método efectivo para lograr una fuente de disuasión adicional y, además, proporcionar reparación efectiva del daño causado. Otras son más renuentes por el potencial impacto que reclamaciones masivas de daños y perjuicios puedan tener tanto en la política de clemencia como (cuando se refieren a acciones *stand-alone*) en la definición de las propias conductas prohibidas³⁹. En este sentido es posible que incluso autoridades que *a priori* consideren necesario establecer un sistema eficaz de reclamaciones por daños y perjuicios, sean reacias a adoptar dichos sistemas (o a limitar su alcance), si van en detrimento de una eficaz aplicación pública de las normas de competencia económica⁴⁰.

Mi sugerencia es que, sea cual sea su postura, por estas razones la autoridad en cuestión no debería ser quien finalmente aprobase el establecimiento de uno u otro sistema. Ello no quiere por supuesto decir que no pueda (y deba) participar del proceso de diseño de mismo, sino que no debería ser ella quien

³⁶ Por ejemplo, duración de la conducta, ámbito geográfico afectado, en algunos casos niveles de precios, etc.

³⁷ W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 pág. 19

³⁸ Aunque también es posible considerar que el efecto disuasorio de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivará en un menor número de conductas prohibidas y, por tanto, en un menor daño global a los consumidores. No obstante aquí nos referimos al daño efectivamente causado a individuos concretos.

³⁹ Ver S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* págs. 367-381, W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 y A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review*.

⁴⁰ Se ha llegado a decir por ejemplo por destacados observadores que en Estados Unidos, la jurisdicción donde indudablemente mayor desarrollo histórico han tenido las acciones privadas, la división antitrust del Departamento de Justicia ve en los últimos tiempos las reclamaciones privadas de daños más como un competidor que como un aliado en la lucha contra las PMAs, tratando, por distintos medios, de limitar su alcance, ver S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* págs. 367-381.

decida cuál debe de ser el sistema aprobado ni, tampoco, quien decida en última instancia qué daños deben de ser compensados⁴¹.

Este potencial conflicto de interés hace que, en mi opinión, soluciones interesantes propuestas recientemente por algunos autores⁴², que señalan que una forma de resolver los posibles conflictos sería la concesión por la propia autoridad de competencia de las indemnizaciones que procedan sobre la base de las sanciones impuestas a los participantes en la PMA, resulten potencialmente problemáticas.

3.2 VÍAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Como se ha señalado en apartados anteriores, la cuestión de si los documentos proporcionados por el solicitante de inmunidad a la autoridad de competencia han de ser proporcionados a los solicitantes de daños y perjuicios es una cuestión problemática para las distintas jurisdicciones que han tratado con ella. En la Unión Europea, la propuesta de Directiva de la Comisión, de forma en absoluto pacífica, plantea que ciertos documentos proporcionados por el solicitante de inmunidad han de recibir protección absoluta⁴³.

41 No obstante si considero apropiada y útil la participación de la autoridad de competencia como *amicus curiae* en procedimientos judiciales para auxiliar al juez en cuestiones relacionadas con la determinación del daño causado.

42 C. Canebley, T. Steinvorh, 'Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?' *Journal of European Competition Law & Practice* (2011) 2 (4). Otras razones por las cuales dicha solución podría ser problemática sería porque: (i) las autoridades de competencia podrían no ser necesariamente las instancias más adecuadas para decidir sobre la concesión de daños y perjuicios a un determinado demandante, siendo ésta una tarea primordial y tradicional de la administración de justicia, (ii) el rol a adoptar por la autoridad de competencia en estos casos tendría un carácter judicial, lo cual podría crear problemas desde un punto de vista institucional en algunas jurisdicciones y, (iii) es muy difícil estimar *a priori* el plus a imponer a los participantes en la PMA para financiar el pago de las indemnizaciones. No obstante, los efectos más interesantes de esa propuesta (y ninguna de sus desventajas) se encuentran en el mecanismo alternativo de compensación propuesto en el apartado 3.b) iv).

