

## LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST Y LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA \*

Ingrid Ortiz Baquero<sup>1</sup>

**SUMARIO.** II. Parte: LA TRASGRESIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA COMO FUNDAMENTO de la RESPONSABILIDAD CIVIL. 1. La responsabilidad por ilícitos concurrenciales: elementos estructurales. 1.1. La realización de un ilícito antitrust. 1.2. Los daños resarcibles. 1.3. La relación causal. 1.4. El fundamento de la imputación. 2. LOS CAUCES DE LA RECLAMACIÓN Y ASPECTOS PROCESALES CONEXOS. 2.1. Acciones legales. 2.2. Los sujetos activos de la reclamación. 2.3. Los sujetos pasivos de la demanda de responsabilidad. 2.4. La coordinación de la política de clemencia con los procesos de responsabilidad civil por daños derivados de ilícitos antitrust. 2.5. La regulación de las demandas de responsabilidad en el Derecho Internacional Privado. CONCLUSIONES.

### II. PARTE: LA TRASGRESIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL<sup>2</sup>

Como consecuencia de la atribución a los jueces nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) de la competencia para aplicar en forma directa los arts. 81 y 82 del TCE, el tema de la responsabilidad derivada de ilícitos antitrust ha adquirido mayor

---

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 4 de abril de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de junio de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente cursando el doctorado en Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>2</sup> Cuando se redactó el presente artículo, la Comisión Europea trabajaba en la elaboración de un Libro Blanco (LB) sobre el tema, teniendo como base los comentarios, sugerencias y observaciones presentadas al contenido del Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, por parte de los Estados y de instituciones públicas y privadas. El trabajo sigue, en términos generales, el debate contenido en el Libro Verde y presenta las distintas alternativas que en su momento la Comisión sometió a debate, entre ellas por ejemplo, las relativas al régimen de responsabilidad, los mecanismos de compensación a las víctimas de ilícitos antitrust y la necesaria coherencia entre el programa de clemencia y el régimen de responsabilidad. Al momento de la publicación del presente artículo, la Comisión ya ha dado a conocer el LB (COM(2008) 165 final de 2.4.2008), por lo que cabe advertir al lector que en cada uno de los puntos aquí tratados deberá remitirse a las conclusiones expuestas en tal documento, el cual se encuentra disponible para consulta en la siguiente dirección: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages> y cuya lectura -según sugerencia de la Comisión- debe realizarse en relación con dos documentos más: (i) El documento de trabajo de los servicios de la Comisión y (ii) El informe de evaluación de impacto.

relevancia e interés, a tal punto que en la actualidad se está discutiendo la que sería una futura reglamentación del tema en el ámbito comunitario.

La experiencia Norteamericana y la mayor conciencia de los individuos sobre la importancia de las normas económicas en el desarrollo de su actividad privada y en el bienestar general, también han contribuido al reciente desarrollo del tema y a la creciente preocupación de la doctrina por aprovechar los aspectos positivos del modelo Norteamericano, sin desconocer los principios que siguen los regímenes del modelo continental Europeo ni tener que adoptar una cultura de exaltación de la litigiosidad.

Dada la progresiva importancia del tema y el grado dispar de desarrollo de éste en los distintos Estados de la UE, la Comisión encargó la elaboración de un estudio para conocer la forma en que se tramitaban las reclamaciones de los daños y perjuicios derivados de la vulneración de las normas de libre competencia en los diferentes Estados comunitarios, con el fin de identificar los principales obstáculos, problemas y conflictos del desarrollo del tema en el ámbito local y/o nacional. El estudio denominado “*study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*”, elaborado por la consultora Ashurst y presentado el 31 de agosto de 2004<sup>3</sup>, “(...) contiene un muy detallado Comparative Report realizado sobre la base de 25 informes nacionales en los que se expone la situación en cada uno de los Estados miembros (no sólo en relación con infracciones de las normas comunitarias de competencia, sino también de las normas nacionales) (...). **Los autores del Comparative Report concluyeron que la reclamación de daños derivada de infracciones de las normas de defensa de la competencia presenta en EU una notable falta de armonización y un total «subdesarrollo» que se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho de que, según los datos de los informes nacionales en la UE sólo en 60 casos se ha interpuesto una demanda por daños derivados de infracciones de las normas de competencia: en 12 casos el fundamento eran normas comunitarias (desde su entrada en vigor en 1952 con el Tratado de la CECA) en 36 casos, las normas nacionales, y en 6, ambas normas**”<sup>4</sup> (Negritas fuera de texto).

A partir de las observaciones del Informe Ashurt, además del estado de subdesarrollo del tema en el ámbito comunitario<sup>5</sup>, se estableció la carencia de una regulación sobre los cauces tanto sustanciales como procesales que podrían facilitar las reclamaciones de

---

<sup>3</sup> El contenido completo del estudio puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/study.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html)

<sup>4</sup> M<sup>a</sup>. P. BELLO MARTÍN-CRESPO. “Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor - ADI-*. Madrid-Barcelona: Coedición Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, 2006, p.399.

<sup>5</sup> Sobre las causas del subdesarrollo del tema de aplicación privada de las normas de libre competencia puede verse N. KROES. “Damages actions for breaches of EU competition rules: realities and Potentials”, Speech/05/613, el cual puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. quien haciendo referencia al informe contratado destacó: “*These include uncertainty as to ability to prove the infringement, given that most of the evidence is usually in the hands of the defendant. Uncertainty as to the result of an action in court , combined with the risk of havin to bear all costs that are related to the procedures if one losses the case, is probably one of the main reasons why potential plaintiffs decide against going to court , even when they have a good case*”.

este tipo de daños y, en consecuencia, la necesidad de trabajar sobre estos aspectos a fin de contribuir a la construcción de un sistema de aplicación privada de las normas antitrust por la vía de la reclamación de los daños y perjuicios.

Considerando lo anterior, la Comisión publicó el día 19 de diciembre de 2005, el Libro Verde sobre *“Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*<sup>6</sup> (en adelante LV), a través del cual invitó a todos los interesados (gobiernos, empresas y organismos públicos y privados), a formular comentarios y observaciones sobre los distintos aspectos de la responsabilidad por ilícitos antitrust<sup>7</sup>.

Agotado el plazo establecido para la presentación de observaciones al LV<sup>8</sup>, la Comisión emprendió el trabajo de elaborar un Libro Blanco sobre la materia, cuya publicación se ha producido el día 2 de abril de 2008 y cuyo contenido se encuentra abierto para comentarios hasta el 15 de julio de 2008<sup>9</sup>. A través del Libro Blanco se presentan las conclusiones obtenidas del análisis a los comentarios y observaciones recibidas así como las propuestas de políticas y medidas regulatorias que pueden facilitar la reclamación de los daños derivados de las infracciones de las normas de libre competencia.

En los numerales que siguen se analizan los distintos elementos estructurales de la responsabilidad civil en el ámbito de los comportamientos contrarios a las normas de libre competencia, teniendo en cuenta para ello, los interrogantes y cuestionamientos planteados en el LV y las alternativas que se han incluido en el mismo como posibles modelos de la sería regulación del tema en el contexto comunitario. En cuanto se refiere a los ordenamientos español y colombiano, además de las normas de libre competencia, se tendrán en consideración las relativas a la responsabilidad civil de carácter extracontractual.

---

<sup>6</sup> Comunicación (2005) 672 final, del 19.12.2005 que puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#greenpaper>

<sup>7</sup> Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (en adelante LV): *“1.3 Objetivos. El objetivo del presente Libro Verde y del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión es señalar los principales obstáculos a un sistema más eficaz de indemnizaciones por daños y perjuicios y fijar distintas opciones de reflexión y posible acción para mejorar la reparación de estos daños tanto en las acciones “de seguimiento” o derivadas (por ejemplo, casos en los que se interpone la acción civil después de que una autoridad de competencia haya constatado una infracción) como en acciones independientes (es decir, acciones que no son consecuencia de una constatación previa de infracción por parte de una autoridad responsable de la competencia)”*.

<sup>8</sup> El plazo para presentar observaciones se agotó el día 26 de abril de 2006.

<sup>9</sup> El texto completo del documento disponible en español puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages>. También se puede acceder al documento de trabajo de los servicios de la Comisión y al informe de evaluación de impacto, lo cuales –según lo sugiere la Comisión- deben acompañar la lectura del LB.

## 1. LA RESPONSABILIDAD POR ILÍCITOS CONCURRENCIALES: ELEMENTOS ESTRUCTURALES<sup>10</sup>.

El principio en materia de responsabilidad civil es siempre el mismo, quien causa un daño debe repararlo.

El escenario de los comportamientos antitrust no es la excepción al principio anterior, ello hace que los elementos estructurales de la responsabilidad civil sean los generales y que las particularidades vengan dadas por las normas de libre competencia<sup>11</sup>. En el terreno práctico, son las partes y los jueces quienes tienen a su cargo el deber de realizar un proceso de adaptación de los principios o reglas generales de la responsabilidad civil a las situaciones concretas que derivan de los comportamientos anticompetitivos, respetando eso sí, en el curso de la adaptación, el contenido y los fines de la normativa antitrust<sup>12</sup>.

Aceptado lo anterior, lo primero que se debe establecer es la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de los ilícitos antitrust. Al respecto, hay quienes consideran que esta responsabilidad es siempre de naturaleza extracontractual, ya que los acuerdos celebrados en contravención a las normas de libre competencia son nulos de forma absoluta y por tanto no generan ningún tipo de obligación entre las partes<sup>13</sup>, por lo que las víctimas (competidores, contratantes y/o terceros) no cuentan con ningún vínculo anterior y válido que pueda justificar una responsabilidad fundada en una relación negocial preexistente al momento de la ocurrencia del daño<sup>14</sup>. El problema de esta teoría es que

---

<sup>10</sup> También en la página Web cuya dirección aparece en la nota anterior, pueden consultarse las más importantes decisiones de los órganos judiciales comunitarios en materia de responsabilidad por ilícitos antitrust. Además, la Comisión deja abierta la posibilidad de notificar cualquier decisión sobre la que se tenga conocimiento con el fin de actualizar esta base de datos.

<sup>11</sup> F. L. DE LA VEGA GARCÍA. Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, Resarcimiento del daño causado al competidor*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 56 y 57 “la responsabilidad civil por daños causados por actos de concurrencia ilícitos no debe ser considerada, por tanto, como una sanción propia del Derecho de la Competencia, es una consecuencia jurídica que deriva de un comportamiento realizado en un ámbito de mercado con finalidad concurrencial y que tiene como elemento normativo de carácter esencial y primario a las normas de la responsabilidad civil, dejando en un segundo plano la ordenación jurídica de la actividad concurrencial (...)”. Este autor utiliza la expresión “ilícito concurrencial” para referirse no sólo a la infracción de las normas de defensa de la competencia sino además, a los actos de competencia desleal y la infracción de las normas sobre marcas y patentes. No obstante esta precisión, las consideraciones que se transcriben resultan plenamente aplicables al objeto de nuestro estudio.

<sup>12</sup> *Ibíd.* p. 85 “(...) incorporar un sistema general como el de la responsabilidad civil a un determinado ámbito socioeconómico y jurídico implica una necesaria adecuación jurídica. En este sentido, la concurrencia de los elementos esenciales de toda acción de responsabilidad civil en un contexto de lucha concurrencial deriva en que los principios ordenadores de éste exijan una adecuación que permita una integración eficaz y adecuada del sistema de la responsabilidad civil (integración de su contenido esencial). Sólo así podría ser alcanzado un equilibrio entre los criterios que informan las conductas realizadas en un determinado ámbito jurídico y el derecho a obtener una reparación del daño causado en aquel contexto”.

<sup>13</sup> F. PEÑA LÓPEZ. *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil, Granada (España): Comares, 2002, pp 213 a 217.

<sup>14</sup> En contra de esta consideración V. MARTÍNEZ MULERO. “Defensa de la Competencia y Daños”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2005, No. 255, enero-marzo, p. 124, quien afirma: “(...) A este respecto la determinación del carácter contractual o extracontractual de la correspondiente acción de resarcimiento dependerá de la posición que el sujeto perjudicado ocupe respecto del operador económico susceptible de ser

sus argumentos sólo resultan válidos si estamos frente a un acuerdo restrictivo y sólo en cuanto el acuerdo afecte la validez íntegra del contrato, si subsiste una parte del contrato y por tanto la relación entre las partes, se caerían los argumentos esbozados.

Para quienes consideran que en los casos de ilícitos antitrust también cabe alegar la existencia de una responsabilidad de carácter contractual, tanto si se trata de acuerdos restrictivos como si estamos frente a situaciones de abuso de posición dominante<sup>15</sup>, lo importante es que la restricción de la competencia afecte un vínculo preexistente y constituya un incumplimiento de las obligaciones asumidas por una o ambas partes en el desarrollo de la relación comercial, es por ejemplo el caso de la negativa de suministro (negativa unilateral a contratar como manifestación del abuso de posición dominante) que se produce por parte de quien en el desarrollo de un contrato de distribución tiene como obligación el suministro de las mercancías que van a ser posteriormente distribuidas.

En nuestro criterio, esta clase de responsabilidad es siempre de carácter extracontractual, aún en los casos en que el comportamiento restrictivo (colusorio o abusivo) genere el incumplimiento de una obligación que hace parte de un contrato, pues en estos casos, el fundamento de la demanda de responsabilidad no es el comportamiento anticoncurrencial sino los efectos que dicha conducta tuvo sobre las obligaciones asumidas por las partes dentro de un negocio jurídico.

Quienes afirman la naturaleza contractual de la responsabilidad confunden -en nuestra opinión- el hecho de que el incumplimiento contractual derive o devenga de un comportamiento contrario a las normas de libre competencia, con la conducta antitrust propiamente dicha, la cual puede o no afectar la relación contractual e incluso ser completamente ajena a la misma.

En favor del carácter extracontractual, se debe tener en cuenta, que aún cumpliendo las obligaciones a su cargo, una o ambas partes contratantes, pueden transgredir las disposiciones de libre competencia, afectando tanto los derechos de su contraparte como eventualmente los derechos de terceros por ejemplo por la realización de actos de discriminación. *A contrario sensu*, pueden suscitarse incumplimientos contractuales que no tienen importancia ni un efecto considerable sobre la libre competencia. Por demás, no puede perderse de vista que la libre competencia es un derecho-principio de orden constitucional<sup>16</sup> que existe y se impone a los contratantes aún cuando en el contrato nada

---

*demandado por haber cometido una conducta limitadora de la competencia prohibida, pudiendo ser el primero tanto un competidor, como un proveedor, un distribuidor e incluso un cliente”.*

<sup>15</sup> PASCUAL SEQUEROS, Adriana. Efectos civiles del abuso de posición dominante. Tesis doctoral sin publicar, presentada en la Universidad Autónoma de Madrid en el año 2004, p. 207: “(...) *en el campo del Derecho de la competencia y, más concretamente, en el del abuso de posición dominante, existen situaciones en las que sí puede nacer este tipo de responsabilidad civil [se refiere a la responsabilidad civil contractual]. Así sucede por ejemplo, cuando el incumplimiento de un contrato lícito es constitutivo de abuso de posición dominante. Así mismo, estamos en el ámbito de actuación de esta clase de responsabilidad cuando se incumplen determinados acuerdos constitutivos de abuso de posición que, aun siendo nulos, pueden generar responsabilidad por culpa in contrahendo que, nuestra opinión, tiene naturaleza carácter (sic) contractual”.*

<sup>16</sup> Art. 38 de la Constitución Española (CE) y art. 333 de la Constitución Política de Colombia (C.P.)

se diga, sienta por tanto las normas de libre competencia un límite a la autonomía de la voluntad y un deber cuyo cumplimiento no requiere expreso pacto contractual.

Al ser una responsabilidad de carácter extracontractual, la víctima debe probar a efectos de obtener la indemnización de los perjuicios sufridos, los siguientes elementos estructurales: (i) la realización de una conducta o comportamiento contrario a los normas de libre competencia (ilícito antitrust), (ii) la causación de un daño injusto, (iii) la relación causal entre el ilícito antitrust y el daño padecido, (iv) un título de imputación del daño y (v) los perjuicios materiales y no materiales padecidos por la víctima<sup>17</sup>.

En algunos sistemas jurídicos y bajo algunos supuestos especiales, la existencia de algunos de estos elementos estructurales -principalmente del título de imputación- se presume, con lo cual se logra aligerar la carga probatoria de la víctima y se obtiene una distribución equitativa de los riesgos que derivan del ejercicio de ciertas actividades económicas. Habrá que determinar si tratándose de la responsabilidad por ilícitos antitrust resulta conveniente acudir al mecanismo de las presunciones y en todo caso, en caso de ser afirmativa la respuesta, qué límites se aplicarían al mismo en caso de admitirse su uso.

Veamos pues el alcance de cada uno de los elementos estructurales mencionados, sin olvidar que su noción y su contenido están determinados por la teoría general de la responsabilidad civil y su alcance razonabilidad matizados por las normas de libre competencia.

### **1.1. La realización de un ilícito antitrust**

Lo primero y quizás el aspecto más complicado que debe acreditar la víctima ante el juez competente, es que ha existido un acuerdo, decisión, recomendación, práctica concertada o conducta conscientemente paralela<sup>18</sup> contraria a la libre competencia (ilícito colusorio) y/o una conducta de abuso de posición dominante (ilícito abusivo), o lo que es igual, que ha existido una infracción a un deber de comportamiento que ha sido dispuesto en la ley, que para el caso sería el deber legal de competir y/o de no abusar de la posición que se tiene dentro de un mercado determinado<sup>19</sup>. En otros términos, la víctima debe probar que se ha lesionado el bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia.

Para estos fines, la víctima deberá atender lo dispuesto en las normas que contienen el tipo legal de prohibición, es decir, las normas que definen la infracción, a saber: los arts. 81 y 82 del TCE en el ámbito comunitario, los arts. 1, 2 y 3 de la LDC en el contexto español y lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 155 de 1959 y en los arts. 46, 47, 48 y 50 del

---

<sup>17</sup> Si llegase a admitirse el carácter contractual de esta responsabilidad a los elementos mencionados habría que agregar la prueba del incumplimiento de un deber contractual preexistente que ha acaecido como consecuencia del comportamiento restrictivo.

<sup>18</sup> Las conductas conscientemente paralelas no están reguladas en el Derecho Comunitario, pero si lo están en el Derecho Español y en el Derecho Colombiano.

<sup>19</sup> En la legislación española, la infracción de la libre competencia podría adoptar, además de las mencionadas, la forma de prácticas concertada o conductas conscientemente paralelas así como la de falseamiento de la competencia por actos desleales.



Decreto 2153 de 1992 tratándose de la legislación colombiana, con el fin de establecer quiénes pueden ser los sujetos activos del comportamiento ilícito y cuál es el contenido de la infracción o del ilícito antitrust (tipicidad de la conducta lesiva de la libre competencia).

En los tres sistemas jurídicos que hemos mencionado, la antijuridicidad de la conducta o su ilicitud se establece con base en una cláusula de prohibición de carácter general, de manera que la víctima no tiene que acreditar que se ha incurrido en un tipo especial de infracción -aunque puede hacerlo si dispone de los pruebas pertinentes- en otros términos, le bastará probar que el comportamiento contraviene la libre competencia sin que sea determinante la forma específica que reviste la infracción. Los listados de las diferentes clases de comportamientos restrictivos no tienen el carácter de *numerus clausus* y por tanto son simplemente enunciativos e ilustrativos, de manera que no limitan la facultad de la víctima a la hora de demostrar la infracción. La verdadera protección que ofrecen los ordenamientos jurídicos mencionados, está en sancionar la lesión a la libre competencia, sin importar la forma que esta adopte y sin importar si los efectos restrictivos se han consolidado en el mercado de que se trate.

Por lo anterior, aún cuando cada ordenamiento tiene particularidades propias sobre el contenido y alcance de la infracción o de la cláusula general de prohibición, las cuales además en la mayoría de casos se encuentran nutridas por la jurisprudencia y la doctrina comunitaria y/o nacional, existen algunos rasgos generales que son los que en nuestro concepto deberá acreditar la víctima a efectos de demostrar la lesión del bien jurídico protegido y por ende el origen de los daños padecidos.

### 1.1.1. Sujetos activos del comportamiento ilícito

Los comportamientos restrictivos deben ser imputables a una o varias empresas<sup>20</sup>, ya sean estas personas jurídicas -sin importar la naturaleza o la forma de organización que hayan adoptado- o personas naturales<sup>21</sup>.

En este sentido, el art. 81 del TCE se refiere expresamente a la “empresa”. Por el contrario, ni los arts. 1 a 3 de la LDC, ni los arts. 1 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992 contienen referencia alguna a este concepto, lo cual no ha sido óbice para que tanto en España como en Colombia -siguiendo en ello los avances del Derecho Comunitario-, se considere que el sujeto activo de las conductas restrictivas debe ser siempre una empresa (operador económico) cualquiera sea la forma jurídica que adopte<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Se entiende por “empresa” cualquier entidad que ejerza una actividad económica, la cual a su vez se define como cualquier intercambio de bienes y servicios en un mercado determinado.

<sup>21</sup> F. PEÑA LÓPEZ. Ob Cit., pp 126 y 127.

<sup>22</sup> Ver Resoluciones del TDC de 20 de marzo de 1998, de 24 de abril de 1997. Ver también el Concepto de la SIC No. 06027904 acumulado al No. 0627909 del 31 de mayo de 2006 en el cual se señala: “En tal virtud, podemos decir que el desarrollar una actividad económica, es lo que convierte a un ente, cualquiera que sea su naturaleza, en potencial sujeto pasivo de una denuncia y/o sanción por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia y, de acuerdo con la jurisprudencia citada, el desarrollo de una actividad económica implica la producción e intercambio de bienes y servicios con miras a la obtención de un beneficio o ganancia”.

La jurisprudencia comunitaria se ha encargado de precisar el alcance de la noción de “empresa” a efectos de establecer en qué casos y bajo qué criterios un operador económico queda cobijado por la normas de libre competencia y en cuáles no<sup>23</sup>. Estos criterios jurisprudenciales no sólo son ilustrativos y vinculantes para las autoridades nacionales (administrativas y judiciales) de los distintos Estados miembros sino que además eventualmente podrían ser empleados también por las autoridades y los jueces colombianos a efectos de delimitar el alcance del concepto de “empresa” desde la óptica de las normas de libre competencia. Así por ejemplo, El TJCE ha considerado como “empresas” entidades tales como los colegios de profesionales<sup>24</sup> o los fondos de pensiones especializados, e incluso, ha estimado que algunas entidades públicas quedan cobijadas por esta noción y están sometidas a las normas de libre competencia, siempre que su actuación en el mercado esté desprovista del ejercicio de las prerrogativas públicas, es decir, siempre que su actividad económica se haya desarrollado como la de cualquier otro operador económico que actúa en el mercado.

No se exige en ningún caso, a efectos de la reclamación de los daños y perjuicios, que entre la víctima y el infractor exista una relación de competencia, ni que desarrollen su actividad en el mismo mercado, tampoco se prevé como exigencia que se encuentren en el mismo nivel de la producción y/o comercialización de los bienes y servicios, con lo que resulta que tanto si el acuerdo es vertical como horizontal podrán demandarse los perjuicios ocasionados por el mismo, tanto por quien ha sido parte del mismo como por cualquier tercero afectado en sus derechos e intereses individuales.

Así las cosas, las verdaderas limitantes de la reclamación se encuentran en el contenido mismo de la infracción y fundamentalmente en la noción de “acuerdo” y “abuso de posición dominante”.

### 1.1.2. Contenido de la infracción

El art. 81.1. del TCE prohíbe los acuerdos, las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tenga por objeto o como efectos restringir la competencia. De manera similar, el art. 1 de la LDC dispone que “1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...)”.

Así las cosas, tanto en el contexto comunitario como en el español, lo primero que se requiere probar es, **que entre los infractores ha existido un acuerdo** ya sea expreso o tácito, es decir, **una pluralidad de voluntades independientes**. A partir de esta consideración, se excluyen de la prohibición, los acuerdos restrictivos celebrados en desarrollo de un verdadero contrato de agencia<sup>25</sup> y los celebrados por empresas del

---

<sup>23</sup> Ver entre otras, STPI de 4 de marzo de 2003, asunto T-319/1999; STJCE 10 de enero de 2006, C-222/04; STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03 P.

<sup>24</sup> STJCE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/1999.

<sup>25</sup> L. ORTIZ BLANCO y R. LEÓN JIMÉNEZ. “Lectura interpretativa del nuevo régimen comunitario de las restricciones verticales”, *Revista de Derecho VLEX - UJ331*, 2003. [[www.vlex.com](http://www.vlex.com)]: “(...) con anterioridad al nuevo Reglamento, era ya doctrina tradicional de la Comisión el diferenciar entre aquellos contratos de



mismo grupo de empresas, por cuanto en estos casos, a pesar de la pluralidad de sujetos, las voluntades concurrentes no cumplen con el requisito de independencia. Tratándose de conductas unilaterales, su regulación, prohibición y sanción, en la mayoría de los casos, se realiza a través de las normas que prohíben las conductas constitutivas de abuso de posición dominante.

En el ordenamiento colombiano, de forma semejante a la reglamentación comunitaria y española, los arts. 1 de la Ley 155 de 1959<sup>26</sup> y 46 del Decreto 2153 de 1992<sup>27</sup> establecen la prohibición general de realizar prácticas restrictivas de la competencia dentro de los mercados. Dentro de las conductas cobijadas por la prohibición, el legislador colombiano incluyó tanto los comportamientos bilaterales o multilaterales (acuerdos contrarios a la libre competencia, art. 47 del Decreto 2153 de 1992) como las conductas unilaterales (actos contrarios a la libre competencia, art. 48 del Decreto 2153 de 1992), por lo cual, en principio la víctima no tendrá a su cargo la obligación de probar que ha existido una pluralidad de infractores y un conjunto de voluntades independientes sino que deberá centrar sus esfuerzos en acreditar el contenido mismo de la infracción, es decir, su carácter anticoncurrencial.

De otra parte, tratándose de las conductas conscientemente paralelas, prohibidas tanto en el ordenamiento español como en el colombiano, a la víctima le bastará demostrar que el comportamiento de las empresas en el mercado es un comportamiento coordinado y que no existe una justificación razonable del paralelismo de su conducta, para que seguidamente se presuma que dicho comportamiento es colusorio o anticompetitivo.

Adicionalmente, dentro de la legislación española existe un tipo especial de prohibición establecido en el art. 3 de la LDC, respecto del cual, la víctima deberá acreditar, de una parte, que ha existido una conducta de competencia desleal y, de otra, que dicha conducta desleal afecta el interés público al falsear la libre competencia. Para lo primero deberá apoyarse por lo dispuesto en la LCD y y, en lo segundo, en la LDC y las resoluciones del SDC y del TDC (hoy sustituidos por la CNC).

Además de lo anterior, la víctima debe acreditar que **la conducta tiene por objeto o como efecto restringir, eliminar o falsear la libre competencia**. Tanto en el Derecho

---

*agencia, considerados “contratos de agencia puros” a los que no resulta de aplicación la prohibición del artículo 81.1., al no tratarse de acuerdo entre partes independientes en el mercado; y aquellos contratos de agencia que realmente regulan una relación entre un proveedor y un comerciante independiente, dándose éste último caso cuando el “agente” asuma los riesgos financieros y comerciales vinculados a la transacción, en cuyo caso, sí resulta de aplicación el artículo 81.1 TCE y por ende el nuevo Reglamento de exención por categorías relativo a los acuerdos verticales como marco jurídico en el que se pueden beneficiar de una exención”.*

<sup>26</sup> **Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 modificado por el Decreto 3307 de 1963.** “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

<sup>27</sup> **Decreto 2153 de 1992. Artículo 46. Prohibición.-** “En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

Comunitario<sup>28</sup>, como en el Español<sup>29</sup> y en el Colombiano<sup>30</sup> se sanciona las conductas que tienen una finalidad o un propósito anticoncurrencial -tanto si sus efectos se han materializado en el mercado como si no- así como las comportamientos con efectos restrictivos.

En los tres sistemas jurídicos se considera que los acuerdos que tienen “por objeto” restringir la competencia, deben prohibirse por esa sola causa, sin que sea necesario demostrar los efectos que producen sobre el mercado, ni analizar otros elementos tales como la ventaja o la racionalidad económica del comportamiento restrictivo<sup>31</sup>. No obstante, tratándose de la responsabilidad civil, el impacto de estos acuerdos puede ser mucho menor, pues en caso de no lesionar intereses o derechos particulares, respecto de ellos sólo sería procedente la aplicación de sanciones administrativas.

También, tanto en Derecho Comunitario como en el Español, para que se configure la infracción, se requiere acreditar **que el acuerdo afecta en forma sensible la competencia**<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, punto 21: “Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. (...) punto 24 (...) Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos o servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad (...)”. Vid. STJCE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P, considerandos 76 y 77, STJCE de 15 de octubre de 2002, asuntos C-238/1999-P, C-244/1999-P, C-245/1999-P, considerando 491, STJCE de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000 P.

<sup>29</sup> Resoluciones de TDC de 30 de noviembre de 1998, expediente 389/1996 y de 1 de marzo de 2000, expediente 454/1999.

<sup>30</sup> Resolución de la SIC No. 28350 del 22 de noviembre de 2004.

<sup>31</sup> Ver STJCE de 25 de enero de 2007. “46. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente que, cuando la Comisión logra reunir pruebas documentales en apoyo de la supuesta infracción y éstas parecen suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo contrario a la competencia, no es necesario examinar si la empresa acusada tenía un interés comercial en la celebración de dicho acuerdo”. Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, punto 21: “Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado (...)”.

<sup>32</sup> AAVV. “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales”. En: *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 5, Madrid: Bosch, 2005, p. 228: “Ya no es suficiente que se produzca una limitación de la competencia entre las partes, sino que se exige, para determinar la sujeción de un acuerdo al artículo 81 (1) CE, que el mismo provoque efectos negativos sobre el mercado, lo que dependerá, sustancialmente, del poder de mercado que detentan las partes en la cooperación”. Ver también STJCE de 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-180/98 y C-184/98.

La "sensibilidad" se refiere a la magnitud con la que el acuerdo o la práctica afecta la competencia y su alcance va más allá de la simple aplicación de la regla del *minimis*; ya que si bien, los acuerdos de menor importancia no están prohibidos por no afectar de forma sensible la competencia, no todos aquellos que se excluyen de la prohibición son acuerdos de menor importancia<sup>33</sup>.

En Colombia, el estudio del carácter "significativo" de la restricción ya ha sido planteado a la SIC, sin embargo, esta entidad no se ha pronunciado sobre el tema ni sobre la posible aplicación de la teoría o regla de *minimis* o de una teoría con alcance similar; antes por el contrario, ha manifestado que la facultad de la Superintendencia no se limita a las conductas considerables o significativas<sup>34</sup>, de lo cual cabe deducir, que aún tratándose de acuerdos celebrados entre operadores pequeños y cuya participación en el mercado sea mínima, o de conductas que impacten de manera ínfima el mercado, la SIC actuará para restablecer las condiciones de competencia e imponer las sanciones administrativas correspondientes a los infractores.

Además de los anteriores requisitos, la víctima deberá probar que **el acuerdo tiene o puede tener efectos en un mercado determinado**. Tratándose del Derecho Comunitario deberá demostrarse que la conducta afecta el mercado común, sin importar en estos casos, si la práctica se realiza en el territorio de uno o de varios Estados, pues incluso, prácticas o acuerdos que se desarrollan en un territorio que es parte de un Estado miembro, pueden llegar a afectar el mercado comunitario. En el caso español y colombiano el criterio a tener en cuenta es la afectación real o potencial del mercado nacional y/o de mercados locales sin importar en estos eventos si la práctica o si el acuerdo se ha desarrollado o celebrado dentro o fuera del país.

---

<sup>33</sup> Lo que subyace en la teoría de los acuerdos de menor importancia o regla del *minimis* es la ausencia de uno de los elementos del tipo de prohibición, en concreto, la no afectación sustancial de la competencia dentro del mercado; por tanto, aún bajo otro nombre, los acuerdos celebrados entre operadores económicos que no afecten la competencia bien porque la cuota de mercado de estos es muy pequeña o bien porque su volumen de negocios dentro del mercado es insignificante, deberían considerarse excluidos de la prohibición.

<sup>34</sup> Concepto de la SIC No. 02082486 del 18 de Noviembre de 2002 "*El numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 establece como función de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de "velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a lo mercados de bienes y servicios; que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios."* (Resaltado fuera del texto). En cuanto al alcance de la expresión "significativas", teniendo en cuenta que, ni el decreto 2153 de 1992 ni ninguna otra norma sobre la materia definen qué se debe entender por ésta en materia de prácticas comerciales restrictivas, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 28 del código civil en virtud del cual, "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." (...) **Ahora bien, en nuestra opinión cuando la norma establece que, la Superintendencia de Industria y Comercio debe tramitar aquellas reclamaciones que sean significativas, de ninguna manera le está restringiendo su campo de acción indicándole que únicamente pueda tramitar las que gocen de tal condición, es decir, no limita el trámite sólo a aquellas que gocen de tal característica.** Ello es más claro aún del análisis sistemático y armónico de la norma frente a otras del decreto 2153 de 1992, tales como la prevista en el numeral 2 del artículo 2, conforme a la cual es evidente que, no solamente procede sanción en tratándose de conductas significativas". Las negrillas y subrayas iniciales son del texto, las simples negrillas son nuestras.

Finalmente, tratándose de la aplicación Derecho Comunitario, la víctima deberá probar además de los requisitos ya indicados, que el acuerdo o la práctica puede afectar el comercio entre los Estados miembros<sup>35</sup>, es decir, que el comportamiento perturba o puede perturbar de manera sensible las actividades económicas transfronterizas y el flujo o las corrientes de intercambios comerciales. Se puede afectar el comercio entre los Estados aun cuando sólo estén involucrados operadores de un Estado miembro e incluso cuando se trata de acuerdos que se desarrollan en un mercado geográfico nacional o subnacional, por lo que la delimitación geográfica del comportamiento no es criterio único y suficiente para determinar la afectación del comercio entre los países de la UE sino un mero indicio de tal afectación.

Cuando el daño provenga de una conducta constitutiva de abuso de la posición dominante, a la víctima le corresponderá en primer lugar, identificar el mercado geográfico, el mercado del producto y el temporal dentro del cual actúa la empresa supuestamente infractora; luego, deberá probar la posición de dominio de esta dentro del mercado identificado y, por último, la conducta “abusiva” de la empresa.

Tratándose de las normas comunitarias y españolas la víctima podrá demostrar que existe “posición dominante” individual o colectiva si acredita el poder económico y la independencia con que puede actuar la empresa en el mercado (art. 82 del TCE y art. 6 de la LDC). En el Derecho Colombiano deberá acreditar que la empresa tiene “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” (art. 45 del Decreto 2153 de 1992).

Probada la posición de dominio se deberá acreditar que la empresa o las empresas –si la posición tiene carácter colectivo- han abusado de dicha posición. Nuevamente en este punto, las distintas formas de abuso que se mencionan el art. 82 del TCE, el art. 2 de la LDC y en el art. 50 del Decreto 2153 de 1992, resultan ser ilustrativas y no restrictivas del derecho de la víctima a reclamar la indemnización de los daños sufridos.

---

<sup>35</sup> Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05), DOCE del 27.4.2004, punto 49: “Para entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82, los acuerdos y prácticas han de afectar al comercio entre Estados miembros. Cuando un acuerdo o práctica no cumple esta condición puede aplicarse la normativa nacional, pero no la comunitaria. (...)”. Igualmente, STPI de 10 de marzo de 1992, asunto T- 9/1989: “313 Se debe destacar que, en contra de lo que afirma la demandante, la Comisión no tenía la obligación de demostrar que la participación de la demandante en un acuerdo y en una práctica concertada había producido un sensible efecto sobre los intercambios entre los Estados miembros. En efecto, el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE requiere solamente que los acuerdos y las prácticas concertadas restrictivas de la competencia puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. A este respecto, es preciso consignar que las restricciones de la competencia de las que se ha dejado constancia podían desviar las corrientes comerciales de la orientación que de otro modo habrían seguido (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, antes citada, apartado 172). 314 A este respecto, es preciso subrayar que las empresas que participaron en la infracción que se les atribuye en la Decisión controlan la cuasi totalidad de este mercado, lo que revela de modo evidente que la infracción que cometieron conjuntamente podía perjudicar al comercio entre los Estados miembros. 315 De ello se sigue que la Comisión demostró de forma suficiente con arreglo a Derecho, en los apartados 93 y 94 de su Decisión, que la infracción en la que participó la demandante podía afectar al comercio entre los Estados miembros, sin que fuera necesario que demostrase que la participación individual de la demandante había afectado a dichos intercambios”.

Si se trata de la aplicación de las normas comunitarias se deberá acreditar también que la conducta abusiva puede afectar el comercio entre los Estados miembros y en este punto son válidas las consideraciones hechas anteriormente sobre este requisito.

A cada uno de los elementos estructurales de la prohibición de los acuerdos colusorios o constitutivos de abuso de posición dominante, habrá que agregar la prueba de los elementos específicos que en cada caso resulten aplicables cuando la víctima discuta una manifestación o un tipo específico de comportamiento restrictivo. Bajo esta hipótesis, la actividad probatoria de la víctima puede incrementarse e incluso llegar a hacer imposible su derecho a la indemnización, por lo que resulta más acorde a sus intereses invocar la aplicación de las normas que contienen la cláusula general de prohibición y no centrar sus esfuerzos en demostrar un tipo específico cuando ello no resulta indispensable ni relevante.

### **1.1.3. Prueba del comportamiento contrario a las normas de libre competencia**

La regla general en materia probatoria es que quien invoca la aplicación de una norma debe probar el supuesto de hecho que a ella corresponde a fin de que el juez proceda a aplicar la consecuencia jurídica respectiva.

En este sentido, el art. 2 del Reglamento 1/2003, dispone que quien invoque los art. 81 y 82 del TCE debe probar los elementos estructurales de la infracción y que quien pretenda la aplicación del apartado 3 del art. 81 del TCE, es decir, del sistema de excepción legal, igualmente debe acreditar todos los requisitos dispuestos en este apartado<sup>36</sup>.

Así las cosas, existe para la víctima la carga de probar el ilícito antitrust, lo que en la mayoría de casos puede no resultar una actividad sencilla, en primer lugar, porque la mayoría de los comportamientos que se realizan en el mercado en ejercicio de la libre competencia pueden ser dañinos -para los intereses de los competidores y/o consumidores- pero no por este hecho ilícitos; en segundo lugar, porque la prueba puede requerir el acceso a conocimientos técnicos, de mercado y, en general, el manejo de información de carácter económico, lo cual implica la obligación de asumir costos bastante altos e invertir un tiempo cuantioso en la actividad probatoria; en tercer lugar, porque en la mayoría de los casos la prueba de la infracción se encuentra en manos de los infractores, lo que dificulta el acceso a ella<sup>37</sup> y, finalmente, porque los comportamientos restrictivos son casi siempre subrepticios, por lo que además de los medios de prueba tradicional habrá que acudir con frecuencia al uso de presunciones<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> En el Derecho Colombiano el principio general sobre la carga de la prueba se encuentra regulado en el art. 177 del C.P.C.

<sup>37</sup> Art. 2 del Reglamento 1/2003. Se ha considerado además que la dificultad probatoria no puede en ningún caso impedir las reclamaciones de daños. Ver las consideraciones de N. KROES. "More Private antitrust enforcement through better acces to damages: an invitation for an open debate". Speech/06/158 que puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> en el cual se establece "First, it's unacceptable that victims of an antitrust infringement decide not to bring a damages claim or lose such a case in court simple because they do not have access to evidence which is in the hands of the defendant. It must be possible to find reasonable ways to bring that evidence to the attention of the court".

<sup>38</sup> STJCE del 25 de enero de 2007: "51 *Procede señalar que esta apreciación de las pruebas es compatible con una reiterada jurisprudencia. En efecto, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado en otras ocasiones,*



Por estas, entre otras razones, la carga probatoria es uno de los puntos que centran la preocupación de la Comisión, que considera que este aspecto es uno de los problemas que desincentiva la litigiosidad en materia de responsabilidad, fundamentalmente, por los costos que la víctima tiene que asumir para cumplir con la carga que le ha sido asignada, los cuales pueden no resultar compensados con la indemnización que se ordene en su favor. Sobre las varias alternativas de solución que sobre este tema propone el LV nos referiremos más adelante.

En este tema de la prueba y atendiendo las consideraciones realizadas en la primera parte de este artículo<sup>39</sup>, se deben distinguir dos supuestos: (i) Que la víctima haya promovido un proceso administrativo previo a la reclamación del resarcimiento de los daños y perjuicios ante el juez competente y, (ii) Que no se haya adelantado ninguna actuación administrativa y que por tanto la víctima haya optado por acudir directamente al juez competente para solicitar que este constate la vulneración de las normas de libre competencia y proceda seguidamente a declarar la responsabilidad del infractor y su deber de indemnizar los daños ocasionados con el comportamiento ilícito.

Veamos las particularidades de cada una de estas alternativas:

**Si se ha promovido un procedimiento administrativo** dentro del cual se han aplicado los arts. 81 y 82 del TCE por parte de la Comisión, la decisión de esta autoridad será prueba suficiente de la ocurrencia de la conducta restrictiva, según lo dispone el art. 16 del Reglamento 1/2003, que establece el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión respecto de los jueces nacionales<sup>40</sup>.