43 Ver Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final, artículo 6.1 en que se señala que "1. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las demandas por daños y perjuicios, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de medios de prueba: las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia; y las solicitudes de transacción."

En mi opinión el solicitante de inmunidad no debería encontrarse en una situación peor de la que tendría si hubiese sido otro participante en la práctica quien hubiese revelado la misma a la autoridad de competencia. Por tanto, aquellos documentos voluntariamente remitidos a la autoridad en que el solicitante de inmunidad reconozca expresamente su participación en una práctica (típicamente la solicitud de inmunidad) no deberían en principio ser accesibles a terceros.

Es cierto que dicha solución impone costes adicionales a los solicitantes de compensaciones por daños y perjuicios (que tendrían más fácil establecer la existencia de una infracción si pudiesen basarse directamente en el contenido de la solicitud de inmunidad), y que puede incluso inducir a errores si la infracción no puede establecerse claramente a partir de los documentos disponibles⁴⁴. No obstante, si bien ambas cuestiones pueden ser problemáticas durante el tiempo que dure la investigación por parte de la autoridad de competencia, estas deberían resolverse en el momento en que la autoridad de competencia adopte su decisión final respecto al asunto⁴⁵. En ese momento los afectados podrían plantear sus reclamaciones sobre la base de los elementos (participantes en la práctica, duración, mercados afectados, etc.) recogidos por la autoridad de competencia en su decisión final.

Dicha protección debería extenderse también a aquellos supuestos en que la información sea proporcionada a la autoridad de competencia pero por la razón que sea (no ser el primer solicitante de inmunidad, no cumplir algún requisito de acuerdo con las pertinentes normas en la jurisdicción) la empresa en cuestión no pueda beneficiarse de inmunidad total o parcial⁴⁶.

Esta cuestión vendría a resolver la cuestión planteada en el apartado 2 b) ii) anterior y pone en pie de igualdad a aquellas empresas que hayan solicitado inmunidad respecto a aquellas que no lo hayan hecho⁴⁷. No obstante podría no

44 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007

45 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007

46 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220

47 Por supuesto dicha solución sólo sería parcial en aquellos casos en que los documentos pudiesen ser reclamados en una jurisdicción distinta.

ser suficiente por sí misma para resolver los restantes elementos del conflicto existente entre los programas de inmunidad y las acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios. La razón para ello es que esta medida iguala la situación del solicitante de inmunidad con la de los restantes participantes en la práctica una vez la infracción ha sido revelada por él mismo, pero no actúa sobre el desincentivo que supone para el solicitante de inmunidad la certeza de tener que hacer frente a sustanciales compensaciones por daños y perjuicios como consecuencia de su propia conducta.

3.2.2 LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD O ELIMINACIÓN DE SU RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Otra vía para proporcionar un incentivo a las empresas para que realicen solicitudes de inmunidad en un entorno de acciones efectivas de reclamación de daños y perjuicios sería la limitación de su responsabilidad frente a los demandantes. Dicha limitación podría venir: (i) de una limitación de los daños a indemnizar por el solicitante de inmunidad respecto a aquellos que deban indemnizar los restantes participantes en la práctica (que posiblemente deberían responder también de los daños causados por el solicitante de inmunidad, sin poder repetir contra este los importes satisfechos), o bien (ii) mediante la eliminación de la responsabilidad solidaria del solicitante de inmunidad.

A) LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE SOLICITANTE DE INMUNIDAD

Una primera opción sería la de limitar las posibles acciones que podrían ejercitarse por quienes hayan sufrido un daño causado por el solicitante de inmunidad. En dicho escenario la finalidad de reparación del daño causado se vería totalmente frustrada, dado que los adquirentes de productos o servicios del solicitante de inmunidad no verían compensado el daño sufrido, lo cual será generalmente contrario a principios fundamentales del sistema jurídico que pretenda adoptar esta vía.