Si las normas de libre competencia comunitarias (art. 81 y 82 del TCE) han sido aplicadas por una o varias autoridades administrativas del orden nacional, habrá que esclarecer qué efectos se contempla para estas decisiones en la legislación interna del correspondiente Estado, en concreto, si se considera que la decisión administrativa es vinculante para el juez o si por el contrario éste puede separarse de aquélla.

Tratándose de la aplicación de las normas nacionales de libre competencia por parte de las autoridades competentes de cada Estado, será necesario atender lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico, en particular, las normas que regulan los efectos de las

---

*es habitual que las actividades que los acuerdos y prácticas contrarios a la competencia implican, se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo. De ello resulta que, aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre operadores, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión [TJCE 2004, 8], antes citada, apartados 55 a 57)."*

<sup>39</sup> La primera parte de este trabajo se refiere a la privatización de la aplicación de las normas de libre competencia, de reciente publicación en la Revista E-mercatoria.

<sup>40</sup> "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, anexo al Libro Verde, numeral 85.



decisiones administrativas sobre los jueces y la fuerza probatoria que se atribuye a los actos proferidos por aquéllas<sup>41</sup>.

En España, tanto los arts. 81 y 82 del TCE como las disposiciones de la LDC pueden ser aplicadas en el ámbito público o administrativo, tanto por la CNC como por las autoridades de competencia de orden autonómico, en este último caso dentro del ámbito de las competencias que han establecido la Ley 1/2002 y la LDC<sup>42</sup>.

En Colombia, si se ha proferido un acto administrativo por parte de la SIC -que se encuentra en firme- o se ha pronunciado una sentencia definitiva por parte la jurisdicción contencioso administrativa, estas serán prueba de la ilicitud del comportamiento ante el juez civil, sin que ello signifique que se entienda acreditada la responsabilidad del infractor, pues para ello deberán demostrarse los demás elementos estructurales (daño, factor de imputación y relación causal).

Aprovechando la experiencia europea, estimamos como una alternativa favorable a los intereses del demandante, atribuir a las decisiones de las autoridades administrativas de competencia (nacionales -o autonómicas- y/o extranjeras) un efecto vinculante respecto de las decisiones judiciales y, en consecuencia, considerar el acto administrativo en firme o la sentencia definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa como una prueba irrefutable de la infracción<sup>43</sup>.

En todo caso, según mi opinión, aún en el supuesto de que la decisión administrativa no se estimase como vinculante para el juez, sí podría considerarse como un principio de prueba de la ilicitud de la conducta, con base en la cual sería posible por ejemplo, plantear una inversión de la carga probatoria que operase en contra del demandado (infractor), quien en estas condiciones tendría que desvirtuar la ilegalidad de su comportamiento.

Si se trata de un comportamiento amparado por un Reglamento de Exención por Categoría (comunitario o nacional), la víctima deberá probar que la conducta no cumple con los requisitos establecidos por el Reglamento y que por estas razones la Comisión o la autoridad nacional de competencia han revocado tal amparo o inmunidad. En este caso, se requerirá necesariamente acreditar la decisión de la Comisión o de la CNC mediante la cual se revoca la inmunidad; el efecto vinculante de esta decisión, dependerá -como ya lo señalé- de las disposiciones que sobre este punto existan en la legislación nacional. Hasta tanto la conducta se encuentre bajo la cobertura del REC no podrá

---

<sup>41</sup> Sobre la legislación Alemana y Británica pueden verse los numerales 86 y 87 del “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>42</sup> Art. 13 LDC.

<sup>43</sup> N. KROES. “Damages actions for breaches of EU competition rules ... Ob Cit., que puede consultarse en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

considerarse ilícita y por tanto no podrá reclamarse la indemnización de perjuicios por falta de uno de los elementos esenciales de la responsabilidad<sup>44</sup>.

Una apreciación similar a la anterior cabe respecto de las conductas que la SIC autoriza con base en lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 1 de la Ley 155/1959 y en la Circular Única. Dicha autorización confiere un manto de legalidad a la conducta, de forma tal que la víctima en estos casos estará obligada a pretender, en primer lugar, la ilegalidad de la autorización otorgada y una vez revocada ésta, la indemnización de los daños derivados del comportamiento que sin la inmunidad puede calificarse como ilícitos.

Iguals consideraciones pueden hacerse cuando en el curso de los procesos administrativos se aceptan los compromisos ofrecidos por parte de los presuntos infractores, pues en estos supuestos, la conducta queda amparada por un acto administrativo que elimina su carácter ilícito. La víctima por lo tanto deberá probar que se ha declarado el incumplimiento de los compromisos -a petición suya, de un tercero o de oficio- y que en consecuencia deben proseguirse las investigaciones respectivas a fin de declarar la ilicitud y posteriormente la responsabilidad civil del infractor.

FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA, plantea que la autorización del acuerdo restrictivo no hace desaparecer en forma automática la antijuridicidad del mismo, por lo que podría alegarse como fundamento de la acción resarcitoria<sup>45</sup>. En nuestro parecer, tanto las autorizaciones como los compromisos confieren a la conducta restrictiva un recubrimiento de legalidad que impiden utilizarla como fundamento de una reclamación de daños y perjuicios. Eventualmente, podría reclamarse responsabilidad de las entidades administrativas (TDC – SIC) que han autorizado los comportamientos restrictivos o que han aceptado el ofrecimiento de compromisos, cuando su actuación hubiese sido irregular o ilegal, pero esto claro está, caería en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la actuación de sus agentes.

De otra parte, cabe plantearnos el interrogante de si es posible a la víctima (demandante dentro del proceso civil) aprovecharse de una decisión administrativa proferida dentro de un proceso en el cual no ha sido parte. Es por ejemplo el caso de un consumidor que perjudicado por un comportamiento anticoncurrencial, pretende iniciar su reclamación judicial teniendo como base la decisión administrativa dictada dentro de un proceso en el cual no ha intervenido ni como denunciante ni como tercero. El mismo interrogante cabe

---

<sup>44</sup> No debe olvidarse que el proceso de revocación de la autorización conferida a través de un REC sólo puede adelantarse ante la Comisión o las autoridades nacionales de competencia, por lo que en este concreto tema, será necesario adelantar dos procedimientos.

<sup>45</sup> F. L. DE LA VEGA GARCÍA. Op. Cit., p. 254: *“Debe ponerse de manifiesto que la existencia de una autorización general o de una resolución del TDC o, en su caso, de la Comisión que conceda una autorización singular o que no se oponga a una operación de concentración no significa automáticamente la exclusión de la antijuridicidad o «culpa objetiva» a los efectos de la responsabilidad civil; sólo constituirán una primera exclusión formal de la misma pero que debe ser contrastada en cada supuesto concreto con base en las circunstancias del caso. (...). No obstante la existencia de aquellos tipos y autorizaciones representa un importante indicio en orden a la improcedencia de la reparación del daño concurrencial causado, pues la vigencia de la principios de libertad de empresa y de libre competencia actuarían como límites del resarcimiento”*. Estas consideraciones se deben ajustar a los nuevos regímenes establecidos por el Reglamento 1/2002 y la LDC, que han eliminado el sistema de autorizaciones singulares y que han implantado un sistema de excepción legal.

en el caso de que el procedimiento administrativo se haya promovido de oficio. Consideramos que en estos casos, quien no ha sido parte procesal puede aprovechar la decisión administrativa en razón de la finalidad misma de los procedimientos de aplicación de las normas de libre competencia y del objeto que cumplen éstas, que, como lo indicamos al inicio de este trabajo, no es otro que el de garantizar el orden público económico y el adecuado funcionamiento del sistema de economía social de mercado. En consecuencia, todo acto administrativo que declare la ilicitud de un comportamiento, que revoque la inmunidad de un REC o que declare la infracción de los compromisos, puede servir de prueba de la ilicitud de la conducta, sin que ello suponga por sí solo la existencia de responsabilidad civil a cargo del infractor.

**Si la víctima no ha promovido un procedimiento administrativo**, existen dificultades, aún mayores a las ya mencionadas para demostrar el ilícito antitrust, fundamentalmente porque -como ya se indicó- en la mayoría de casos las pruebas de las conductas ilícitas se encuentran en manos del infractor o en poder de una entidad administrativa en caso de que la investigación haya sido promovida de oficio<sup>46</sup>.

Adicional a lo anterior, la víctima debe enfrentarse con las disposiciones de algunos ordenamientos nacionales que impiden llamar como testigos a las partes o a sus representantes legales, lo cual imposibilita, aún mas, el conocimiento directo de los hechos<sup>47</sup> al tiempo que reduce la actividad probatoria al plano documental, en el cual no sólo existen dificultades relacionadas con la procedencia de la exhibición de documentos sino además un alto riesgo de destrucción de la evidencia.

Atendiendo todos estos inconvenientes, el LV plantea diversos interrogantes a saber: (i) La necesidad de establecer un sistema especial de exhibición o divulgación de documentos (pregunta A); (ii) La regulación del acceso a las pruebas que se encuentran en poder de una autoridad administrativa (pregunta B) y, (iii) La carga de la prueba (pregunta C).

En primer lugar, tanto en el LV como en su documento anexo se plantea la posibilidad de establecer respecto del demandado y de terceras partes, la obligación de exhibir y de entregar las pruebas que se encuentren en su poder. El punto crucial de esta alternativa es, desde luego, qué límites imponer a este deber de divulgación, a efectos de no lesionar los derechos de quienes son titulares de informaciones o de conocimientos que se encuentran protegidos por el secreto empresarial<sup>48</sup>. También preocupa seriamente la definición de la medida en que deben adoptarse mecanismos para prevenir la destrucción de evidencia sobre la infracción<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Ver nota 36.

<sup>47</sup> Apartado 68. "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>48</sup> *Ibid.* apartados 57 a 61, en los cuales se describe la situación del tema en de algunos países Europeos así como las propuestas que a nivel internacional se han realizado a fin de permitir la exhibición y divulgación de documentos sin que ello signifique la vulneración de los secretos empresariales.

<sup>49</sup> *Ibid.* Apartados 65 a 67.

También sobre la divulgación se plantea la necesidad de regular un derecho de acceso a los documentos que se encuentran en poder de organismos comunitarios, siempre que tales documentos hayan sido entregados o suministrados por otro particular titular del derecho a la intimidad y la reserva. Y en este punto son aplicables las consideraciones sobre el contenido y los límites de los distintos mecanismos de colaboración y cooperación establecidos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia y entre aquélla y los jueces nacionales así como entre la CNC, las autoridades autonómicas y entre éstas y los jueces de lo mercantil.

Sobre la necesidad de reducir la carga probatoria que se encuentra a cargo de la víctima, el LV propone distintas alternativas: (i) Establecer el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades administrativas para los jueces nacionales -tesis que apoyamos según la yo expresado *supra*-, o cuando menos invertir la carga de la prueba cuando exista una decisión de naturaleza administrativa sobre el caso -alternativa que también parece razonable, según se indicó antes<sup>50</sup>-; (ii) Reducir o invertir la carga de la prueba cuando existen asimetrías en el manejo y control de la información<sup>51</sup> y, (iii) Establecer una presunción de hecho o derecho que opere en contra de la parte que se niega a suministrar la información<sup>52</sup>.

A parte de estas alternativas que por ahora solo tienen el carácter de “propuestas”, hay que considerar que el juez como regente del procedimiento a su cargo, puede hacer uso de los diversos mecanismos de cooperación previstos en el Reglamento 1/2003 y en la Comunicación del 27 de abril de 2004 *relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE*<sup>53</sup>, con el fin de orientar la labor a su cargo, mantener la coherencia y la línea de decisión que respecto de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE sigue la jurisprudencia comunitaria<sup>54</sup> y, desde luego, con el propósito de buscar pruebas que acrediten la ilicitud de la conducta.

Pero este tema no es para nada pacífico. Se cuestiona si el juez puede a través de sus poderes oficiosos y de los mecanismos de colaboración y cooperación dispuestos en el ámbito comunitario y/o nacional, establecer el quebranto del orden público económico por la vulneración de las normas antitrust, o cuando menos, acreditar algunos aspectos o elementos de la ilicitud, como pueden ser por ejemplo, la definición del mercado

---

<sup>50</sup> *Ibíd.* Apartado 98.

<sup>51</sup> *Ibíd.* Apartados 81, 84 y 99.

<sup>52</sup> Sobre las opciones que podrían establecerse en caso de la negativa o el rechazo a la divulgación de documentos puede verse el apartado 100 del documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, y el Libro Verde Pregunta C, opciones 8,9 y 10. Sobre la prueba de las conductas anticompetitivas pueden verse las consideraciones del TJCE en la sentencia de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00, C205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00 y C-219/00, *Aalborg Portland and others vs. Comisión*.

<sup>53</sup> Publicada en el DOCE 2004 C 101/4, de 27 de abril.

<sup>54</sup> Ver Reglamento 1/2003 art. 15.1. y la Comunicación de 27 de abril de 2004 “*relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82*”.

relevante, la posición de la empresa en el mercado, el carácter sensible de la afectación etc., con el fin de aliviar -más no eliminar- la carga probatoria del demandante; o si por el contrario, una conducta en tal sentido, resultaría contraria a imparcialidad judicial, más cuando, como lo indicamos, la carga de la prueba corresponde a quien alega la infracción del art. 81 y 82 del TCE (art. 2 del Reglamento 1/2003), siendo por tanto procedente un sistema de justicia rogada que impediría al juez intervenir de forma oficiosa para aligerar la carga de la víctima.

En nuestro criterio, el aprovechamiento de los mecanismos de colaboración y coordinación por parte del juez más que comportamientos en favor de la víctima, deben interpretarse como actuaciones en favor del interés general que involucra el respeto y el acatamiento de esta clase de disposiciones cuya naturaleza de orden público justifica la intervención del juez a solicitud de parte sino igualmente de manera oficiosa.

Revisando la otra cara de la moneda, el presunto responsable a fin de exonerarse de responsabilidad deberá demostrar que la conducta que se le imputa no es ilícita, es decir, que su comportamiento no es contrario a la libre competencia. Para ello podrá acreditar que se trata de un comportamiento atípico o de una conducta que sienta típica no es antijurídica. Así las cosas, el demandado podrá demostrar:

- (i) Que la conducta que se le imputa no cumple los requisitos que configuran la prohibición del art. 81 del TCE (arts. 1 a 3 de la LDC y arts. 1 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992) o que a pesar de cumplirlos está exenta por vía de la aplicación del sistema de exención legal (art. 81.3 del TCE y art. 1.3 de la LDC)<sup>55</sup>;
- (ii) Que la conducta ha sido autorizada a través de un REC (arts. 1.4 y 1.5 de la LDC y RD 378/2003)<sup>56</sup> o tratándose del Derecho Colombiano, que dicha conducta ha sido autorizada en forma singular o colectiva mediante resolución de la SIC (parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y Circular Única de la SIC) o,
- (iii) Que la Comisión -o la CNC- ha aceptado los compromisos ofrecidos por los presuntos infractores dentro del curso de la investigación (art. 52 de la LCD) o la SIC ha aceptado las garantías presentadas en el curso de la investigación por los presuntos infractores (num. 12 del art. 4 y 52 del Decreto 2153 de 1992).

El problema fundamental sobre los mecanismos de defensa antes mencionados, radica en el cuestionamiento sobre la capacidad y la especialidad de los jueces para juzgar si un acuerdo cumple o no con los requisitos dispuestos en el art. 81.3 del TCE (art. 1.3 de la

---

<sup>55</sup> Ver art. 2 del Reglamento 1/2003.

<sup>56</sup> Sobre este aspecto F.L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial ...* p. 254, considera: “Debe ponerse de manifiesto que la existencia de una autorización general o de una resolución del TDC o, en su caso, de la Comisión, que conceda una autorización singular o que no se oponga a una operación de concentración no significa automáticamente la exclusión de la antijuridicidad o «culpa objetiva» a los efectos de la responsabilidad civil; sólo constituirán una primera exclusión formal de la misma pero que debe ser contrastada en cada supuesto concreto con base en las circunstancias del caso”.

LDC), toda vez que durante muchos años ésta función fue de competencia exclusiva de la Comisión, por lo que al día de hoy se carece de experiencia práctica en la materia<sup>57</sup>.

Dos comentarios finales respecto de la prueba del ilícito antitrust:

Sea cual fuere el medio de prueba utilizado, debe tenerse en cuenta que la existencia del ilícito antitrust no es por sí misma prueba de los daños padecidos, ni mucho menos de la responsabilidad civil del infractor. Habrá conductas que a pesar de su ilicitud no causan daños particulares, por ejemplo, los acuerdos que tienen objeto restrictivo pero cuyos efectos no llegan a concretarse dentro del mercado, en estos casos, resulta claro y patente el daño al interés público pero no el daño a los intereses o derechos de ningún particular, con lo cual únicamente será procedente la imposición de sanciones administrativas (multas) y, la consecuente absolucón del infractor desde el punto de vista civil.

Por último hay que señalar que la doctrina considera que también en los casos de concentraciones económicas adelantadas en forma contraria a la ley<sup>58</sup>, hay lugar a demandar la indemnización de los daños y perjuicios padecidos<sup>59</sup>. En nuestro concepto, esta opinión resulta acertada, como quiera que al igual que las normas sobre acuerdos colusorios y de abuso de posición dominante, las normas sobre control de las concentraciones económicas también protegen intereses privados, los cuales pueden verse lesionados cuando una o varias empresas actúan en forma contraria a la ley, ya sea porque realizan la operación de concentración sin las autorizaciones correspondientes, o sin cumplir los compromisos o condicionamientos impuestos por las autoridades de competencia o, bien porque exceden los términos en que se ha autorizado la operación respectiva. Lo que en todo claro debe quedar claro es que al contrario de los acuerdos y los abusos que están prohibidos, las concentraciones son operaciones lícitas que devienen ilícitas al celebrarse o realizarse contra lo dispuesto en la ley.

---

<sup>57</sup> Respecto de las dificultades derivadas de la aplicación judicial del artículo 81.3 del TCE puede verse J. PADILLA ATILANO e I. GUTIÉRREZ, Inmaculada, "Las dificultades de la aplicación judicial del art. 81.3: apuntes para el debate". En Santiago Martínez Lage y Amedeo Petitbò Juan (Dirs.). *La modernización del derecho de la competencia*. Madrid-Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2005.

<sup>58</sup> El control de las concentraciones de empresas se encuentra regulado en el ámbito comunitario a través del Reglamento (CE) No. 139 de 2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004 y del Reglamento (CE) No. 802 de 2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al procedimiento que se sigue en los casos de concentraciones empresariales. En España se rige por lo dispuesto en el capítulo II de la LDC y el RD 1443 de 2001 (la vigencia de este RD se ha extendido hasta tanto el Gobierno Nacional no expida una nueva reglamentación sobre la materia).

<sup>59</sup> De esta opinión es CREUS, Antonio. "La aplicación judicial". En Santiago Martínez Lage y Amedeo Petitbò Juan (Dirs.). *La modernización del derecho de la competencia*. Madrid-Barcelona: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2005, pp 85 y 86 quien afirma "Creo necesario proponer que se extienda la acción privada a las situaciones que se deriven de compromisos ofrecidos o condiciones impuestas para la aprobación de una operación de concentración. Esto permitiría a las empresas no tener que depender de las actuaciones que considere oportunas la Administración, sino que podría acudir al juez para ejecutar las referidas condiciones o compromisos, con lo que se aumentaría la vigilancia del cumplimiento de las condiciones derivadas de una operación de concentración".



Finalmente hay que señalar que en caso de instaurarse un sistema de responsabilidad objetivo en materia de ilícitos antitrust, la conducta ilícita pasa a jugar el rol protagonista, pues acreditada su existencia, el infractor debe acudir a la reparación de los daños, pudiendo exonerarse sólo por supuestos excepcionales.

## 1.2. Los daños resarcibles

La víctima debe probar el daño, elemento esencial de la responsabilidad<sup>60</sup>.

Sea lo primero, diferenciar entre el daño concurrencial entendido como aquel que afecta la “libre competencia” y más estrictamente el “interés público” que recae sobre ella y, los “daños concurrenciales individuales o privados”, es decir, aquellos que derivan de un comportamiento contra la libre competencia pero que impactan en el patrimonio o los derechos personales de uno o varios operadores económicos.

Existen daños concurrenciales que no afectan intereses individuales y en relación con los cuales sólo resultan aplicables las sanciones de naturaleza administrativa, es el caso por ejemplo de los acuerdos que tienen “por objeto” restringir la competencia sin que sus efectos se materialicen en el mercado ni causen un daño individual. También existen algunos daños derivados de conductas contra la libre competencia, que no dan lugar a la aplicación de sanciones administrativas porque no afectan de manera sensible el funcionamiento del mercado<sup>61</sup> y por tanto no pueden considerarse en estricto sentido como ilícitos antitrust, pero que, en caso de lesionar los derechos de un particular pueden dar lugar a una demanda de responsabilidad civil, en este grupo, podemos incluir las conductas cobijadas por la regla de *minimis*.