La solución natural a este problema es la de impedir las acciones de responsabilidad frente al solicitante de inmunidad pero permitir que quienes hayan

adquirido productos o servicios de éste, dirijan sus acciones (por la cuantía total de los daños sufridos) contra los restantes participantes en la práctica, sin que estos puedan a su vez repetir contra el solicitante de inmunidad. Esta solución debería permitir la compensación del daño causado salvo que las restantes empresas queden en situación de insolvencia⁴⁸. No obstante, esta solución podría resultar conflictiva en tanto en cuanto: (i) las restantes empresas estarían compensando un daño que no ha sido causado por ellas (lo cual puede ser especialmente injusto en caso de que gran parte del daño hubiese sido efectivamente causado por el solicitante de inmunidad); y (ii) si no existiesen mecanismos de redistribución de las compensaciones entre los restantes participantes el resultado final podría ser materialmente injusto⁴⁹ y contrario a principios de igualdad⁵⁰.

La opción inversa, consistente en permitir únicamente la inmunidad en caso de que haya existido una cierta reparación del daño causado por parte del participante en la PMA se expresa en las directrices del Departamento de Justicia de los Estados Unidos⁵¹.

Estos mecanismos aumentan la diferencia entre la posición del solicitante de inmunidad y las empresas que no colaboren con la autoridad de competencia. Los beneficios de mantener la conducta colusoria se ven disminuidos, ya que es necesario tener en cuenta una mayor exposición a reclamaciones por daños (debiendo satisfacer aquellos que debiera haber indemnizado el solicitante de inmunidad) mientras que se aumentan los beneficios de colaborar con la autoridad de competencia, ya que el solicitante de inmunidad obtiene protección no solo en relación con la imposición de la multa sino también protección respecto a las eventuales reclamaciones de daños⁵².

48 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220.

49 W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 p 31

50 Por ejemplo los adquirentes de productos o servicios del solicitante de inmunidad podrían dirigir sus reclamaciones contra uno de los participantes en la PMA, el cual, si no estuviese habilitado para repetir la reclamación contra los restantes participantes se encontraría en una situación materialmente injusta., pues soportaría él sólo carga de la indemnización total de los daños y perjuicios causados por las otras empresas copartícipes en la infracción.

51 No obstante en Estados Unidos se limitan los daños a indemnizar por parte del solicitante de inmunidad (daños simples en lugar de triples). Respecto a la situación en la UE ver W.P.J. Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 *Competition Law Review* 1 (2009) . pág. 24

52 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition*

B) ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD RESPECTO A LOS RESTANTES PARTICIPANTES EN LA PRÁCTICA PROHIBIDA

Una segunda posible limitación a la responsabilidad del solicitante de inmunidad podría venir no por la eliminación de su deber de compensar a aquellos a quienes ha provocado un daño sino por la eliminación de su responsabilidad solidaria respecto a los restantes participantes en la infracción. Esta vía ha sido seguida en Estados Unidos a partir de 2004⁵³ y es la solución propuesta por la Comisión Europea en su reciente Propuesta de Directiva⁵⁴.

En estos supuestos el solicitante de inmunidad únicamente debería hacer frente a las reclamaciones por daños y perjuicios provocados a sus clientes.

Esta posibilidad concede una doble ventaja al solicitante de inmunidad respecto a los restantes participantes en la práctica: (i) en primer lugar una ventaja procesal, ya que no se le requerirá abonar compensaciones para cuyo resarcimiento debería a su vez dirigirse contra los restantes participantes en la práctica y (ii) le concede una ventaja en caso de insolvencia total o parcial de alguno de los participantes en la PMA, ya que el solicitante de inmunidad sería el único entre ellos que no debería hacer frente al riesgo financiero⁵⁵.

Desde el punto de vista de su impacto en el equilibrio colusorio, la eliminación de la responsabilidad solidaria del solicitante de inmunidad incrementa ligeramente los beneficios de denunciar la existencia de la práctica y colabo-

law Review, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220. Como señala Cauffman el efecto de estos mecanismos es claramente desestabilizador respecto a los acuerdos en funcionamiento. No obstante podría plantearse si no reduce la disuasión ex ante ya que algunas empresas pueden considerar ser parte en acuerdos sabiendo que en caso de colaboración los riesgos potenciales pueden ser contenidos mediante una solicitud de inmunidad. Sin embargo, dado que se aumenta la inestabilidad del acuerdo es posible que la empresa en cuestión tema no llegar a tiempo a realizar su solicitud de inmunidad, lo cual puede a su vez reducir los incentivos para comenzar su participación en la práctica. Es por ello importante reservar la posibilidad de conceder inmunidad únicamente a quien la solicite en primer lugar y, en su caso, antes del inicio de la investigación del acuerdo por las autoridades de competencia.

53 Ver apartado 213(a) de la Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004.

54 Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final, artículo 11.2.

55 C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220.

rar con las autoridades de competencia, lo cual incrementa la probabilidad de detección y disuasión. Esto permitiría aumentar la compensación a los consumidores afectados. No obstante, aumentaría el riesgo de que alguna de esas víctimas no recibiese compensación debido a la insolvencia de los participantes en la conducta prohibida distintos al solicitante de inmunidad.⁵⁶

En mi opinión esta es una opción interesante, que por una parte combina un incentivo para el solicitante de inmunidad respecto a los restantes participantes en la práctica prohibida con una adecuada reparación del daño causado a los adquirentes directos o indirectos de los productos ofrecidos por el solicitante de inmunidad durante el periodo en que existió la infracción. Los riesgos hipotéticos asociados a la eventual falta de compensación de los adquirentes de empresas distintas al solicitante de inmunidad debido a la insolvencia de las mismas podrían ser mitigados con una solución como la propuesta por la Comisión Europea en su reciente propuesta de Directiva⁵⁷ y por la OFT del Reino Unido en 2007, en que se propone la eliminación de la responsabilidad solidaria del solicitante de inmunidad salvo en el caso de que las restantes empresas no tuviesen recursos económicos suficientes para conceder íntegras las compensaciones debidas⁵⁸.

3.2.3 ESCENARIOS EN CASOS DE DAÑOS EJEMPLARIZANTES

En el caso de escenarios donde existan daños ejemplarizantes existe un cierto margen de maniobra adicional. Dicho margen ha sido utilizado en Estados Unidos para, a partir de 2004, eliminar la posibilidad de exigir daños triples (*treble damages*) respecto al solicitante de inmunidad en caso de que el tribunal que corresponda estime que dicha empresa ha cooperado con los

56 Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, págs. 517-529 y 532.

57 Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final, artículo 11.2, que tiene la siguiente redacción "Los Estados miembros garantizarán que las empresas a las que una autoridad de competencia haya concedido la dispensa del pago de multas en el marco de un programa de clemencia solo sean responsables frente a las partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores directos o indirectos cuando dichas partes perjudicadas muestren su incapacidad para obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción de la normativa de competencia."

58 OFT, *Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Discussion paper, abril 2007, OFT 916, n° 7.18-7.19.

demandantes en sus acciones de reclamación contra los restantes participantes en la práctica.

Esta solución permite conciliar por una parte, un enorme efecto disuasorio de las acciones por daños y perjuicios (triples) permitiendo no obstante la existencia de una ventaja del solicitante de inmunidad (obligado únicamente al pago de daños simples), con la compensación por el solicitante de inmunidad de los daños efectivamente causados a los consumidores.

No obstante, este tipo de compensaciones únicamente parece haber sido utilizada en la práctica en Estados Unidos⁵⁹, y no es evidente que otros sistemas que basan principalmente su capacidad disuasoria en la imposición de multas administrativas puedan seguir dicha vía sin riesgo de caer en sanciones o cargas excesivas para las empresas que vayan más allá de lo necesario para el buen funcionamiento del sistema y pongan en serio riesgo la supervivencia misma de la mayor parte de las empresas que participen en una conducta prohibida⁶⁰.

En todo caso, dicha limitación de los daños ejemplarizantes únicamente será concedida en Estados Unidos cuando el solicitante de inmunidad coopere activamente con los demandantes de daños en sus reclamaciones contra los restantes participantes de la práctica prohibida proporcionándoles la información y documentos potencialmente relevantes para el inicio de sus reclamaciones⁶¹.