Además de estas alternativas, lo que ocurre en la mayoría de casos es que una conducta anticoncurrencial afecta tanto el funcionamiento del mercado como los derechos individuales de uno o varios de los competidores o consumidores que desarrollan su actividad dentro del mismo, en este supuesto, resultan aplicables tanto las sanciones administrativas como los efectos civiles que derivan de la trasgresión de las normas de libre competencia y precisamente en razón de esta simultaneidad de efectos, es que se promueve el establecimiento de un sistema coordinado y complementario de aplicación pública y privada de las normas de libre competencia.

---

<sup>60</sup> F. HINESTROSA. *Libro de Escritos Varios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 695 y 696 “Punto de partida, primer paso ineludible es que haya daño; si la víctima no logra acreditar el daño, acreditar el daño en sí, en sus respectos y luego en su cuantía, pues no va a tener indemnización. Si logra acreditar la presencia del daño, pues no es el daño un globo general esparcido, sino en sus rubros, aspectos concretos y con pruebas idóneas, idóneas no, desde el punto de vista formal, sino de su conducencia”. J.C. HENAO. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36 “El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma (...)”.

<sup>61</sup> F.L. DE LA VEGA GARCÍA, Fernando *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial...* Op. Cit., p. 248 “En el caso de que la conducta realizada no llegara a presentar la dimensión requerida, no se estaría dentro del ámbito de las normas de defensa de la competencia, por lo que éstas no participarían en la delimitación del modelo de conducta ilícita. Sin embargo, ello no debería excluir de forma definitiva la posible interposición de acciones derivadas del daño causado por una conducta concurrencial sin la dimensión requerida y fundadas en normas ordenadoras de la actividad concurrencial, pues su deslealtad puede poner de manifiesto (*iuris tantum*) la ilicitud necesaria para fundamentar el efectivo resarcimiento del daño”.

En cuanto se refiere a los que hemos denominado daños concurrenciales privados, debemos distinguir entre aquellos que afectan a un competidor concreto y suscriben sus efectos nocivos a esa única relación y, los que afecten los derechos de un conjunto de individuos ajenos a la relación de competencia (terceros en el mercado) con quienes el infractor puede o no tener vínculos contractuales, es por ejemplo el caso de un acuerdo de precios que además de afectar a un productor concreto -a quien se pretende excluir del mercado-, lesiona los derechos de los distribuidores y subdistribuidores, quienes ven alterada su actividad en razón de la restricción.

La conducta anticoncurrencial puede llegar a afectar incluso, los intereses de sujetos que simplemente desarrollan su actividad en el mercado en el cual se ha suscitado la restricción o, que actúan en mercados conexos con éste, como pueden ser los consumidores o usuarios del servicio o producto de que se trata; pero además hay que considerar que una conducta restrictiva puede repercutir en diversos mercados geográficos y de productos, por lo que la definición de estos no constituye un límite para las reclamaciones o las demandas de responsabilidad civil, lo que realza la importancia y la necesidad de establecer una regulación del tema en el ámbito comunitario e igualmente plantea la importancia de una reglamentación detallada del mismo a través de disposiciones de Derecho Internacional Privado (D.I.P.).

Contra la distinción entre daño concurrencial y daño concurrencial privado, se podría argumentar que la conducta restrictiva ilícita es una sola y que el daño en sí mismo también lo es. No obstante, pese a ser uno solo el hecho dañino, la clasificación mencionada deviene como consecuencia necesaria del impacto que tiene la conducta ilícita sobre dos dimensiones o esferas completamente distintas, en otras palabras, según si la conducta impacta sobre el interés general alterando el funcionamiento del mercado y/o produce uno o varios daños en el patrimonio de la víctima.

Pero además de la categorización anterior, algunos autores prefieren diferenciar entre daños al mercado, daños a los consumidores y daños a los competidores, según los intereses que se afecten o sobre los cuales recae el impacto de la conducta restrictiva. Lo cierto es que los daños al mercado pueden considerarse como el prototipo de los daños concurrenciales, respecto de los cuales por regla general resulta procedente la imposición de sanciones administrativas; por su parte, los daños al consumidor y a los competidores, son por esencia daños concurrenciales individuales o privados, que pueden dar lugar a la declaración de responsabilidad civil siempre que se cumplan los demás requisitos estructurales de ésta, sin que ello excluya de plano la aplicación de sanciones administrativas, las cuales según indicamos antes pueden ser y generalmente son de carácter concurrente.

Atendiendo estas observaciones, a continuación nos vamos a referir a los daños concurrenciales privados, ya sea que los intereses afectados con la conducta restrictiva sean de titularidad de un competidor del infractor con quien existe o no una relación contractual o, ya sean derechos o intereses que pertenezcan a terceros que no se encuentre en relación de competencia con aquél o que incluso actúan por fuera del mercado relevante dentro del cual se suscita la trasgresión.

Como en cualquier otro asunto de responsabilidad civil los daños antitrust que hemos denominado "privados" deben ser personales, directos, ciertos y antijurídicos.

Los daños son personales cuando han ocasionado un perjuicio a quien solicita su indemnización<sup>62</sup> y son directos cuando se producen como consecuencia inmediata de la conducta dañina, en este caso del ilícito antitrust.

Además deben ser injustos o antijurídicos<sup>63</sup>, es decir, que sobre ellos debe ser posible adelantar un juicio de desvalor jurídico. Este último requisito es particularmente importante en el ámbito del derecho de la libre competencia, ya que muchos de los daños que pueden suscitarse dentro de éste son lícitos, es decir, que son daños que se generan por el normal y legal desarrollo de la libertad de empresa dentro de la economía de mercado, que por tanto deben ser soportados y que en consecuencia no son indemnizables. En efecto, si las ventas de una empresa se reducen en forma considerable debido a las estrategias lícitas y leales de sus competidores, o por la entrada de nuevos operadores al mercado, los daños patrimoniales del empresario titular de la empresa tales como la reducción de ventas, la pérdida de cuota de mercado, la pérdida de clientela etc., no son daños injustos, o lo que es lo mismo, respecto de ellos no es posible realizar un juicio de antijuridicidad, por lo que en principio no sería procedente ninguna condena<sup>64</sup> y la víctima estaría en el deber de soportarlos.

Referidos estos requisitos generales, detengámonos en los tipos de daños indemnizables.

### 1.2.1. Indemnización y Tipología del daño

El principio general en materia indemnizatoria es que siempre que sea posible debe preferirse la reparación in natura de los daños<sup>65</sup>. De no ser posible total o parcialmente la reparación *in natura*, el responsable podrá resarcir los daños causados a través del equivalente pecuniario de las prestaciones, con independencia de que algunas de ellas no puedan cuantificarse de esta forma, pues respecto de ellas la indemnización tendrá

---

<sup>62</sup> Ver J.C. HENAO. *El daño*. Op. Cit. p. 93.

<sup>63</sup> Para algunos autores, el requisito de la antijuridicidad no se predica del daño sino de la acción. Ver a este respecto la doctrina citada por F.L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial...* Op. Cit., pp. 188 y 189 quien considera que la antijuridicidad se proyecta tanto sobre la acción como sobre el daño "(...) Parece que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la antijuridicidad, como aspecto objetivo del modelo de conducta ilícita debe proyectarse tanto sobre el daño como sobre la conducta realizada. Sin llegar a identificarla con el daño concreto, la antijuridicidad presupone la lesión de un interés jurídicamente tutelado mediante la realización de una conducta que objetivamente es contraria a Derecho precisamente porque su realización causa un daño, real o potencial, a aquel interés. Por tanto el concepto de antijuridicidad debe proyectarse simultáneamente sobre el daño, entendido en sentido amplio, y sobre la conducta, teniendo en este punto una postura dualista".

<sup>64</sup> F.L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial...* Op. Cit., p. 262 "(...) en un ámbito de lucha concurrencial el ámbito del daño lícito es mucho más amplio que en otros sectores de la realidad social. En este sentido, la existencia de un daño concurrencial al competidor es un fenómeno connatural al acto de concurrencia, pues, por virtud del principio de libre competencia, una empresa puede, con carácter general, dañar a un competidor hasta la ruina sin tener, en principio que indemnizarle".

<sup>65</sup> *Ibíd.* p. 61 "Respecto de los perjudicados por actos de concurrencia ilícitos resulta conveniente que el daño concurrencial causado sea, en la medida de lo posible, materialmente reparado, pues una simple subrogación pecuniaria del perjuicio (que no puede llegar a tener una naturaleza sancionadora debido a que ello incumpliría la función normativa de la responsabilidad civil) podría no resultar suficiente para reparar el daño causado en un ámbito de mercado".

simplemente efecto compensatorio y restablecedor de la situación y las condiciones de la víctima.

En este orden de ideas, lo primero es determinar si en materia de responsabilidad por ilícitos antitrust, la indemnización tiene un efecto puramente compensatorio en virtud del cual se pretende dejar a la víctima indemne o en la situación más parecida a aquella que tenía con anterioridad al daño, o si además de este efecto, la indemnización tiene un componente sancionatorio como ocurre en el sistema Norteamericano con los daños punitivos.

Tanto en el Derecho Comunitario como en el español y en el sistema jurídico colombiano, prima el carácter compensatorio de la responsabilidad civil, cuya finalidad es por consiguiente, la de “restablecer” a la víctima en las condiciones que tenía o disfrutaba con anterioridad al advenimiento del daño, sin que en ningún caso la condena deba mejorar o empeorar tales condiciones, pues ello podría generar un enriquecimiento o empobrecimiento injustificado.

Precisamente, atendiendo esa finalidad, se ha venido construyendo y consolidando el principio de la indemnización integral de los daños, reconocido por la Jurisprudencia española y establecido por el legislador colombiano en la Ley 446 de 1998 y desarrollado por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, en el tema de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust ya se ha abierto la discusión sobre la conveniencia de admitir las condenas en daños punitivos, de forma tal, que junto al carácter compensatorio parece surgir una nueva función de las normas de responsabilidad y en concreto de las condenas al pago de los daños y perjuicios, que no es otra que la función represiva o sancionadora. La puerta de entrada a la figura de los daños punitivos parece ser el Derecho Comunitario, desde el cual es probable que se difunda a los ordenamientos jurídicos de los países integrantes de la UE que aún no contemplan la aplicación de esta figura.

Puestos en antecedentes, corresponde ahora siguiendo la tradicional regulación sobre la tipología de los daños y a efectos de nuestra explicación subsiguiente, acoger la clasificación que distingue entre daños materiales y no materiales. En todo caso se pone de presente que en España, alguna parte de la doctrina civil prefiere seguir la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales y, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por diferenciar entre los daños materiales, los corporales y los daños morales o daños al patrimonio moral, dentro del cual incluyen la indemnización del perjuicio moral propiamente dicho y el reconocimiento del perjuicio fisiológico. Las particularidades de la doctrina y de la jurisprudencia española no son óbice para los comentarios que a continuación se realizan.

En el campo de la responsabilidad civil por ilícito antitrust se ha reconocido -al igual que ocurre en otros ámbitos- que el resarcimiento de los **daños materiales** incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Tratándose de **daños no materiales**, el tema es un poco más complejo. Alguna parte de la doctrina considera que esta clase de daños no son resarcibles tratándose de personas jurídicas, como quiera que respecto de ellas no es posible alegar la lesión a derechos

personalísimos e íntimos. En relación con las personas naturales podría eventualmente resarcirse el daño moral siempre que se acreditase que la víctima del comportamiento anticoncurrencial hubiese padecido una aflicción, congoja o tristeza como consecuencia de la afectación de su actividad comercial, lo cual en principio parece no ser tan frecuente o común en este campo, aunque no por ello de imposible existencia.

Lo que es claro, es que en la mayoría de eventos las conductas colusorias y abusivas se traducen en daños materiales y dentro de ellos, en daños a la actividad comercial, los cuales se manifiestan tradicionalmente bajo la forma de pagos excesivos y/o la pérdida de ganancias de la víctima<sup>66</sup>.

Como ejemplo de daños materiales tenemos la reducción de las ventas, la pérdida de clientela, la reducción del volumen de negocios y, más genéricamente, la pérdida de cuota de mercado<sup>67</sup>. También pueden concretarse los daños, en la pérdida de una oportunidad contractual y, en concreto, en la pérdida de los ingresos que la víctima esperaba obtener con el desarrollo de la oportunidad contractual que se ha visto frustrada por el daño<sup>68</sup>. En todos estos casos estamos frente a supuestos de lucro cesante.

Un primer problema sobre el reconocimiento de los daños materiales, consiste en determinar si cada uno de ellos tiene existencia o ámbito propio o, si todos ellos son en realidad de verdad un sólo daño que se traduce en la afectación negativa del desarrollo de la actividad económica de la víctima, que se manifiesta como una cadena de consecuencias adversas. También resultará complicado determinar qué rubro del daño no se debe a la conducta del infractor sino a las condiciones propias del mercado o al comportamiento de la víctima, que pudo y no limitó la intensidad del mismo (problemas de causalidad).

Un segundo gran problema se refiere a la cuantificación de los daños. Se discute cuál debe ser el punto inicial o de referencia que debe utilizarse para hacer el cálculo de los perjuicios y qué factores deben considerarse para que la indemnización se restrinja a los daños directos y no resulte extendida de forma artificial.

---

<sup>66</sup> Nums. 127 a 129 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>67</sup> Sobre la reducción del volumen de negocios y la pérdida de clientela pueden verse las consideraciones en F. L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial* ... Op. Cit. p. 278 a 284. Ver al respecto las consideraciones hechas en las sentencia del juzgado de lo Mercantil No. 5 de Madrid de 11 de siembre de 2005 y la SAP de Madrid de 25 de mayo de 2006 por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra aquélla.

<sup>68</sup> Puede verse la sentencia del TS de 27 de julio de 2006, No. 801, sobre el tema del daño originado por la frustración de acciones judiciales "(...) la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad".

Así las cosas, corresponde ahora realizar algunos comentarios sobre la forma en que se regulan la tipología de los daños indemnizables en los tres sistemas jurídicos que han constituido el marco de nuestro análisis y según la clasificación antes escogida:

En el ámbito comunitario la tipología de los daños indemnizables es un asunto que depende directamente del desarrollo de los procesos de armonización en materia de responsabilidad civil, de manera que si existe norma comunitaria ella tendrá aplicación preferente<sup>69</sup>; en caso contrario, según el ordenamiento cuya aplicación se invoque, se reconocerán o no los daños materiales y no materiales en cada una de sus distintas manifestaciones, dependiendo claro está de si estos se encuentran admitidos legalmente o de si se ha reconocido su resarcimiento por parte de la jurisprudencia. En cada ordenamiento el alcance y los límites con que se reconocen los distintos tipos de daños pueden cambiar por lo que resulta esencial definir las normas materiales y procesales que serán aplicables a la demanda de responsabilidad, sobre este punto nos referiremos más adelante.

En España como en Colombia, tratándose de la tipología de los daños indemnizables, además de las normas generales de responsabilidad civil y de la jurisprudencia sobre el tema, deberá tenerse en cuenta por ser ilustrativa y en algunos casos esclarecedora, la experiencia de los jueces civiles (España)<sup>70</sup> y de la SIC y los jueces civiles del circuito (Colombia) en el desarrollo de los procedimientos seguidos por la realización actos de competencia desleal y, en particular, las condenas en perjuicios proferidas en desarrollo de los mismos, esto, con el fin de conocer qué rubros se suelen reconocer y qué alcance se ha dado a cada uno de ellos.

En ambos ordenamientos jurídicos se dispone que **la indemnización de los daños materiales comprende el reconocimiento o pago del daño emergente y del lucro cesante** (art. 1613<sup>71</sup> y 1614<sup>72</sup> del C.C. y art. 1106<sup>73</sup> CC.).

---

<sup>69</sup> De forma general se ha reconocido que el derecho a la indemnización que corresponde a las víctimas incluye el daño moral. STJCE del 12 de marzo de 2002, asunto C-168 de 2000 “*24 Procede, pues, responder a la cuestión planteada que el artículo 5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado.*”

<sup>70</sup> Ver al respecto la STS de 11 de julio de 2006, la cual resulta ilustrativo de los rubros que conforman el petitum de la demanda por la realización de actos denigratorios.

<sup>71</sup> Art. 1613 del Código Civil Colombiano (C.C.) “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.*”

<sup>72</sup> Art. 1614 del C.C. “*Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*”

<sup>73</sup> Art. 1106 del Código Civil Español (CC) “*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo la disposiciones contenidas en los artículos siguientes.*”



El único antecedente específico en España sobre el alcance de la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción de las normas de libre competencia, es la sentencia del Juzgado de lo Mercantil No. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005. Esta decisión se refiere al carácter directo de los daños y en concreto del lucro cesante reclamado por la empresa demandante (Conduit Europe S.A.) a la demandada (Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España). En el caso, la empresa Conduit reclamaba el pago del lucro cesante por la pérdida de cuota de mercado que se había producido como consecuencia del abuso de posición dominante ejercido por la demandada. El Juzgado no accedió a la pretensión que por este concepto se había formulado, al considerar que las pruebas allegadas y fundamentalmente lo dispuesto en el dictamen pericial no acreditaba que la pérdida de cuota de mercado se hubiese debido al comportamiento restrictivo que se imputaba a Telefónica; antes por el contrario, de otras pruebas obrantes en el expediente -señala el Juzgador- podía deducirse que en la determinación de la cuota del mercado habían influido factores tales como la inversión, la preparación de capital humano y la publicidad. Igualmente, se demostró que a pesar del comportamiento abusivo de Telefónica, Conduit había adoptado medidas alternativas para acceder a la información sobre los abonados *“por lo que la cuota de mercado obtenida por la actora no [podía] entenderse disminuida por la mala calidad u omisiones de los datos facilitados por la demandada (...)”*, más, cuando en efecto, la condena proferida contra la sociedad demandada incluía los costes que había supuesto a la demandante acudir a esas fuentes alternativas de información.

Sobre el alcance de esta decisión valga señalar: La condena al pago de los gastos en que incurrió Conduit para acceder a una información que en un principio debía haberle suministrado Telefónica, constituye simplemente el reconocimiento del daño emergente sufrido por aquella y, en nada resarce los perjuicios por la reducción de clientes y la pérdida de mercado derivados del suministro de información errónea. La empresa demandante ha debido demostrar que pese a la existencia de otros factores que incidían en la cuota de mercado, la mala prestación del servicio derivaba de los datos inexactos o incompletos suministrados por Telefónica, habían repercutido de forma negativa en la calidad y efectividad de los servicios a cargo de la demandante y, en consecuencia, había provocado la pérdida de clientes y la consiguiente reducción de cuota de mercado.

**Tratándose de los daños no materiales en su modalidad o subespecie de daños morales**, hay que señalar que tanto en el contexto comunitario como en el Derecho Español y el Derecho Colombiano se admite su resarcimiento; las particularidades y diferencias entre estos ordenamientos, se refieren esencialmente a la procedencia, el alcance y la forma de la indemnización cuando la víctima es una persona jurídica.

Coinciden el ordenamiento español y colombiano en el contenido mismo del daño moral. Se considera en términos generales que este daño se manifiesta como el dolor, la aflicción y la congoja<sup>74</sup> que deriva de la lesión o afrenta a un derecho inmaterial o personalísimo<sup>75</sup>; por estas razones, se tiene por admitido que su indemnización no tiene

<sup>74</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección Única, de 9 de diciembre de 2003 *“En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la sentencia de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiva para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece”*.

<sup>75</sup> STS, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2002 *“No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo”*

como fin reparar el daño sino compensar el sufrimiento padecido por la víctima, pues en sí mismo se trata de un daño que no puede cuantificarse pecuniariamente<sup>76</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia admite un cierto grado de flexibilidad probatoria a la hora de demostrar la existencia del daño moral, debido a que este en sí mismo no depende de factores objetivos<sup>77</sup>. El TS reconoce también que el juez dispone de un alto grado de discrecionalidad al momento de apreciar y establecer el quantum indemnizatorio de este tipo de daños, discrecionalidad que tiene como fin garantizar la indemnización adecuada y plena de las víctimas<sup>78</sup>.

---

*atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197; ApNDL 3639), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «pretium doloris». Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial”.*

<sup>76</sup> STS de 22 de septiembre de 2004: “(...) Puede en esa línea” entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum” económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. (...) En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar -siguiendo esa jurisprudencia-, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamentado posterior de su reclamación por daños morales...”. Ver también la STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2000 y la STS de 4 de octubre de 2006..