59 De acuerdo con ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007 p. 9 otras jurisdicciones conceden discrecionalidad al juez para conceder o no este tipo de indemnizaciones, no obstante no parecen ser muy utilizadas. Esta idea no se incluyó en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea respecto al sistema a establecer en la Unión Europea. Sin embargo fue estudiada (daños dobles en lugar de triples) por la Comisión Europea en los trabajos preparatorios (ver C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 2 págs. 181-220).

60 Se suele considerar que las sanciones impuestas por las autoridades estadounidenses son muy inferiores a aquellas impuestas por la Comisión Europea. No obstante, en Estados Unidos las empresas suelen hacer frente a demandas de reclamación de daños y perjuicios por importes que multiplican muchas veces el importe de la sanción administrativa.

61 Ver ICN *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007, pág. 42, A.P.Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review*.

3.2.4 DISEÑO Y EMPLEO DE UN MECANISMO ALTERNATIVO DE COMPENSACIÓN

El mecanismo innovador que se plantea a continuación podría evitar los distintos obstáculos mencionados en la sección 2 sustituyendo a los mecanismos mencionados en los apartados precedentes. Este mecanismo introducirá, sin perjudicar al derecho de las partes afectadas a obtener una compensación del daño causado, un incentivo adicional para el solicitante de inmunidad, produciendo así una mayor inestabilidad en los acuerdos colusorios, lo cual debería redundar en un mayor número de solicitudes de inmunidad, un mayor efecto de disuasión de la aplicación pública de las normas de competencia y la concesión de una cifra global superior de compensaciones por daños a las partes afectadas por la existencia de PMAs.

El diseño de los distintos elementos que integran el mecanismo propuesto sería el siguiente:

A) CREACIÓN DE UN FONDO ESPECIAL, DOTADO CON CARGO A LOS IMPORTES RECAUDADOS POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA A TRAVÉS DE LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LAS EMPRESAS QUE INFRINJAN LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Los importes recaudados por la autoridad de competencia como consecuencia de la imposición de sanciones administrativas a los participantes en una PMA se incluyen en un fondo especial bajo el control de la autoridad de competencia u otra institución pública. Dicho fondo puede ser un fondo especial para cada uno de los expedientes o bien un fondo global en que se incluyan las multas recaudadas por la autoridad de competencia en todos los procedimientos administrativos⁶².

62 Una opción a valorar (dependiendo, entre otros elementos, de la suficiencia o no de los importes recaudados a través de los procedimientos contra PMAs) sería la posibilidad de integrar en dicho fondo los importes correspondientes a todas las sanciones económicas impuestas por la autoridad de competencia en aplicación de las distintas normas sobre competencia económica (no sólo sobre PMAs).

B) POSIBILIDAD DE SATISFACCIÓN POR EL FONDO ESPECIAL DE LOS AFECTADOS POR LA CONDUCTA DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD CUANDO UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL ESTABLEZCA SU DERECHO A SER COMPENSADOS.

Aquellos terceros afectados por la participación del solicitante de inmunidad en la práctica podrían obtener reparación del fondo especial cuando exista una resolución judicial que establezca su derecho a la reparación del daño causado. A fin de poner en pie de igualdad a los afectados por el solicitante de inmunidad con los afectados por las restantes empresas en principio dichas reclamaciones deberían poder basarse en la resolución administrativa que ponga fin al expediente y por la que se impongan multas a los distintos participantes en la práctica prohibida. Sería posible no obstante (en particular en caso de que se tratase de un fondo global)⁶³, que pudiesen basarse sobre los elementos proporcionados con anterioridad a la autoridad de competencia por el solicitante de inmunidad.

C) LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD (POSIBLE EXCEPCIÓN EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA DE LOS RESTANTES PARTICIPANTES EN LA PRÁCTICA PROHIBIDA).