<sup>77</sup> STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6, de 25 de julio de 2003: “(...) el daño moral no necesita de especiales acreditaciones, ya que carece de módulos o parámetros objetivos y que ha de presumirse como cierto, según ha dicho en más de una ocasión este Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de veintitrés de octubre de dos mil dos (RJ 2003, 259), debiendo valorarse en una cifra razonable al prudente arbitrio de la Sala, a fin de que su reparación sea integral, por cuya razón procede desestimar el motivo de impugnación alegado”. STS, sala de lo contencioso administrativo, sección 6, de 16 de marzo de 2002: “SEGUNDO En nuestra Sentencia, invocada como base de este recurso de casación para unificación de doctrina, se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la reparabilidad del daño moral, según la cual «por su carácter afectivo y de “pretium doloris” carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo»”. En igual sentido la STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2000, STS Sala de lo Civil de 5 de octubre de 1998.

<sup>78</sup> STS de 4 de octubre de 2006 “El motivo no puede prosperar. Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 31 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2956]; 25 junio de 1984 [RJ 1984, 1145]; 28 de abril de 2005 [RJ 2005, 3944]; 10 de febrero de 2006 [RJ 2006, 674], entre otras)”.

Las mayores dudas sobre el contenido de la indemnización y, en concreto, sobre la admisión y el resarcimiento de los daños morales se plantean en el campo de los daños ocasionado al buen nombre comercial o "Good Will". El tema resulta de especial relevancia en el ámbito de los comportamientos anticoncurrenciales por la frecuencia con que los ilícitos antitrust generan esta clase de perjuicios a los empresarios (naturales o personas jurídicas).

Algunos autores consideran que los daños que sufren tanto las personas naturales como jurídicas cuando se afecta su buen nombre o reputación mercantil deben resarcirse en su favor como daños morales. Otros consideran que los daños al buen nombre -como manifestación del derecho a la honra-, no pueden predicarse de las personas jurídicas debido a que estas carecen de derechos personalísimos, por lo que respecto de ellas no cabe la indemnización de dichos daños bajo el rubro de daños morales, sin embargo lo que ocurre es que se resarcirán los efectos patrimoniales que derivan de la afectación a la reputación o buen nombre, es decir, las repercusiones patrimoniales en la actividad comercial desarrollada por la persona jurídica, tales como la reducción de la clientela, de las ventas o la pérdida de cuota de mercado, por lo que en realidad podemos afirmar que trata de la indemnización de daños patrimoniales o materiales indirectos también denominados como daños morales indirectos<sup>79</sup> y no de daños morales en sentido estricto.

En España, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, los daños a la reputación de las personas naturales de consideran resarcibles o indemnizables como daños morales. En efecto, la STS del 11 de julio de 2006 estableció: *"La reputación de una persona está protegida constitucionalmente a través del derecho al honor en el artículo 18 CE ( RCL 1978, 2836), y así se ha admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1995, de 17 de mayo ( RTC 1995, 75) , que incluye en el derecho al honor el prestigio profesional cuando la difusión de los hechos excede de la libre crítica a la labor profesional (ver asimismo SSTC 180/1999, de 11 de octubre [ RTC 1999, 180] y 14/2003, de 28 de enero [ RTC 2003, 14] ). Por ello, la indemnización acordada [sobre los daños morales] es absolutamente correcta"*.

Así mismo, el TS ha estimado que las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la honra<sup>80</sup> y, en consecuencia, que los daños o afrentas contra este derecho

---

<sup>79</sup> Puede verse al respecto la STS del 27 julio de 2006, No. 801.

<sup>80</sup> STS, Sala de lo Civil de 9 de octubre de 1997 se afirmó: *"La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara y sigue la que había iniciado la Sentencia de 9 diciembre 1993 y desarrolla la del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 septiembre, que deniega el recurso de amparo que se formuló contra la anterior. Esta sentencia del Tribunal Constitucional expone una doctrina que se resume así: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena"*. Las Negrillas son del texto. También resultan importantes las consideraciones hechas en la Sentencia del Juzgado de Primera instancia de Madrid de 12 de abril de 2005, en la cual se hace referencia a la unificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia: *"Ya con posterioridad se ha unificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al debate anterior y se admite expresamente la tutela del honor de las sociedades mercantiles y no simplemente de aquellas personalistas ( STS 21 de mayo de 2001, STS 9 de octubre de 1997 [ RJ 1997, 7613] ) al establecer que si*

bajo la forma de afectación al buen nombre o a la reputación mercantil, pueden resarcirse bajo el rubro o el reconocimiento de daños morales. En efecto, en la STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2002 se afirmó: *“El daño moral es el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas. Ya la añeja sentencia de 31 de marzo de 1930 se refirió en sentido afirmativo a las lesiones al prestigio mercantil de una persona moral o jurídica que sufría la afrenta. (...) A diferencia de los entes físicos en que el daño moral se traduce en sufrimiento, angustia, preocupación, en los entes jurídicos se manifiesta en el prestigio y estima moral en el concepto público que aquí ha alcanzado la resonancia que proclama el «factum» y que cuantifican los órganos de instancia al venirles así atribuido dicho cometido -sentencias, por todas, de 15 de diciembre de 1982, 18 de julio y 9 de octubre de 1996- y que no consta haya incurrido en equivocación o error por lo que debe mantenerse”*<sup>81</sup>.

En Colombia, la jurisprudencia ha admitido como perjuicio indemnizable el daño al buen nombre empresarial o “good will”, siempre que la víctima pruebe los elementos constitutivos de este concepto y, desde luego, el menoscabo sufrido en cada uno de ellos por la conducta del infractor. Así mismo, en los casos de competencia desleal la SIC ha considerado admisible la reclamación de daños por lesiones al buen nombre empresarial<sup>82</sup>. A diferencia de la jurisprudencia española, tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana estiman que los daños tanto al “good will” como al know how son daños materiales -aún cuando el peso de la acción o la conducta dañina afecta derechos inmateriales-, toda vez que el hecho (daño) no lesiona ni sentimientos ni derechos personalísimos sino la actividad comercial y por ende los rendimientos que cabría esperar de ella<sup>83</sup>. Conforme a estas consideraciones, en el ordenamiento

---

*bien el derecho al honor tiene en la Constitución un sustrato personalista, como inherente a la dignidad humana (art. 18 CE), ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio, moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos y así puede traducirse en una pérdida de confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello, como consecuencia de que también las personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en que están integradas”.*

<sup>81</sup> En sentido similar STS, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1996 y en la STS, Sala de lo Civil 28 de febrero de 1994.

<sup>82</sup> Auto de la SIC No. 3449 de 2005 *“Así las cosas, este Despacho considera que para entrar a estudiar el daño o deterioro al buen nombre de la empresa SERONO, el incidentante debe probar, entre otros aspectos, el prestigio que tiene frente a los demás y al público en general, en especial el que ha ganado en sus relaciones comerciales con el Instituto de los Seguros Sociales, la fama que ha forjado aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona; así como los elementos que hacen parte de este concepto. En este sentido, es importante señalar que una vez estudiado el conjunto de medios probatorios obrantes en el expediente, esta Superintendencia considera que el incidentante no probó, en primer lugar, la existencia de la fama o prestigio que tenía en relación con el Instituto de Seguros Sociales y, en segundo lugar, la existencia de los elementos que hacen parte de Good Will para de esta forma poder establecer su daño o desmedro”.*

<sup>83</sup> J.C. HENAO. Op. Cit. pp. 249 y 250 *“Es claro que una persona jurídica puede sufrir daño tanto en su good will como en su know how, pero dichos daños son de contenido patrimonial y por ellos los citados ejemplos del profesor italiano [se refiere a De Cupis] no sirven para ilustrar los daños inmateriales. (...) Es por ello que tal*

colombiano habrá que admitir que el daño moral entendido como la aflicción o la afectación de los sentimientos sólo puede reconocerse en favor de la víctima cuando se trate de una persona natural sea ésta parte o no de una persona jurídica; tratándose de éstas últimas la afectación a su reputación se resarcirá como daño material bajo la forma común de lucro cesante.

Además de lo ya señalado, en el ordenamiento jurídico colombiano, puede ser ilustrativo para el juez a efectos de establecer los perjuicios indemnizables en los casos de ilícitos antitrust, lo dispuesto en el art. 1324 del C. de Co.<sup>84</sup>, en el cual se ha dispuesto el derecho del agente a la indemnización de los perjuicios y los componentes de dicha condena cuando el contrato se termina de manera injustificada. La indemnización a la que se refiere la citada disposición legal, puede concurrir con el reconocimiento y la orden de pago de la cesantía comercial.

Igualmente, puede ser ilustrativa la jurisprudencia relativa a este contrato y a otros de distribución mercantil como la concesión, el suministro o la franquicia, por ejemplo, a efectos de determinar en qué medida la pérdida de clientela puede considerarse como un perjuicio indemnizable, dada su importancia, su regulación como bien inmaterial perteneciente al establecimiento de comercio<sup>85</sup> y los mecanismos de amparo o protección que sobre la misma se han dispuesto a través de las normas de competencia desleal<sup>86</sup>.

Otro aspecto importante dentro de la tipología de los daños indemnizables, se refiere a los daños que la víctima inicial ha repercutido en terceros, es decir, los denominados «passing-on». Sobre este tema habría que definir fundamentalmente dos aspectos: (i) Si sería admisible aceptar que el infractor de las normas de libre competencia alegase en su favor que los daños causados a quien demanda la responsabilidad han sido repercutidos por éste en otros empresarios o consumidores por lo que no resulta procedente su

---

*derecho, [El know how] a pesar de no tener medidas precisas, “generalmente corresponde a un estimado del potencial de mercado y su rentabilidad”, con lo cual su afectación cae en la órbita tradicional del daño material”.*

<sup>84</sup> Artículo 1324 del Código de Comercio Colombiana (C. de Co.) *“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”.*

<sup>85</sup> C. de Co. *“Artículo 516. Salvo estipulación en contrario se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio: 6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial (...)”.*

<sup>86</sup> LCDC *“Artículo 8º-Actos de desviación de la clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.*



indemnización y (ii) Si sería posible a los damnificados indirectos, es decir, en quienes se han descargado aun en forma parcial los daños, iniciar una demanda de responsabilidad contra quienes han actuado en forma contraria a la libre competencia<sup>87</sup>.

Si bien, los «passing-on» ya han sido aceptados en el ámbito comunitario a través de la jurisprudencia del TJCE en los casos de demandas de responsabilidad extracontractual promovidas contra un Estado por el cobro excesivo o ilegal de tasas e impuestos; esto no es motivo suficiente para admitir una transposición o trasplante inmediato de dicha figura al ámbito de las relaciones de libre competencia, toda vez que en estas, la situación es mucho más compleja en razón de la multiplicidad de sujetos que pueden estar involucrados en la cadena de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios<sup>88</sup>. Hay además que considerar que en el ámbito comunitario la admisión de los «passing-on» se encuentra condicionada a la aplicación simultánea del principio del enriquecimiento injustificado, lo que trasladado al campo de los comportamientos anticoncurrenciales puede complicar aún más la situación de las víctimas.

Sobre los «passing-on» el LV plantea diversas alternativas que van desde negar su procedencia, hasta admitir su aplicación como mecanismos de defensa del infractor, con el problema que en este último caso se derivaría respecto de la cuantificación de los daños<sup>89</sup>.

En todo caso, de admitirse que los «passing on» constituyen un mecanismo de defensa, su efecto liberatorio sólo tendría un alcance parcial, siendo además necesario que fuesen acompañados de la regulación de los mecanismos adecuados para su cuantificación, a efectos de reclamar del infractor la parte de los daños que no ha sido trasladada ni repercutida en terceros, todo lo cual hace mucho más compleja la aplicación de las diferentes teorías o modelos existentes sobre la cuantificación de los daños a los cuales nos referiremos en el numeral siguiente<sup>90</sup>.

En cuanto a la legitimación de los damnificados indirectos, es decir, aquellos en quienes la víctima inicial del comportamiento restrictivo ha repercutido los daños, existen dos posiciones o dos opiniones encontradas. De una parte, con base en las consideraciones de la sentencia “Courage” se sostiene que tanto los damnificados directos como los indirectos pueden demandar la responsabilidad que deriva de los comportamientos anticoncurrenciales, esta es una tesis de legitimación amplia o generalizada. No obstante, dado que la legitimación extendida puede generar grandes dificultades que terminen por

---

<sup>87</sup> Apartados 156 y 157 del documento Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>88</sup> *Ibíd.* Apartados 165 a 167

<sup>89</sup> LV “La defensa «passing-on» o de daños repercutidos aumenta sustancialmente la complejidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios puesto que el reparto exacto de los daños dentro de la cadena de suministro podría ser excesivamente difícil de probar. Los problemas de prueba lastran también las acciones de los compradores indirectos, dado que éstos pueden ser incapaces de probar la magnitud del perjuicio sufrido y el nexo causal con la conducta infractora”. Ver también pregunta G.

<sup>90</sup> Apartado 163 del documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.



hacer inoperantes o excesivamente complejos los procedimientos de reclamación de daños, se plantea la necesidad de limitar el número de legitimados a las víctimas directas, en orden a garantizar una aplicación adecuada de las normas de responsabilidad, esta postura corresponde a una visión restrictiva de la legitimación. La alternativa que tendrían las damnificados indirectos, tal y como lo afirma el documento anexo al LV, vendría dada por la regulación de las acciones colectivas<sup>91</sup>.

### 1.2.2. Cuantificación de los daños.

Los daños deben ser ciertos<sup>92</sup>, ya sea presentes o daños futuros. Los daños eventuales no son indemnizables.

A la víctima le corresponde la carga de acreditar no sólo el daño (hecho), sino además la cuantía de los perjuicios sufridos (consecuencias del daño), pues aún en un sistema objetivo de responsabilidad la simple ilicitud de la conducta no es prueba ni del daño sufrido ni mucho menos del monto de la indemnización que deriva de su causación<sup>93</sup>.

Como lo indicamos en el numeral precedente uno de los principales problemas que existen en el ámbito de la responsabilidad por ilícitos antitrust está en la cuantificación de los perjuicios (materiales y no materiales, aunque las observaciones realizadas se refieren primordialmente a los primeros). Sobre este punto se discute cuál sería el baremo o el criterio más adecuado a la hora de cuantificar el monto de la indemnización y a partir de qué momento debería efectuarse dicho cálculo.

Tanto el LV como su documento anexo plantean el interrogante de si resultaría más adecuado efectuar el cálculo de los daños a partir de la pérdida sufrida por la víctima, o si sería un mejor criterio efectuar el cálculo de la indemnización a partir de la ganancia ilegal

---

<sup>91</sup> *Ibíd.* numerales 188 y siguientes.

<sup>92</sup> SAP Madrid de 25 de mayo de 2006 “(...) *En lo que asienta la sentencia recurrida sus conclusiones es realmente en la falta de certeza sobre la necesaria acreditación del lucro cesante y lo hace sosteniendo una correcta valoración de los elementos de prueba, sobre criterios absolutamente razonados y razonables. Es necesario previamente recordar que el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre.*”

<sup>93</sup> SAP de Madrid de 25 de mayo de 2006: “*Es necesario previamente recordar que el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre. Esto es así en materia de responsabilidad en general, y también lo es en sede de competencia desleal, en cuanto el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal, conforme al art. 18.5 LCD, requiere necesariamente acreditar la existencia de los daños y la cuantía de los mismos (STS de 23 de mayo de 2005, entre otras)*”. Negrilla fuera de texto

obtenida por los infractores<sup>94</sup>. Si bien, en principio se reconoce que puede ser más beneficioso a los intereses económicos de la víctima utilizar la segunda alternativa, como ocurre en el sistema Alemán<sup>95</sup>, consideramos que resulta más equitativo aunque menos fácil, calcular el monto de la indemnización a partir de las pérdidas sufridas por cada víctima; lo contrario, significaría admitir que con independencia del número de víctimas y de las condiciones de cada una de ellas, el monto indemnizatorio sería en todos los casos igual, lo que podría significar pagos excesivos a cargo de las empresas demandadas y enriquecimiento o empobrecimiento de algunas víctimas, según si el daño por ellas padecido ha sido menor o mayor al verdaderamente indemnizado.

Las pérdidas de la víctima como base para el cálculo de la indemnización de perjuicios, generalmente puede adoptar dos formas: Puede tratarse de cobros excesivos que han debido asumirse por la alteración de las condiciones de competencia o, consistir en la pérdida de ganancias *strictu sensu* producida por esta misma causa.

Previa la mención de los métodos que han sido empleados por la jurisprudencia en el proceso de cuantificación de los perjuicios, es necesario precisar, que no existen teorías, ni modelos, ni formulas matemáticas o económicas que puedan aplicarse en todos los casos y con igual garantía de éxito en todos los supuestos. Los métodos que se han venido diseñando son orientativos o con un valor restringido a los casos que presentan condiciones o características comunes. Dado que no existen disposiciones jurídicas que indiquen la prevalencia de un método sobre otro, más aún, cuando unos y otros pueden sobreponerse o emplearse a efectos de contrastar los resultados que arroja su aplicación práctica, es el juez quien debe valorar la utilidad y la fiabilidad de cada método frente al caso concreto.

Tanto en el “Analysis of economic models for the calculation of damages (the “Economics Report””, de 31 de agosto de 2004, elabora por Ashurst, como en el documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, anexa al Libro Verde, se describen algunos de los métodos empleados fundamentalmente por los jueces Norteamericanos para calcular el monto de los perjuicios<sup>96</sup>.

Los diferente métodos de cálculo coinciden en el hecho de que **la cuantificación de los daños se hace a partir de un análisis hipotético que consiste en determinar la situación en la cual se encontraría la víctima de no haber ocurrido la infracción a las**

---

<sup>94</sup> Apartado 112 del documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>95</sup> *Ibíd.* Apartado 115.

<sup>96</sup> Estos métodos pueden ser orientativos para el desarrollo de la función que sobre el particular se ha asignado a los jueces desde la entrada en vigencia del Reglamento 1/2003 y pueden eventualmente constituir la base de una futura reglamentación tanto a nivel comunitario como nacional sobre este tema.

**normas de competencia**<sup>97</sup>. Las particularidades por consiguiente vienen establecidas por los instrumentos utilizados por cada método para diseñar el escenario de no infracción<sup>98</sup>:

El método **before and after** consiste en hacer un estudio comparativo de la situación de la empresa-víctima antes y después de conducta restrictiva<sup>99</sup> y, en concreto, en establecer los precios aplicados antes y después del daño, a efectos de establecer el nivel adecuado que tendrían los precios en un escenario de no infracción o de libre competencia plena. En realidad este método consiste en determinar cuál sería la situación de las víctimas si no hubiese ocurrido la infracción a partir del análisis de la variación de los precios.

El método **yardstick approach** consiste en comparar el mercado afectado (del cual hace parte la víctima) con otro u otros mercados similares no afectados, a fin de identificar las condiciones que se han alterado como consecuencia de la conducta restrictiva. Es posible que la comparación no se suscite de forma directa con otro mercado sino en relación con empresas competidoras análogas. A partir de la comparación resulta posible establecer las condiciones que tendría la víctima de no haber ocurrido la infracción y, por tanto, los daños derivados de la alteración en las mismas.

Bajo el método **cost based approach** se comparan los costos promedios de producción de una unidad de producto agregando un margen de utilidad razonable para establecer cuál sería el precio aplicable en condiciones de competencia. El precio resultante se comparará con el aplicado por la empresa víctima tras la violación de las reglas de libre competencia.

A estos métodos, que podríamos considerar básicos, se agregan otros que son más exactos pero requieren de un mayor esfuerzo para su aplicación, del suministro de datos más exactos y sobre todo de conocimientos especializados sobre metodologías matemáticas y económicas. El documento anexo del LV plantea sobre este particular sí la mayor exactitud es suficiente para justificar el uso de estos métodos complejos, teniendo en cuenta que su aplicación supone mayores costos en el proceso probatorio y un mayor tiempo de dedicación a esta actividad, aspectos estos que desde luego obrarían en contra de los intereses y el bienestar de las víctimas. Los métodos complejos son:

El **price prediction approach**, a través del cual se pretende establecer o predecir a través de modelos econométricos, los precios que serían aplicables si no hubiese ocurrido la infracción, teniendo en cuenta para ello determinantes históricos de precios o criterios comparativos con otros mercados.

El **theoretic modelling approach** simula un modelo oligopolístico a efectos de establecer las consecuencias o efectos de la distorsión a la libre competencia dentro del mercado.

---

<sup>97</sup> Apartado 126 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>98</sup> En la descripción y alcance de los métodos utilizados para la cuantificación de los perjuicios sigo el contenido del documento Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, en particular sus apartados 130 a 139.

<sup>99</sup> F.L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial...* Op. Cit. p. 289.