La responsabilidad del solicitante de inmunidad (y, por tanto, la afectación de los recursos de la cuenta especial) se limitarían a los daños directamente producidos por el solicitante de inmunidad, excluyéndose por consiguiente su responsabilidad solidaria con los restantes participantes en la PMA. No obstante, y a fin de asegurar en todo caso que dicha limitación impida el resarcimiento de los daños sufridos por los clientes de los restantes participantes en la práctica prohibida, en el caso excepcional de que todos ellos se encontrasen en situación de insolvencia, el fondo podría compensar la parte de la compensación que no hubiese podido ser abonada por las empresas insolventes.

⁶³ En caso contrario el derecho de los afectados a ser resarcidos podría existir antes de que el fondo hubiese recibido recursos suficientes para satisfacer las distintas compensaciones. Este sería el caso si los importes afectados al fondo fuesen únicamente los de las sanciones administrativas recaudadas en el marco del expediente en cuestión. Si se tratase de un fondo global para todos los importes recaudados en procedimientos sancionadores contra PMAs (o por incumplimiento de otras normas de competencia económica) esta cuestión no debería ser problemática.

D) INCLUSIÓN DE UN FACTOR DE CORRESPONSABILIDAD POR PARTE DEL SOLICITANTE DE INMUNIDAD

Se introduce un cierto factor de corresponsabilidad del solicitante de inmunidad en las indemnizaciones a abonar por el fondo especial. La razón principal para ello es garantizar que el solicitante de inmunidad ejerza sus derechos de defensa del mismo modo en que lo haría si le correspondiese a él el abono de las correspondientes indemnizaciones (evitando el abono de indemnizaciones sin mérito alguno). Este factor de corresponsabilidad introduce flexibilidad en el sistema, ya que el porcentaje de corresponsabilidad podría modificarse según los resultados que vaya ofreciendo el mecanismo.

E) CRÍTICA DEL MECANISMO PROPUESTO

Estos serían los cuatro elementos fundamentales del mecanismo a diseñar. En mi opinión este sistema combinaría: (i) la creación de los máximos incentivos para las empresas para desviarse de las conductas prohibidas y solicitar inmunidad con (ii) la seguridad en todo caso de reparación del daño causado por las prácticas prohibidas.

Por supuesto, este mecanismo podría ser inicialmente acogido con cierta reticencia por el Estado en cuestión, ya que los importes recaudados como consecuencia de las sanciones económicas normalmente suelen destinarse como ingreso en los presupuestos públicos. No obstante, es necesario señalar tres cuestiones a este respecto. En primer lugar, las sanciones por infracciones de competencia económica no suelen tener carácter recaudatorio, sino que su finalidad es la de prevención de las conductas prohibidas. En segundo lugar, si este sistema funcionase, es de esperar que se revelase un mayor número de prácticas, lo cual conduciría posiblemente a una mayor recaudación global. Finalmente, la inclusión del factor de corresponsabilidad (aunque esta no sea su función principal) permite minorar la merma de ingresos públicos.

Cabría plantearse no obstante si el establecimiento de este mecanismo no resultaría en un incentivo para la correspondiente autoridad de competencia para imponer mayores sanciones a los restantes participantes en la PMA. Sin embargo, esta es una preocupación puramente hipotética y, podría argumen-

4. CONCLUSIÓN

tarse, si la finalidad de las sanciones económicas es la disuasión de las PMAs, no tendría por qué verse de forma necesariamente negativa la adición de un cierto margen para el funcionamiento del nuevo sistema, cuya finalidad es, además de la prevención, la compensación de los daños causados.

Una cuestión interesante es el efecto reputacional para la autoridad de competencia (o quien administre el fondo) que tendría el ser quien efectivamente conceda indemnizaciones a los afectados por la práctica. Es muy probable que la percepción que los consumidores, y la sociedad en general, tengan de dicha autoridad y de las normas de competencia en general, mejore sustancialmente. Este efecto beneficioso podría generar un círculo virtuoso en el cual la sociedad tome conciencia de la importancia de las normas de competencia económica y los consumidores y empresas se muestren más vigilantes con la existencia de posibles conductas anticompetitivas (con lo cual se aumenta el efecto disuasorio de dichas normas, mejorando la probabilidad de detección de las posibles infracciones).

Por supuesto el fondo especial únicamente serviría para compensar aquellos daños que debiesen indemnizarse de acuerdo con la legislación del Estado en cuestión. Esto puede crear situaciones problemáticas en aquellos casos de PMAs regionales o globales ya que en tal caso los incentivos del solicitante de inmunidad pueden verse reducidos. No obstante esta es una cuestión común a las soluciones que han sido adoptadas en otras jurisdicciones (ver apartados precedentes), por lo cual no debería resultar en detrimento de esta opción frente a otras.

Los sistemas de normas sobre competencia económica responden a distintos fines, siendo particularmente significativos los de la prevención de las conductas prohibidas y la de compensación del daño causado como consecuencia de las mismas. La aplicación por las autoridades públicas de estas normas es particularmente útil para la consecución de la finalidad de prevención, mientras que su aplicación privada es idónea para lograr la finalidad de restitución de los daños y perjuicios causados.

Existe no obstante un conflicto, real o potencial entre la persecución de PMAs por parte de la autoridad pública mediante programas de inmunidad (que se han revelado como una herramienta fundamental para la detección de dichas prácticas) y las acciones de reclamación por daños y perjuicios. Estas últimas pueden tener un efecto disuasorio en las solicitudes de inmunidad si no se crean los mecanismos oportunos y el sistema no se encuentra, de forma global, correctamente calibrado. Además de ir en detrimento de la aplicación pública de las normas de competencia económica, un efecto negativo en las políticas de inmunidad sería en última instancia perjudicial para la efectiva compensación de los daños causados, pues menos prácticas serían descubiertas por la acción pública.

En esta contribución se detallan los distintos mecanismos que han sido utilizados en distintas jurisdicciones para tratar de limitar este problema (limitación de acceso a los documentos proporcionados por el solicitante de inmunidad, limitación de la responsabilidad de este respecto a los restantes participantes en la práctica y/o de su responsabilidad solidaria tanto en el caso de daños "simples" como de daños "ejemplarizantes"). No obstante, ninguno de estos mecanismos parece estar totalmente exento de problemas. Será interesante observar cuál es la evolución del sistema en Estados Unidos, jurisdicción donde la aplicación privada de las normas de competencia económica ha tenido tradicionalmente una importancia primordial, pero que en los últimos tiempos está adoptando medidas distintas para no poner en peligro su política de inmunidad, cada vez más exitosa. También será importante observar cuales son las normas finalmente adoptadas en la Unión

REFERENCIAS

Europea respecto a las reclamaciones de daños y perjuicios y cuál será su impacto sobre las políticas de inmunidad.

Adicionalmente a los sistemas adoptados en estas jurisdicciones para soslayar el conflicto, esta contribución detalla un mecanismo totalmente innovador que en principio permite conciliar a la perfección los objetivos divergentes de la aplicación pública y privada de las normas de competencia económica sobre PMA. El mecanismo propuesto estaría basado en la creación de un fondo, dotado con cargo a las sanciones administrativas impuestas por la autoridad de competencia a las empresas que participen en una PMA (con la excepción del solicitante de inmunidad). Dicho fondo resarciría parcialmente a los damnificados por la conducta del solicitante de inmunidad cuando un juez determinase la existencia de un daño indemnizable de acuerdo con los criterios generales. El resto de la indemnización debería ser abonado por el propio solicitante de inmunidad en un cierto factor de corresponsabilidad que podrá ser modulado de acuerdo con los resultados que vaya ofreciendo el nuevo sistema.

Las reclamaciones por daños y perjuicios en materia de competencia económica constituyen todo un desafío para las jurisdicciones que, como la mexicana, deseen potenciarlas. El conflicto que se describe en esta contribución constituye, probablemente, uno de los mayores (aunque no el único) por lo que se refiere a la aplicación de las normas sobre PMA. La solución al mismo debe conciliar diferentes objetivos, prevención de las conductas prohibidas y revelación de las mismas (objetivos primordiales de la aplicación pública de las normas sobre competencia económica con la reparación del daño causado a los consumidores (objetivo primordial de la aplicación privada). La tarea es sin duda difícil, pero no debería ser imposible mediante una juiciosa y flexible utilización por el legislador de los mecanismos aquí descritos.