No obstante la exactitud de los métodos que hemos considerado como “complejos”, en ocasiones se ha preferido acudir a la aplicación del llamado **the sampling method**, con base en el cual a partir de datos generales se establecen las condiciones que tendría cada una de las empresas en el mercado de no haber existido la restricción. No es un método exacto, pero además de su fácil aplicación, su uso puede resultar conveniente tratándose de demandas colectivas.

Finalmente, se encuentra el método de **ex aequo et bono**, según el cual, el juez en equidad y sin necesidad de cálculos matemáticos complejos es quien establece el quantum de la indemnización<sup>100</sup>. De ser necesario, el juez puede recurrir a la colaboración de peritos designados directamente por él -y no por las partes<sup>101</sup>- para que colaboren con esta labor.

Junto a estos métodos, que se refieren fundamentalmente a situaciones en las cuales la lesión viene dada por el incremento de los precios o el cobro excesivo de los mismos, es decir, el cobro por encima del nivel competitivo, como ocurre respecto de los acuerdos de precios o acuerdos de repartición de mercados; el cálculo de la indemnización -tal y como se dijo antes- también puede establecerse a partir de la pérdida de los beneficios sufrida por la víctima como consecuencia del comportamiento restrictivo, sería el caso de conductas tales como la negativa unilateral a contratar, los acuerdos que limitan los niveles de producción o los desarrollos técnicos o la aplicación de condiciones discriminatorias para situaciones equivalentes.

La pérdida sufrida por la víctima también se puede establecer a partir de la definición del nivel de beneficios (teniendo en cuenta para ello el cálculo de las ventas, los descuentos y los flujos de caja) que tendría la empresa en un escenario de no restricción y por tanto de funcionamiento del mercado en condiciones de competencia (**earnings based approach**); o igualmente, a partir criterios financieros que permitan valorar los perjuicios comerciales sufridos, como pueden ser los valores de la empresa en los mercados bursátiles o las ganancias de negocios semejantes en la bolsa (**the market based valuation approach**); o finalmente, a través del valor tangible de las ganancias o beneficios, registrados tanto en los balances como en los libros de negocios (**the assets based valuation approach**)

Cuando en definitiva la indemnización no pueda establecerse en atención a la posición de la víctima en el mercado (mayores costos a su cargo o pérdida de ganancias o ingresos esperados), **dicho cálculo se podría realizar a partir de las ganancias ilegales obtenidas por el infractor**, en el caso por ejemplo de un cartel de precios o de un acuerdo de repartición de mercados, esas ganancias estarán determinadas por la diferencia entre el nivel de precios que debería existir en condiciones de competencia y aquellos que se aplicaron como consecuencia del acuerdo restrictivo.

---

<sup>100</sup> LV, Pregunta F.

<sup>101</sup> LV, Pregunta L, opción 35. la alternativa de los peritos o dictámenes de parte no parece conveniente dado los costos que tendría que asumir principalmente la víctima y dada la eventual demora o retrasos que ello generaría en el proceso.

Cabe resaltar que, ni el ordenamiento español ni en el Derecho Colombiano se regula el o los criterios a partir de los cuales se debería establecer el monto indemnizatorio, tampoco se establece el método que eventualmente podría emplearse para tales efectos.

En el ordenamiento español, la regulación del tema se limita a lo dispuesto en el art. 25 c) de la LDC, según el cual, la CNC dictaminará –a solicitud del órgano judicial competente– sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones en caso de infracción de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC. Con base en esta norma se obtiene la colaboración de la CNC como entidad especializada y con experiencia en la materia. El problema es que tampoco la CNC tiene establecido cuál es el criterio a partir del cual se puede hacerse el cálculo de los daños, lo cual deja a la víctima en las mismas condiciones iniciales, con el agravante de las demoras que pueden derivarse de la solicitud de cooperación, las cuales en principio parecerían no compensar la especialización que en el tema tiene la CNC.

En Colombia, a efectos de la cuantificación de los daños debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, que establece que “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”. Este principio que se ha denominado como “reparación integral del daño”, supone un derrotero interpretativo para el juez y un principio que deben seguir las partes en el desarrollo de la carga probatoria que les corresponde<sup>102</sup>. Pero además de este principio, en caso de que la víctima demuestre la existencia del daño pero no su cuantía, el juez puede ordenar un incidente de liquidación de perjuicios a fin de proceder a su tasación, esto ocurrirá -según nuestro parecer- en la mayoría de casos, pues tratándose de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust, la cuantificación implicará el uso de las facultades o potestades oficiosas del juez, concretadas por ejemplo en el decreto de una prueba pericial que valore o determine el alcance de los informes de expertos que se hayan podido allegar al proceso por las partes en conflicto y que analice las condiciones del mercado afectado antes y después de la infracción.

También resulta de importancia en relación con la cuantificación de los daños y perjuicios, lo dispuesto en el art. 243 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por medio de la cual se regula el régimen de propiedad industrial en los países de la Comunidad Andina de Naciones<sup>103</sup>. La mencionada disposición establece los criterios que deben atenderse a efectos de la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados a

---

<sup>102</sup> El Laudo proferido el 18 de marzo de 2002, por el tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point y Comunicación Celular S.A., Comcel: “*La indemnización de perjuicios debe ser completa, por lo cual debe resarcir todo el daño y solo el daño causado, llevando al acreedor a la misma situación que tendría si no hubiera acaecido el incumplimiento. No puede ser la indemnización una fuente de enriquecimiento para la víctima, ni para el infractor, por lo que su monto debe corresponder al daño causado*”.

<sup>103</sup> Decisión 486 de 2000 de la CAC: “**Artículo 243.-** Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”.

través de las acciones promovidas por los titulares de los derechos protegidos por la norma Andina a consecuencia de la vulneración de los derechos conferidos por ésta. Estos criterios, en nuestra opinión, podrían aplicarse por analogía a la cuantificación de los daños que derivan de los comportamientos restrictivos.

A parte de los problemas que plantea la cuantificación de los daños, **el LV cuestiona si la indemnización de los perjuicios debe incluir el pago de intereses o sólo las cantidades nominales no ingresadas o perdidas por la víctima. Igualmente se debate si la indemnización debe incluir un componente sancionatorio a la manera de daños punitivos**<sup>104</sup>.

En la actualidad, **es claro que la indemnización de los perjuicios debe incluir el monto de los intereses**, tal cual lo ha venido reconociendo tanto la jurisprudencia comunitaria<sup>105</sup> como la nacional.

A través del reconocimiento y la orden de pago de los intereses, se pretende garantizar que la indemnización que recibe la víctima se encuentra actualizada y por ende que sea integral<sup>106</sup>; con esta misma finalidad, la jurisprudencia también reconoce la necesidad de compensar la pérdida de valor derivada del paso del tiempo o de la ocurrencia de fenómenos económicos o alteraciones del mercado<sup>107</sup> que sean ajenas a la conducta de las partes.

Tanto en España como en Colombia, se encuentra regulado de forma expresa el pago de intereses tratándose del incumplimiento de las obligaciones dinerarias (art. 1617 del C.C. y art. 1108 del CC). Así mismo, se encuentra admitido que la indemnización de los perjuicios debe incluir este rubro tanto en eventos de responsabilidad contractual como extracontractual.

En Colombia, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, se reconoce el derecho de la víctima a recibir, además de los intereses remuneratorios, la suma correspondiente a la corrección monetaria, es decir, a recibir la suma nominal de los daños y perjuicios más la cuantía que resulta de calcular la pérdida del poder adquisitivo del dinero a consecuencia de los fenómenos inflacionarios. En todo caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la corrección monetaria no puede

---

<sup>104</sup> Libro Verde, Pregunta E, opciones 14 a 17. Al parecer en el caso de las demandas por daños derivados de ilícitos antitrust parece abrirse una ventana para aceptar los daños punitivos. Al respecto se destacan los comentarios de N. KROES. "Damages actions for breaches of EU competition rules... Op. Cit., *"I know that most Members States exclude damages which go beyond what is necessary to compensate the victims for the losses they have suffered. But I do think we need debate on how to create appropriate incentives for victims to go to court. Damages which go beyond pure compensation may be a necessary tool in this respect"*.

<sup>105</sup> STJCE, asunto C-271/91, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* y STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C-298 de 2004, apartado 97.

<sup>106</sup> Pueden verse al respecto las consideraciones de A. RILEY y J. PEYSNER, John, "Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?", *European Law Review- ELR-*, 2006, Vol. 31, No. 5, p.751. También puede verse la STJCE, asunto, C-271/91, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

<sup>107</sup> Apartado 123 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.



sumarse al reconocimiento de los intereses moratorios como quiera que estos llevan ya implícito el rubro de la corrección monetaria.

**Tratándose de los daños punitivos**, el documento anexo al LV resalta el hecho de que en la mayoría de los países integrantes de la UE se excluya la indemnización de esta clase de daños; no obstante, plantea la posible aplicación de esta tipología de daños respecto de las conductas que pueden calificarse como *hard core*, es decir, sólo en cuanto la conducta restrictiva (acuerdos de precios o acuerdos de repartición de mercados) o abusiva afecte de manera grave la libre competencia<sup>108</sup>.

A favor de la introducción de los daños punitivos en el sistema comunitario europeo, se afirma que éstos pueden incentivar la presentación de reclamaciones por parte de las víctimas e igualmente servir como elemento disuasorio de los infractores.<sup>109</sup> En este punto, se llama la atención sobre las consideraciones hechas por el TJCE en la sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C- 298 de 2004, en la cual se estima que la introducción de los *punitive damages* en las acciones de responsabilidad civil por ilícitos antitrust resultaba admisible siempre que dentro de la legislación nacional que sea aplicable al caso, esta tipología de daños esté reconocida respecto de acciones de similar naturaleza<sup>110</sup>.

En contra de los “daños punitivos” se esgrime que la finalidad de la responsabilidad civil en el sistema continental europeo es la de compensar o restablecer la situación de la víctima, sin que en ningún caso la condena tenga finalidades ejemplarizantes o disuasorias. No resultaría procedente, alegar que los daños punitivos constituyen una sanción al daño concurrencial (daños al interés público) pues en estos casos, tanto en España como en Colombia, lo procedente es la imposición de sanciones de naturaleza administrativa, por parte de la CNC o la autoridad autonómica o de la SIC, respectivamente<sup>111</sup>.

No consideramos ajustado a la función compensatoria de la responsabilidad civil, la introducción de los daños punitivos dentro de la condena a cargo del infractor. Nadie desconoce la labor ejemplarizante e incluso disuasoria que tienen estas condenas en el Derecho Norteamericano, pero tampoco puede desconocerse los efectos perversos de

---

<sup>108</sup> LV “2.3. (...) Además, en las infracciones de carteles horizontales podría considerarse doblar los daños y perjuicios de manera automática, condicional o a discreción del tribunal”.

<sup>109</sup> Se ha comprobado que las multas administrativas no tienen suficiente poder correctivo. Las empresas adoptan comportamientos restrictivos conscientes de la posible condena y, si les resulta económicamente más rentable incurrir en la ilicitud dadas las ventajas económicas que pueden derivar de ella, posiblemente opten por quebrantar la ley. En este punto los daños punitivos pueden tener un gran peso como herramienta disuasoria.

<sup>110</sup> STJCE de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295 de 2004 a C-298 de 2004, apartado 93. Ver también la STJCE del caso *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>111</sup> J.C. HENAO. Op. Cit. p. 48 “Si la política pública que justifica el daño punitivo en el sistema anglosajón es la de regular conductas mediante las sanciones económicas, en nuestro sistema son muchos los mecanismos que para tal efecto se tienen, verbigracia, las sanciones administrativas que puede imponer el Estado a las personas naturales o jurídicas. Dicha sanción, que buscaría el mismo objetivo que el daño punitivo, sería en favor de quien sufre el daño, es decir, de la sociedad en su conjunto, sin que implique el enriquecimiento a nombre de aquella”.

una cultura de excesiva litigiosidad, exacerbada por la posibilidad de obtener cuantiosas indemnizaciones que a la postre no son más que otra fuente de enriquecimiento tanto de los abogados como de las empresas.

### 1.3. La relación causal

Aparte del ilícito y del daño, la víctima debe probar la relación causal entre estos dos elementos.

Es a través de la prueba de la causalidad que se materializa el requisito del carácter directo del daño. En materia de responsabilidad por ilícitos antitrust es muy probable que se pretendan extender las consecuencia del daño dentro de la cadena de producción, distribución y comercialización de los bienes, lo cual podría ser especialmente peligroso en caso de llegarse a admitir la indemnización de daños que no son consecuencia directa del hecho dañino, pues esto sólo generaría inseguridad jurídica e inestabilidad en el desarrollo de las actividades mercantiles. La prueba de la relación causal es el mejor límite a este tipo de despropósitos

La relación causal se define como “(...) *el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro*”<sup>112</sup>. Por tanto, la víctima debe probar que los daños son consecuencia del ilícito antitrust (acuerdo colusorio o abusivo) o lo que es igual, que si estas conductas no hubiesen existido el daño no se habría producido.

Muchas teorías han intentado explicar la relación causal y determinar los factores que permiten identificar en una situación concreta la causa que ha dado origen al daño. La denominada teoría de la equivalencia de condiciones o teoría de la *condicio sine qua non* o de la condición simple, establece que no existe una causa única del daño sino que éste resulta o deviene de la suma de condiciones que rodean su producción, en este sentido se afirma que “(...) *la adición de la totalidad de las condiciones es la que brinda y da el resultado. Todas las fuerzas intervinentes coadyuvan para que se dé la consecuencia final, por lo que resultan “causa” todas las condiciones, sin poderse llegar a discriminar entre ellas*”<sup>113</sup>. Bajo la teoría de la condición preponderante o la de la causa próxima se afirma que la causa determinante del daño es aquella con respecto a la cual éste se encuentra en relación de proximidad, así, se considera que “(...) *la causa se distingue en atención a un criterio temporal: es causa la condición que está más próxima al resultado; las otras, siguen revistiendo su categoría de simples condiciones*”<sup>114</sup>. En aplicación de la teoría de la causalidad adecuada o de la causa eficiente, desarrollada por la jurisprudencia más recientemente y quizás por ello con mayor acogida que las anteriores, se considera que la causa es el hecho sin el cual no se habría producido el resultado dañino, es decir, el hecho, que de ser sustraído de la cadena de acontecimientos, haría desaparecer el daño.

---

<sup>112</sup> J. PEIRANO FACIO. *Responsabilidad Extracontractual*, Tercera Edición, Bogotá: Temis, 1981, p. 406.

<sup>113</sup> R. H. COMPAGNUCCI DE CASO. *Responsabilidad Civil y relación de causalidad*. En: Seguros y Responsabilidad Civil No. 5. Buenos Aires: Astrea, 1984, pp. 35 y ss. También sobre el tema puede verse J. PEIRANO FACIO. *Op. Cit.* pp. 410-415.

<sup>114</sup> J. PEIRANO FACIO. *Op. Cit.*, pp. 144 y 145 citando a ORGAZ.

El tema sigue en abierta discusión y en evolución constante, y aún hoy la jurisprudencia no se decanta en forma definitiva por ninguna de las tesis mencionadas, las cuales se aplican según las circunstancias, la actividad de que se trate o los sujetos involucrados, pero sobre todo, según los criterios que para el juez se acomodan más a las circunstancias del caso.

Lo anterior supone un esfuerzo inmenso a cargo de la víctima a quien le corresponde demostrar la causalidad entre la conducta y el daño, cualquiera sea la teoría que se acoja.

FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA acoge en este tema, la teoría de la causalidad adecuada, aun cuando afirma que en realidad se trata de un criterio de imputación objetiva, que según su criterio es un elemento diferente al de la relación causal fáctica, así, afirma: *“el criterio de la adecuación tiende hacia una delimitación de la imputación objetiva racional y ajustada al caso concreto. Según aquél, existiría imputación objetiva cuando el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse, en cada caso concreto si el acto antecedente que se valora como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. Conforme a esta delimitación del criterio de la adecuación, el juez podrá aplicar las concepciones propias de la época en que se vive y las peculiaridades de la actividad realizada (...)”*<sup>115</sup>.

Este tema de la causalidad, de por sí complejo, deviene aún más espinoso cuando en la producción del daño concurren diversas causas que contribuyen al mismo en forma simultánea ya sea con igual o diferente intensidad. En el caso de la responsabilidad por ilícitos antitrust, es posible que en la producción de los daños además de la conducta anticompetitiva concurren otros factores, tales como, las políticas públicas de intervención en la economía, fenómenos económicos como la inflación o deflación, el ingreso de nuevos operadores en el mercado, la introducción de nuevas tecnologías capaces de reducir los costos de producción y/o incrementar los niveles de esta, las operaciones de concentración económica, la mayor o menor estabilidad de los mercados de valores etc.<sup>116</sup>.

Cuando exista una situación de concurrencia de causas, será necesario identificar cada una de ellas y determinar su contribución al daño padecido, para establecer seguidamente a quién o a quiénes resultan imputables cada una de ellas. Es posible que en este

---

<sup>115</sup> F.L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial* ... Op. Cit., 305

<sup>116</sup> Sobre la importancia de este aspecto pueden verse las consideraciones de la SAP de Madrid de 25 de mayo de 2006: *“Por último, debe reiterarse que las cuestiones expuestas no suponen que se reconozca un daño, como se ha señalado, puesto que el recurso acaba conformando un totum revolutum entre el incumplimiento o ilícito, el daño, la relación entre ambos y la cuantificación, y sobre esta apreciación considera que no se le satisface una indemnización. Lo que se observa del examen de la sentencia es que no se puede atribuir el supuesto daño al incumplimiento, porque existen diversos factores, alguno esencial, que impiden establecer una conexión cierta, carente de dudas o inseguridades, entre el ilícito y las ganancias frustradas. Por ello, como ya se advirtió, no puede admitirse el propio fundamento en el que en este aspecto se basa el recurso, ni en consecuencia las alegaciones que directamente se centran en la cuantificación del daño, que es una cuestión distinta de la que se ha expuesto”*. Negrillas fuera de texto.

proceso el demandante deba contar con la ayuda de expertos que colaboren con la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, para demostrar por ejemplo, que las pérdidas económicas (reducción del volumen de ventas, pérdida de clientes, reducción de la cuota de mercado etc.) son total o parcialmente debidas a las conductas restrictivas del o de los demandados y simultáneamente que las condiciones del mercado son ajenas o extrañas al daño o sólo han contribuido a la producción del mismo de manera parcial.

Atendiendo este carácter esencial de la relación de causalidad, el demandado podrá exonerarse o reducir su responsabilidad probando que los daños sobrevinieron total o parcialmente por factores que no le resultan imputables, es decir, demostrando que no existe relación causal o que existiendo existe un factor que ha ocasionado la ruptura de la misma; acreditando con estos fines que, por ejemplo, los daños acaecidos son consecuencia exclusiva de una causa extraña (catástrofe económica), de un hecho de tercero (el ingreso de otro operador dentro del mercado, las variaciones del mercado tales como la moda) o del comportamiento negligente de la víctima (reducción de la producción, mala calidad de los productos, falta de inversión en tecnología o en publicidad etc.).

Sobre este elemento estructural de la responsabilidad el LV sólo hace una referencia superficial, al considerar que el mismo se encuentra bastante clarificado por parte de la jurisprudencia, indicando eso sí, que la constatación del mismo no debería en ningún caso impedir a las víctimas obtener la indemnización de los perjuicios<sup>117</sup>.

En nuestro criterio, éste es el elemento de más difícil prueba para la víctima, ya que en la mayoría de casos, además de la conducta anticompetitiva, el daño se produce a consecuencia de un conjunto de circunstancias económicas y de mercado que son ajenas a las partes, pero que desde luego hacen parte del desenvolvimiento y de los riesgos que normalmente debe asumir el empresario. Desligar cada causa o cada hecho para luego efectuar un juicio de imputación es labor dispendiosa y muchas veces costosa, lo que parece volverse en contra de los intereses y derechos de las víctimas.

#### **1.4. El fundamento de la imputación**

Además de los elementos anteriormente explicados, la doctrina ha señalado como elemento estructural de la responsabilidad -cuya prueba en principio también se encuentra a cargo de la víctima-, la existencia de un fundamento de imputación del comportamiento ilícito al presunto responsable. Con base en este factor se puede establecer si en este tema nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza subjetiva u objetiva.

---

<sup>117</sup> LV: "La causalidad es un requisito necesario en cualquier reparación de daños y perjuicios. Aunque probar un nexo causal entre la infracción y el perjuicio podría ser especialmente difícil debido a la complejidad económica de las cuestiones implicadas, los conceptos jurídicos de causalidad en sí, desarrollados por la jurisprudencia de los Estados miembros, presumiblemente no plantean un obstáculo importante para los demandantes. No obstante, la aplicación del requisito de causalidad no debería excluir a quienes hayan sufrido un perjuicio causado por una infracción de la legislación de defensa de la competencia de la reparación del perjuicio".