A) LIBROS Y ARTÍCULOS

- S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010.
- C. Canebley, T. Steinworth, Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions? (2011) *Journal of European Competition Law & Practice* 2 (4).
- A. Caruso, 'Leniency Programs and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission', (2010) *Journal of European Competition Law & Practice* 464.
- C. Cauffman, 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages' (2011) 7 *The Competition Law Review* 2.
- Center for European Policies Studies, Erasmus Universiteit Rotterdam and Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007.
- F.H. Easterbrook, 'Detrebling Antitrust Damages' (1985) 28 *Journal of Law & Economics* 445.
- J Green & I McCall, 'Leniency and civil claims', (2009) 3 *Competition Law Insight* 5.
- S.D Hammond, 'Cornerstones of an effective leniency program' artículo presentado ante the ICN Workshop on Leniency Programs Sydney, Australia, 22-23 noviembre, 2004.
- C. Harding and J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Economic Delinquency*, Oxford, OUP, 2003.
- C. Hodges, 'Competition enforcement, regulation and civil justice:

what is the case?', (2006) 43 CMLRev 5..

- L. Kaplow, C. Shapiro, *Handbook of Law and Economics (vol.2)*, 2007, Elsevier.
- A. P. Komninos 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?' (2006) 3 *The Competition Law Review* 5.
- M. Motta, *Competition Policy*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge.
- L. Ortiz Blanco (ed), *EU Competition Procedure* (3rd ed), 2013, Oxford University Press.
- J.M. Panero Rivas 'Criminalisation of EU Competition Law Enforcement: the Long and Winding Road' en *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (vol. 11) Dykinson, 2013 págs 137-187.
- J.M Panero Rivas 'Commission Proposal for a Directive on actions for damages revealed – tout pour le peuple, rien par le peuple?', (2013) King's Students Law Review (blog series).
- A Petrasincu, 'Discovery revisited – the impact of the US discovery rules on the European Commission's leniency programme', (2011) ECLR 362.
- A Riley, 'The Modernization of EU Anti-cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?', (2010) ECLR 195.
- S.W. Waller, 'Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law', (2006) *World Competition* 367.
- W.P.J. Wils, "Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged?" en W.P.J. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, 2005 págs.111-127.
- W.P.J. Wils, The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, (2009) 32 *Competition Law Review* 1.

B) MATERIALES LEGISLATIVOS Y FUENTES INSTITUCIONALES

- Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, de 11 de junio de 2013, COM(2013) 404 final
- Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. DO 13.6.2013 C 167/19
- Comisión Europea (Documento de trabajo de los servicios de la Comisión) *Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, SWD(2013) 205, 11.6.2013
- Comisión Europea (Documento de trabajo de los servicios de la Comisión) *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2008) 165 final}*.
- ICN, *Interaction of Public and Public Enforcement in Cartel Cases*, 2007.
- OFT, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Discussion paper, April 2007, OFT916,
- US Sherman Act (1890) 15 USC.
- US Clayton Act (1914), 15 USC.
- US Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (2004)

G) JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia de la High Court of Justice of England and Wales de 19 de Octubre de 2007 en el asunto *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2011 en el asunto C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] Rec. I-6297.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2006 en asuntos acumulados C-295 a 298/04 *Manfredi* [2006] Rec. I-6619.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2011 en el asunto C-360/09 *Pfleiderer* [2011] Rec. I-5161.
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 17 de junio de 1968 en el asunto *Hanover Shoe v United Shoe Machinery*, 392 US 481 (1968).
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América de 9 de junio de 1977 en el asunto *Illinois Brick v Illinois*, 431 US 720 (1977).
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, de 26 de mayo de 1981 en el asunto *Texas Indus., Inc. v Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).