Por mucho tiempo el factor único y, posteriormente, el factor tradicional de imputación tanto de los incumplimientos contractuales como de los daños extracontractuales, fue la culpa, en su modalidad de culpa presunta como bajo su forma de culpa probada (responsabilidad subjetiva). La posterior evolución tecnológica y social, ha permitido que en el proceso de imputación de los daños pueda prescindirse del análisis y de la valoración de la conducta del responsable, para dar cabida a un juicio objetivo sobre el hecho dañino (responsabilidad objetiva).

Ha sido fundamentalmente la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer los criterios de imputación objetiva y su alcance, entre otros por ejemplo se ha admitido la noción de actividad peligrosa, la de riesgo (creado y beneficio) y la de los deberes de seguridad y garantía. Todos estos factores tienen en común que la imputación del daño al responsable se efectúa sin que resulte necesario atender ni su intención ni su diligencia, y sin que sea necesario juzgar o valorar su conducta respecto de patrones de comportamientos como “el buen padre de familia o “el buen y diligente empresario” o cualquier otro que sirva de parámetro comparativo.

En el tema de la responsabilidad por ilícitos antitrust, se discute cuál sería el criterio de imputación más adecuado y por tanto ante qué clase de responsabilidad nos encontramos. En principio, la prueba de la culpa puede suponer un obstáculo insuperable para las víctimas, por lo que o bien se admite un sistema de culpa presunta que pueda aplicarse una vez se ha demostrado el comportamiento ilícito, o bien se da cabida a criterios objetivos que supongan un alivio probatorio más intenso en favor de las víctimas y un peso o carga adicional para el o los presuntos responsables<sup>118</sup>.

Hay en este tema, quienes estiman que pese a las dificultades que genera su prueba, la culpa resulta ser el criterio más adecuado y lógico en reclamaciones de esta naturaleza<sup>119</sup>. Desde luego, en caso de adoptarse este sistema, habría que establecer el modelo de conducta o el patrón a partir del cual se debería hacer la comparación a efectos de establecer si la conducta del supuesto infractor ha sido diligente o no; desde luego, habría

---

<sup>118</sup> BELLO MARTÍN –CRESPO, María Pilar. Ob Cit., p.404: “El presupuesto de la culpabilidad es considerado por la Comisión como un obstáculo que dificulta el ejercicio de las acciones por daños derivadas de infracciones de los artículos 81 y 82 del TCE. En la mayoría de los Estados miembros (18 de los 25) no constituye un presupuesto adicional que haya de ser probado en acciones por daños derivados de infracciones de normas de defensa de la competencia: en 5 de ellos, porque basta la prueba de la infracción de las normas de competencia, no siendo necesaria la prueba de la culpa, y en otros 13, porque la prueba de la infracción tiene valor de presunción (juris tantum o iuris et de iure) de culpabilidad. En el resto de los casos es necesaria la prueba de la responsabilidad, se trate de dolo o negligencia, y esta opción es la que, a juicio de la Comisión, dificulta el ejercicio de las acciones de daños (...) por lo que intenta justificar, con diferentes argumentos, la conveniencia de eliminar el presupuesto de la culpabilidad entendiéndolo como ya contenido en el presupuesto de la antijuridicidad para este tipo de reclamaciones”.

<sup>119</sup> F. PEÑA LÓPEZ. Op. Cit., pp. 241 y 242 “Para este tipo de actividades la adopción de un sistema de responsabilidad subjetiva resulta perfectamente adecuado porque 1) en el marco de las conductas prohibidas por el derecho antitrust, el riesgo de daños inculpables es totalmente residual, y 2) la atribución de este riesgo al que objetivamente realiza la conducta no comporta, a nuestro juicio, ningún beneficio ni desde el punto de vista del nivel de riesgos, ni desde la perspectiva de la administración del mismo. Por otra parte, el propio Derecho de la defensa de la competencia está dirigido a prevenir la realización de conductas y, en este sentido, el régimen de responsabilidad subjetiva, al introducir entre sus elementos el enjuiciamiento de la conducta del agente, se manifiesta como el más ajustado a su estructura”



que regular en qué casos podría admitirse un sistema de inversión de la carga probatoria que permitiera a la víctima ponerse en una mejor condición.

Por su parte, la admisión de criterios de imputación objetiva en los temas de ilícitos antitrust, conlleva el problema adicional de determinar cuál de los varios criterios empleados por la jurisprudencia sería el más útil y coherente a los fines de las normas de libre competencia, lo cual no resulta nada fácil, ya que en dicha elección tendría que sustentarse y valorarse hasta qué punto resultaría razonable, por ejemplo, considerar que la actividad empresarial es una actividad peligrosa o, hasta qué punto sería correcto imputar el incumplimiento de las normas de libre competencia bajo la noción de “riesgo”, o incluso, si sería o no admisible estimar que las empresas tienen una obligación de garantía frente a los demás operadores del mercado.

En el documento anexo al LV (“*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005), se explica el tratamiento que recibe la culpa en algunos de los ordenamientos jurídicos de los países integrantes de la UE, todo ello, con el fin de determinar si éste sería el criterio de imputación idóneo en materia de ilícitos antitrust en el contexto comunitario. Se distingue entre aquellos ordenamientos en los cuales no se requiere probar la culpa porque la simple infracción de las normas es prueba de ella, de otros en lo que este elemento se presume y de otros más, en los que se requiere su prueba expedida por parte del demandado. Como nota particular se destaca que en aquellos sistemas en los cuales el demandante debe probar la culpa, esta exigencia se convierte en un obstáculo más que la víctima debe sortear para la presentación y el éxito de las reclamaciones de los daños y perjuicios sufridos<sup>120</sup>, con lo cual, cuando menos pone en entredicho las virtudes de un sistema culpabilista y se plantea la necesidad de revisar su alcance a efectos de ser incluido o acogido como modelo de la regulación comunitaria.

También se indica en el mencionado documento, que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del TCE no se requiere probar la culpa para acreditar que ha existido una infracción de estas normas, de una parte, porque según el tenor literal del art. 81 del TCE existe infracción tanto si el acuerdo tiene por objeto como si tiene el efecto restringir la competencia y, de otra, porque tratándose del art. 82 del TCE tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido que el concepto de posición dominante tiene carácter objetivo. Así las cosas, el análisis subjetivo de la conducta del infractor sólo resulta relevante a efectos de la imposición de las sanciones<sup>121</sup>. Adicionalmente, TJCE no se ha referido a la culpa como uno de los requisitos para que resulte procedente la demanda de responsabilidad, cuando el infractor ha sido un Estado miembro<sup>122</sup>, de lo cual deviene como lógico y coherente que tampoco se exija acreditar tal requisito cuando el infractor sea un particular.

---

<sup>120</sup> Apartados 101 y 102 del documento “*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>121</sup> Tal y como ocurre en el Derecho Español art. 63 LDC.

<sup>122</sup> Apartado 105 del documento “*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, que menciona la sentencia *Brasserie du Pêcheur*.



Con base en las consideraciones comentadas, tanto en el documento anexo como en el LV se cuestionan la utilidad y el alcance de la culpabilidad. Se discute si sería conveniente establecer un sistema de responsabilidad en el cual fuese suficiente la prueba de la infracción (ilícito antitrust), por ser ella en sí misma prueba de la culpa o del dolo con el cual ha actuado el infractor, o si un sistema de esta naturaleza sólo debería admitirse tratándose de las infracciones más graves como pueden ser los cárteles de precios o los acuerdos de repartición de mercados (*hard core violations*). También se debate si sería admisible un sistema en el cual a partir de la infracción se pudiese presumir la culpa, pero dentro del cual se admitiese al demandado desvirtuar esta presunción a través de la prueba del error excusable<sup>123</sup>.

Sobre el tema, FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA opina que la responsabilidad por ilícitos antitrust debe ser objetivada, de forma que a la víctima le baste probar la ilicitud, el daño y la relación causal para que el infractor tenga que reparar los perjuicios que haya ocasionado con su comportamiento<sup>124</sup>. Este sistema, en el que el papel protagónico, corresponde a la ilicitud de la conducta, se asemejaría al modelo comunitario ya establecido y regulado de responsabilidad por productos defectuosos, en ambos casos se buscaría aligerar la carga probatoria de la víctima y por esta vía otorgarle una mayor protección a sus intereses y derechos<sup>125</sup>.

Aunque el LV no lo mencione, nada impide plantear como modelo, la implementación de un régimen de responsabilidad mixto, en virtud del cual se establezca que la responsabilidad es objetiva cuando estamos frente a restricciones de carácter grave (acuerdos de precios o repartición de mercados), y que frente a una responsabilidad de carácter subjetivo cuando las restricciones son menos peligrosas para la libre competencia (restricciones verticales). En el primer caso a la víctima le bastaría con probar la infracción, mientras en el segundo tendría que demostrar que los infractores han actuado con culpa o con dolo.

Aunque lo dispuesto en el art. 63.1 de la LDC<sup>126</sup>, podría servir para sostener que el modelo acogido por el legislador español es el de una responsabilidad de carácter subjetivo; lo cierto es, que atendiendo el contenido íntegro de la norma se puede afirmar - como lo ya lo hizo alguna parte de parte de la doctrina en relación con el art. 10.1 de la Ley 16/1989 de idéntico contenido, que la mayor o menor diligencia con que actúe el infractor es un aspecto que sólo resulta relevante para el cálculo de las sanciones

<sup>123</sup> *Ibíd.* Apartados 109, 110 y 111 y LV, pregunta D, opciones 11,12 y 13.

<sup>124</sup> De igual criterio es F. L. DE LA VEGA GARCÍA. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial...* Op. Cit. p. 208 "(...) Además en un ámbito concurrencial ello otorgaría seguridad jurídica al resarcimiento debido a la especial intensidad material de la antijuridicidad, cuya existencia implica la casi procedencia la reparación de los daños concurrenciales causados".

<sup>125</sup> Apartado 108 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>126</sup> LDC "Artículo 63. Sanciones.1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones (...)".

(multas) y no a efectos ni de establecer la vulneración de las normas de libre competencia ni la responsabilidad derivada de tal infracción.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe ninguna disposición que emplee los términos del art. 63.2 de la LDC, por lo que no existe un sustento legal sobre el cual se pudiese afirmar la existencia de un sistema de responsabilidad subjetivo. Además, la SIC, haciendo acopio de algunas sentencias del Consejo de Estado, ha resaltado que ni en la aplicación de las normas de libre competencia ni en la valoración sobre su infracción se deben considerar factores subjetivos, por tratarse en realidad de infracciones administrativas cuya existencia no puede depender ni de la intención ni del grado de diligencia desplegado por los operadores económicos. En efecto, en la Resolución 28350 de 22 de noviembre de 2004, la SIC dispuso:

*“Lo que si está en firme, es un pronunciamiento del Consejo de Estado en el cual refiriéndose a una sanción impuesta por esta Superintendencia, señaló que siendo la comisión de conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia faltas administrativas, **no [es] (sic) conducente realizar valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada, como la de si la conducta se realizó de buena fe o no, para efectos de determinar la responsabilidad administrativa**”, por lo cual resulta desacertado establecer como exigencia para determinar la incursión de una falta de este tipo, que se pruebe la mala fe del investigado en los procesos por prácticas restrictivas de la competencia, pues como reconociera la máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa, las infracciones al régimen de prácticas restrictivas constituyen faltas administrativas, en las que **la responsabilidad surge con la sola ocurrencia de la violación de la norma pertinente, exceptuando las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito**”, por lo cual “no [es] conducente entrar a valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada para efectos de determinar la responsabilidad administrativa”. (Negrillas fuera de texto).*

Aun cuando la Resolución hace referencia a la responsabilidad administrativa, sus consideraciones pueden trasladarse al ámbito civil y dentro de éste servir de sustento a una doctrina que promueve la introducción de criterios de imputación de carácter objetivo respecto de la responsabilidad por ilícitos antitrust.

En nuestro criterio, el sistema más adecuado de imputación de los daños concurrenciales de carácter individual y más respetuoso de los intereses de las partes, es un sistema de responsabilidad objetiva, con base en el cual, a la víctima le baste probar la conducta anticoncurrencial o ilícita, el daño y la relación causal. No obstante, consideramos que la implementación de un sistema de esta naturaleza debe tener lugar con posterioridad a la consolidación del sistema judicial de aplicación de las normas de libre competencia; quizás, un primer paso en esa dirección puede ser la objetivización de la responsabilidad tratándose de acuerdos gravemente anticompetitivos (hard core), para luego proceder a extender la aplicación de este sistema a todo tipo de conductas restrictivas o contrarias a la libre competencia económica.

Una vez analizados todos los elementos estructurales de la responsabilidad, tanto el LV como la doctrina plantean otros temas relacionados con aspectos procesales de la

reclamación de los perjuicios y con su reglamentación en el ámbito del D.I.P. El análisis detallado de este último tema excede los objetivos del presente trabajo por lo que en los numerales que siguen únicamente describiremos en forma general algunos de los aspectos procesales que aborda el LV y que suscitan la mayor atención de la Comisión, incluyendo algunos aspectos de D.I.P., que desde luego no se abordan con la profundidad que será necesaria.

## 2. LOS CAUCES DE LA RECLAMACIÓN Y ASPECTOS PROCESALES CONEXOS

### 2.1. Acciones legales

Otra arista importante del tema que venimos desarrollando, se refiere a las acciones o las vías legales de las cuales disponen las víctimas para reclamar los daños y perjuicios sufridos.

En la mayoría de los ordenamientos nacionales de los países Europeos, la vía tradicional para la reclamación de los daños y perjuicios es la acción civil de responsabilidad extracontractual<sup>127</sup>.

En España, si la víctima invoca la infracción de las normas comunitarias (art. 81 y 82 del TCE) o de las normas nacionales (LDC) la acción puede plantearse ante el juez mercantil, el cual podrá hacer uso de los mecanismos de colaboración dispuestos en el Reglamento 1/2003 y en la comunicación de 27 de abril de 2004, conforme lo dispone el RD 2294/2004.

A esta acción se suman otras, que según el ordenamiento de que se trate, pueden facilitar o hacer más compleja la reclamación:

En España por ejemplo, además de la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del CC., las partes pueden solicitar la indemnización de los perjuicios a través de la acción prevista en el numeral 5 del art. 18 de la LCD<sup>128</sup>, invocando en particular la violación de las normas de libre competencia (art. 15.2 LCD)<sup>129</sup>. A través de esta vía de reclamación establecida por la LCD la víctima obtiene diversas ventajas, a saber: (i) El

---

<sup>127</sup> Esta es una acción de naturaleza privada que protege igualmente intereses individuales.

<sup>128</sup> Artículo 18 de la LCD: “*Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: (...) 5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia*”.

<sup>129</sup> Artículo 15 de la LCD: “*art. 15 violación de normas 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*”.

juez civil puede ordenar las medidas de constatación de las conductas y facilitar por tanto la prueba de los daños sufridos, (ii) El juez también puede adoptar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la eventual condena; (iii) Los jueces civiles tienen mayor experiencia en temas de responsabilidad y en materia de indemnización de daños derivados de actos de competencia desleal, la cual puede aprovecharse tratándose de los daños derivados de ilícitos antitrust. De igual forma, hasta antes de la expedición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se afirmaba que a través de esta vía de reclamación la víctima gozaba de otra ventaja derivada de la posibilidad de que el juez pudiese adelantar diligencias de mejor proveer<sup>130</sup>; aunque este beneficio ha desaparecido, la víctima cuenta con la ventaja de tener certeza sobre el procedimiento que se seguirá como resultado de su demanda<sup>131</sup>.

Esta vía del art. 15.2 de la LCD o de la cláusula general del art. 5 de la LCD en caso de que se admita que toda afectación a la libre competencia es una vía alterna que en principio parece ser más ventajosa que la que se establece a través de la aplicación del art. 1902<sup>132</sup>.

Consideraciones semejantes a las anteriores pueden hacerse en el ordenamiento colombiano dada la semejanza entre la LCD Española y la LCD Colombiana (LCDC). Veamos:

En Colombia, la víctima de un comportamiento restrictivo de la competencia, puede reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos a través de una acción de responsabilidad extracontractual formulada directamente ante un juez civil (art. 2341 del C.C.). Pero además de esta vía tradicional y para efectos de evitar el eventual obstáculo que podría suponer la exigencia de un acto administrativo previo y en firme -aspecto sobre el cual no existe claridad, no obstante ser nuestra opinión sobre el punto negativa-, la víctima podría plantear su reclamación ante la SIC o ante el juez especializado en derecho comercial y a falta de este ante el juez civil del circuito, invocando la realización de actos de competencia desleal, específicamente la realización de una conducta consistente en la "violación de normas" (art. 18 de la LCDC).

---

<sup>130</sup> A. PASCUAL SEQUEROS. Op. Cit., sp., p. 172 y 173 "(...) la nueva NLEC [Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil] sustituye, en su Disposición Final 4ª, para los procedimientos de competencia desleal, el juicio de menor cuantía por el juicio ordinario y suprime en este último procedimiento las diligencias para mejor proveer sustituyéndolas por las diligencias finales, en las cuales el juez no puede solicitar de oficio ninguna prueba para suplir con ello la negligencia de las partes (Sección XII de su Exposición de Motivos). Como consecuencia de ello, en los procedimientos de competencia desleal el juez civil no podrá recabar pruebas de oficio".

<sup>131</sup> Ibíd. pp.171 y 172. "Otra divergencia de tipo procesal entre uno y otro es la referida al tipo de procedimiento a seguir: cuando se ejercita la acción de daños y perjuicios regulado en el CC, el proceso que se sigue es el que procede según la cuantía del daño. Sin embargo, si se emprende la acción de daños y perjuicios a la que hace referencia la LCD el procedimiento es el juicio ordinario".

<sup>132</sup> Ibíd. p. 177 "(...) para las conductas desleales del art. 15.2. de la LCD, puesto que la conducta es simultáneamente infracción de la LCD y de la LDC, el perjudicado tendrá junto con la acción del artículo 18.2 de la LCD en la que deberá probar la naturaleza antitrust y desleal de la conducta, la vía alternativa de ejercitar la acción de daños y perjuicios regulada en el CC, y ello en virtud del artículo 13.2 de la LDC".

En caso de optarse por la vía de la LCDC, la víctima podría solicitar que el Juez ordenase la realización de medidas de comprobación y la práctica de medidas cautelares cuando se hubiese probado la realización de la conducta de competencia desleal o la inminencia de la misma.

Por último, en aquellas legislaciones -como la colombiana<sup>133</sup>- donde se encuentran reguladas, las víctimas podrán hacer uso de las acciones de grupo, con el propósito de proteger el derecho a la libre competencia como derecho colectivo y obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos por la realización de conductas ilícitas. A través de esta clase de acciones las víctimas no sólo salvan los obstáculos relativos a los costos y a la prueba de los daños cuando estos son de menor entidad o cuantía<sup>134</sup>; sino que adicionalmente, obtienen decisiones de forma más expedita o rápida, dado que en la mayoría de casos se prevé que el curso o el trámite de esta clase de acciones sea sumarial.

En relación con este tema de las acciones legales de reclamación, el LV sólo refiere como tema de interés la forma en que debe computarse el término de prescripción: Se cuestiona si el cómputo debe realizarse desde que se realizó la primera actuación ante una autoridad administrativa (Comunitaria o nacional) o sólo a partir del momento en que la decisión de estas autoridades es firme o se ha pronunciado el tribunal administrativo de última instancia<sup>135</sup>.

En el ordenamiento español al igual que en el colombiano el término de prescripción de la acción difiere según se trata de una responsabilidad de carácter contractual o de una demanda de naturaleza extracontractual. Para quienes consideran que esta clase de responsabilidad puede ser de naturaleza contractual, el término de prescripción de la acción es de 15 años según lo disponen los arts. 1964 y 1969 del CC (España) y de 10 años según el art. 2536 del C.C. (Colombia); si se considerado -como es nuestra opinión- que la responsabilidad es de orden extracontractual, el término de prescripción es de un año contado a partir del momento en que la víctima tuvo conocimiento del daño de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1968.2 del CC (España) y de 3 años contados desde la perpetración del acto de conformidad con lo previsto en el art. 2358 del C.C.(Colombia).

Además de estos términos generales, en caso de que la víctima decida reclamar a través de la aplicación de la legislación de competencia desleal, deberá tener en cuenta los términos especiales previstos en dicha normativa. Según lo dispuestos por el art. 21 de la LCD las acciones *“(...) prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el*

---

<sup>133</sup> En Colombia las acciones de grupo y de clase se encuentran reguladas en la Ley 472 de 1998.

<sup>134</sup> A. CREUS. Ob Cit., p. 79 haciendo referencia al ordenamiento español señala: *“Éste parece ser en elemento importante, o al menos como tal se señala, para la ejecución privada del Derecho de la competencia en Estados Unidos de América, y también ahora en Canadá. (...) La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su art. 15 una posibilidad de plantear acciones colectivas, esto es con pluralidad de partes demandantes. Esto supone una puerta abierta a que el afectado por el Derecho de la competencia pueda intervenir en un solo proceso y defender colectivamente sus intereses frente a quien haya causado daño a este colectivo infringiendo las normas de competencia”.*

<sup>135</sup> LV pregunta M, opción 36.

*momento de la realización del acto” y, según lo dispuesto por el art. 23 de la LCDC “Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto”.*

El punto álgido está en saber qué término se aplica y desde cuándo debe iniciarse el cómputo de la prescripción: Respecto del término, será aplicable aquel que resulte de la naturaleza de la acción y de la vía procesal de reclamación seleccionada por la víctima. Sobre el momento a partir del cual se debe iniciar el cálculo, la situación es un poco más compleja, pues se discute si el momento en que la víctima tuvo conocimiento del daño, es el momento en el que fácticamente este ocurrió o si debe tenerse como tal el momento en que la infracción fue declarada por parte de la autoridad administrativa o por el juez contencioso administrativo. Y el tema es importante toda vez que en caso de que se exija la previa acreditación de la decisión administrativa (como ocurría en España bajo la vigencia del art. 13.2 de la Ley 16/1989), el desarrollo de dichas actuaciones puede suponer la prescripción de las acciones civiles, con lo que al final tendríamos una víctima con un acto administrativo que declara la infracción pero que se encuentra imposibilitada para adelantar la reclamación de los perjuicios en la vía civil.

Finalmente, en torno al tema de las acciones legales, tanto el LV como su documento anexo destacan la necesidad de reducir los costos procesales a cargo de las víctimas, con el objetivo de incentivar las demandas de responsabilidad<sup>136</sup>. Con estos fines, plantea el LV la alternativa de que la condena en costas sólo sea procedente en caso de que el demandante haya actuado en forma manifiestamente irracional o cuando el juez así lo establezca desde el inicio del procedimiento respectivo<sup>137</sup>.

En relación con los aspectos que venimos comentando, consideramos, que además de la previsión relativa a la condena en costas, los mayores esfuerzos en el nivel comunitario deben centrarse en el desarrollo de un marco legal adecuado para el ejercicio de las acciones colectivas, a fin de que estas se constituyan en mecanismos óptimos de reclamación a través de procedimientos sumarios, más ágiles y con mayores facilidades probatorias y menores costos para las víctimas.

Adicionalmente, consideramos que los Estados miembros deben establecer en su legislación, mecanismos que tengan como fin facilitar el acceso a la administración de justicia y para garantizar la efectividad de los derechos conferidos por los arts. 81 y 82 del TCE y las normas nacionales de libre competencia. Al respecto, consideramos que el legislador español ha dado un gran paso en este sentido a través de la expedición de la nueva LDC.

En Colombia el reto es doble: De una parte, se debe precisar y regular el tema de la aplicación privada de las normas antitrust y de otra, establecer las vías, sustanciales y procesales, para incentivar las acciones de responsabilidad, que no tienen como objeto

<sup>136</sup> Apartados 202 a 2004 y 214 a 218 del documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>137</sup> LV pregunta I, opción 27.



sustituir la vigilancia y control del mercado a través de las entidades administrativas, pero que desde luego, permiten un mayor control de las conductas colusorias y abusivas y por ende cumplen una función complementaria a la actuación o control de carácter “público”.

## 2.2. Los sujetos activos de la reclamación

Generalmente, las víctimas de los ilícitos antitrust son empresas (personas naturales o jurídicas), cualquiera sea la forma que estas revistan<sup>138</sup>. Este hecho no descarta que también puedan verse lesionados por conductas restrictivas de la competencia los consumidores, usuarios, accionistas, inversores etc., actúen o no en el mismo mercado del infractor y tengan o no relación con éste.

Desde la sentencia “*Courage*” está claro que tanto las partes del acuerdo restrictivo como los terceros perjudicados por el mismo pueden reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos<sup>139</sup>. En éste último no referimos por ejemplo a los consumidores que sufren los sobrecostos de los productos o servicios como consecuencia de un cártel de precios o de un acuerdo de repartición de mercados e igualmente a las empresas víctimas de los abusos de posición dominante de otra compañía, que por ejemplo desarrolla conductas de precios predatorios o conductas discriminatorias dentro del mercado de que se trate.

En caso de que la empresa demandante haya sido parte del acuerdo restrictivo, contará con mayores facilidades probatorias que las que tendría cualquier tercero ajeno a la conducta; pero, igualmente tendrá mayores dificultades a la hora de acreditar los perjuicios padecidos, pues muchos de ellos podrían considerarse como costos o perjuicios aceptados.

Conforme a la sentencia *Courage*, el TJCE habrá que analizar las normas materiales aplicables al caso y la contribución del demandante a la infracción, para determinar si de acuerdo con el derecho aplicable quien ha sido parte de la conducta ilícita puede demandar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de ella o no existe tal derecho como consecuencia de que nadie puede aprovecharse de su propia conducta antijurídica.

Bajo la legislación colombiana y también bajo la española, en aplicación de la doctrina de los actos propios, quien ha sido infractor no tendría derecho a demandar la responsabilidad y solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento ilícito del cual ha sido parte; eventualmente, y en caso de que prosperase una reclamación en tal sentido, habría lugar a la aplicación de las normas que disponen que quien se expuso al daño de manera imprudente -en el caso, que participó en la infracción y de esta forma aceptó o cuando menos asumió las posibles consecuencias adversas de su comportamiento- debe como consecuencia ver reducido su derecho indemnizatorio (art. 2357 del C.C.).

---

<sup>138</sup> F. L. DE LA VEGA GARCÍA. “Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícito concurrenciales”, *Revista de Derecho Mercantil -RDM-*: “Estas responsabilidades son imputables a la empresa independientemente de su configuración jurídica, es decir, pertenecen al estatuto jurídico general del empresario”.

<sup>139</sup> J. PHEASANT. “Damages actions for breach of the EC antitrust rules: The European Commission’s Green Paper”, *European Competition Law Review -ECLR-*, 2006, Julio, volumen 27, No. 7, p 369.

También puede ocurrir que quien demande sea un tercero que no haya participado en la infracción, en estos casos probar la ilicitud será más complicado toda vez que la mayoría de pruebas estarán en manos de las empresas infractoras, tema este al cual ya hemos hecho referencia anteriormente y respecto del cual hemos descrito distintas hipótesis según se actúen directamente ante los jueces competentes o se agote en forma previa un procedimiento administrativo.

Así las cosas, tratándose de los daños sufridos por terceros, entendiéndose por tales quienes no han sido parte del acuerdo o de la conducta restrictiva, los esfuerzos deben orientarse, según nuestro criterio, a la creación de los cauces procesales adecuados para facilitar la prueba de la infracción y para agilizar la reclamación de daños de poca cuantía, toda vez que es muy probable que si el daño es pequeño, la víctima opte por no reclamar su reparación a fin de evitar procedimientos engorrosos.

Para estimular, incentivar y facilitar la acción de las víctimas además de reglamentar las acciones de reclamación colectiva de daños (acciones de grupo)<sup>140</sup> puede optarse por conceder legitimación para incoar la acción de responsabilidad a las asociaciones de consumidores o usuarios, o las asociaciones o corporaciones gremiales y de profesionales, quienes actuarían procesalmente en nombre de todas aquellas personas que acreditaran ser víctimas<sup>141</sup>. En estos casos el debate estaría en la forma adecuada en que se debería proceder al pago de las indemnizaciones (en favor de la asociación quien debería asumir la responsabilidad del pago individual o en favor de cada una de las víctimas en forma individual y separada), y desde luego, las dificultades que podrían suscitarse en el proceso de cuantificación de los daños (contabilizando el daño como uno sólo o como la suma de los daños individuales)<sup>142</sup> lo que no impide su desarrollo y antes por el contrario incentiva un estudio más profundo sobre esta materia.

Para finalizar hay que reiterar que en ningún caso se precisa que quien incoe la acción de responsabilidad acredite que ha estado respecto del infractor en relación de competencia; puede reclamar el pago de los daños sufridos, operadores económicos que están en un nivel diferente de la producción o comercialización de los productos, también quienes actúen en mercados conexos a aquel dentro del cual se suscitó la restricción y, desde luego, terceras personas ajenas al mercado involucrado siempre que acrediten que el daño padecido es la consecuencia o el efecto de la conducta o el comportamiento antitrust.

---

<sup>140</sup> LV *“Por razones prácticas será muy improbable, por no decir imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Deberían, por tanto, buscarse maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas. Más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores, las acciones colectivas pueden servir para reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una demanda, ahorrando así tiempo y dinero”*. Ver también al respecto la pregunta H.

<sup>141</sup> Apartado 198 del documento “Damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, numerales 199 y 216.

### 2.3. Los sujetos pasivos de la demanda de responsabilidad

Generalmente las acciones de responsabilidad civil se dirigen contra empresas, sin que importe tampoco la forma jurídica que éstas hayan adoptado. No obstante, también podrán dirigirse contra personas naturales que en calidad de operadores desarrollen su actividad económica dentro de un mercado determinado. En ocasiones, incluso, si la infracción es cometida simultáneamente por una empresa y por un conjunto de personas naturales, la demanda podrá dirigirse contra todas o contra una sola de las infractoras, existiendo en este caso una responsabilidad solidaria frente a la eventual condena al pago de los perjuicios.

Pero además de las empresas, los administradores de las sociedades que han infringido la normativa de libre competencia también pueden constituirse en sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad civil, no sólo en razón de los deberes que tienen frente a la persona jurídica que administran, sino además por los compromisos y deberes que tienen frente a los terceros que negocian con la sociedad<sup>143</sup>. Esta eventual responsabilidad personal de los administradores confiere a la víctima una mayor seguridad o certeza de obtener un resarcimiento adecuado e íntegro de los daños sufridos, pues además del patrimonio de la empresa infractora tendrá como respaldo del pago íntegro y efectivo de la indemnización, el patrimonio del administrador.

Tratándose de la responsabilidad de los administradores, habrá que distinguir -y en este punto me refiero a la legislación española- entre la acción social que corresponde a la empresa (sociedad) cuando una acción u omisión culpable de su administrador le ha inferido daño a la sociedad, de la acción individual de la víctima (socios y terceros) contra el administrador<sup>144</sup>.

En el caso de la **acción social** estamos frente a una responsabilidad orgánica, regulada en los arts. 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). Con base en esta acción, el administrador responde frente a la sociedad por las eventuales multas e indemnizaciones que hayan afectado el patrimonio social<sup>145</sup>. Por tanto, si la sociedad ha sido condenada en razón de conductas contra la libre competencia, imputables total o parcialmente al administrador, tendrá derecho de interponer la acción social para conseguir el reembolso de los gastos que ha debido sufragar y obtener el restablecimiento de su patrimonio. En estos casos, según la LSA, la responsabilidad será solidaria y el administrador no se exonerará aún cuando el acto haya sido ratificado por la Junta General.

---

<sup>143</sup> No debe olvidarse que los representantes legales y las personas que integran los organos directivos también pueden ser sancionados administrativamente a través de imposición de multas art. 63.2 de la LDC.

<sup>144</sup> Según lo dispuesto por los numerales 4 y 5 del art. 134 de la LSA la acción social también puede ser interpuesta a solicitud de los accionistas o en forma directa por ellos mismos y por los acreedores de la sociedad.

<sup>145</sup> DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. Op. Cit., p 1760 "(...) mediante su ejercicio no se tiende a resarcir el daño concurrencial causado sino que se trata de un medio por el que la sociedad puede obtener de sus administradores parte de las indemnización que ha debido desembolsar para reparar determinados daños derivados de ilícitos concurrenciales".

Más importante que la anterior, es la **acción individual**, en virtud de la cual el administrador se encuentra obligado a resarcir los daños que con su conducta ha ocasionado a los socios y terceros (art. 135 LSA). Esta acción se fundamenta en el conjunto de deberes impuestos al administrador tanto en la ley como en los estatutos sociales, especialmente, deberes de diligencia y de lealtad<sup>146</sup>, por lo cual, algunos consideran que la víctima debe probar que el comportamiento se ha desarrollado en ejecución de las funciones propias del cargo.

Adicional a lo anterior, para que resulte procedente la acción individual, se requiere que la conducta del administrador se haya dirigido de forma directa contra los intereses del particular lesionado. Sobre este aspecto FERNANDO DE LA VEGA GARCIA afirma que: *“(...) el daño causado será imputable objetivamente a los administradores de la sociedad responsable cuando derive de una conducta que tienda a dañar antes el interés privado de un concreto competidor que el interés del mercado; en otras palabras, sólo responderán los administradores cuando la competencia quede o pueda quedar alterada por la lesión del interés de uno o varios concurrentes concretos, pero no cuando el daño al concurrente derive de la alteración de la competencia (estaríamos ante daños indirectos)”*<sup>147</sup>. En otros términos, considera el profesor DE LA VEGA GARCIA que la responsabilidad del administrador se circunscribe a los daños concurrenciales privados y no a los daños concurrenciales en general, toda vez que éstos siempre afectan de forma indirecta la actividad de cualquiera de los operadores.

El problema de esta tesis, es que en la mayoría de los casos los ilícitos antitrust lesionan de forma simultánea tanto los intereses públicos como los privados, sin que sea fácil demostrar la finalidad de la acción u omisión del administrador, ni la concausalidad de los daños. Pero además, una interpretación extrema de esta opinión podría conducir a negar en la mayoría de casos la indemnización de los daños infligido a los particulares, pues en la mayoría de los casos sería posible afirmar que éstos tienen carácter indirecto y que sólo se producen como consecuencia o efecto de la alteración de la competencia. Finalmente, hay que destacar que la opinión del profesor DE LA VEGA GARCÍA deja por fuera los daños a terceros no competidores.

Volviendo sobre la acción individual, habrá que considerar que a la víctima le basta probar el incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado para que se presuma el comportamiento culposo del administrador, lo que constituye un alivio probatorio en su favor y una clara ventaja en caso de escogerse esta vía de reclamación. La dificultad derivará entonces de establecer cuál es el grado de diligencia que sería exigible al

---

<sup>146</sup> Un sector de la doctrina afirma que la acción individual es una acción común de responsabilidad civil [DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. Op. Cit. p. 1764 *“La acción que deriva del artículo 135 LSA no es una acción típicamente societaria sino que es una acción de responsabilidad civil especializada por virtud del contexto jurídico (ámbito societario) en que se integra”*]; otros consideran que se trata de una acción típicamente societaria, toda vez que el administrador sólo responde en cuanto haya ocasionado los daños en el desarrollo de los actos propios de su cargo. Conforme a la segunda corriente, habría que demostrar que el daño devino como consecuencia de una conducta realizada por el administrador en el desempeño de las funciones propias de su cargo, si la conducta no se ajusta a este requerimiento, la acción procedente sería una acción común de responsabilidad.

<sup>147</sup> DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. Op. Cit., p. 1770.

administrador y la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad que le es imputable<sup>148</sup>.

En caso de que el administrador sea sujeto pasivo de la demanda de indemnización, podrán acumularse la acción individual junto con la acción común de responsabilidad civil extracontractual. Hay que precisar en este tema, que bajo la teoría de la representación orgánica aplicable a los administradores de las sociedades, los actos ilícitos del administrador se imputan a la persona jurídica a cuyo nombre actúa éste, de forma tal que la víctima no podría reclamar el mismo daño simultáneamente a la sociedad y al administrador, pues ello significaría un enriquecimiento indebido; esto no impide en ningún caso demandar a ambos sujetos pero en relación de principal y subsidiario y, desde luego, tampoco impide el poder de reclamar del administrador una responsabilidad independiente cuando con su comportamiento ha causado daños diferentes o ha agravado aquellos que derivan de la conducta ilícita que se le imputa.

En el ordenamiento colombiano, la responsabilidad de los administradores se encuentra regulada en el art. 200 del C. de Co., modificado por el art. 24 de la Ley 222 de 1995. Además de esta disposición, se resalta la regulación de la acción social de responsabilidad establecida en el art. 25 de la Ley 222 de 1995. Al igual que en el ordenamiento español, cuando quiera que la actuación culposa o dolosa del administrador haya causado un daño a la sociedad, que para el caso sería la imposición de una multa o de una condena por vulneración de las normas de libre competencia, la sociedad y las demás personas legitimadas según lo dispuesto en el art. 25, podrían promover la acción de responsabilidad con miras a restablecer el patrimonio social. En el párrafo final del art. 25 se dispone “*Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros*”, con lo cual se deja abierta la posibilidad de iniciar en contra del administrador las acciones “individuales” de responsabilidad que resultasen procedentes.

---

<sup>148</sup> Sobre estos puntos, alguna parte de la doctrina considera que la acción individual tiene carácter contractual cuando es promovida por un socio y naturaleza extracontractual cuando es promovido por otros sujetos (acreedores por ejemplo); otros consideran que es siempre extracontractual, toda vez que entre el socio y el administrador no existe un vínculo comercial, ya que, ni en el contrato de sociedad es parte el administrador, ni en el contrato de administración es parte el socio.

De este debate sobre la naturaleza de la responsabilidad que se imputa al administrador deriva el inconveniente relativo al término de prescripción aplicable a la acción. Para quienes afirman el carácter contractual de la responsabilidad el término aplicable sería el previsto en el art. 949 del C. de Co., para quienes consideran que la responsabilidad tiene carácter extracontractual el término de prescripción aplicable resulta de lo previsto en los arts. 1902 y 1968 del CC. Pero, además de estas, hay que tener en cuenta una tercera tesis que afirma que siempre el término aplicable es el previsto en el art. 949 C de Co. por ser esta norma especial en la materia.

DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. Ob Cit., p. 1780 “*La unificación del plazo de prescripción en el de cuatro años del artículo 949 C.c. aporta a esta materia un grado de seguridad jurídica que permite superar la poca precisión que en ocasiones presentan las fronteras entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acudiendo de un modo lógico y dotado de un indiscutible apoyo normativo a un solo plazo para las acciones de responsabilidad de los administradores por su actividad orgánica, con la ventaja añadida de la certeza que en tal caso se logra en orden al cómputo inicial del mismo plazo*”.



#### 2.4. La coordinación de la política de clemencia con los procesos de responsabilidad civil por daños derivados de ilícitos antitrust

Uno de los aspectos finales a los cuales se refiere el LV es a la necesidad de coordinar la política de clemencia (comunitaria y/o nacional) con las normas de responsabilidad civil por comportamientos contrarios a la libre competencia.

El sistema de clemencia es un mecanismo a través del cual se incentiva la aplicación de las normas de libre competencia e indirectamente su efecto útil. Consiste en el trato favorable que se otorga a las empresas que han sido o son parte de un cártel cuando: (i) Revelan su participación en la infracción y aportan pruebas que permiten a la Comisión realizar una inspección o determinar la infracción del art. 81 del TCE (dispensa de la sanción pecuniaria); o, (ii) Cuando aportan pruebas que tienen un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba de los que ya dispone la Comisión con anterioridad a la solicitud respectiva (reducción de las sanciones pecuniarias). El mejor trato puede consistir en la dispensa total del pago de las multas, beneficio que se aplica a quien cumple con lo previsto en el ordinal (i) anterior, siempre que además haya sido el primero en formular la solicitud; o, en la reducción de su cuantía para los solicitantes posteriores, según su contribución y el puesto que ocupen respecto de la primera solicitud, siempre que además cumplan con lo previsto en el ordinal (ii) anterior<sup>149</sup>.

En España, la nueva LDC (art. 65) establece un sistema de clemencia similar al previsto en el Derecho Comunitario<sup>150</sup>, cuyos fines son entre otros, promover el mayor control de las conductas restrictivas y fortalecer la acción de las empresas en la aplicación de esta normativa. Colombia por su parte carece de una regulación sobre el tema.

El desarrollo práctico del sistema de clemencia, implica, que quien ha sido parte de un cártel, debe confesar y/o aportar pruebas sobre su implicación en el mismo, sobre los elementos estructurales del acuerdo o de la conducta restrictiva (art. 81 del TCE y art. 1 de la LDC) y, en consecuencia, reconocer la ilicitud de su conducta. El problema que deriva de este mecanismo, es que su funcionamiento puede revertir en contra de los intereses de la propia empresa solicitante de la clemencia, en tanto su confesión pueda ser utilizada *a posteriori* como prueba irrefutable de la ilicitud y de su culpabilidad dentro de los procesos de reclamación de daños y perjuicios, en otros términos, los eventuales efectos probatorios dentro de los procesos de responsabilidad, podrían hacer que el sistema de clemencia pierda utilidad y razonabilidad, dado que las empresas no tendrán interés en acudir a este mecanismo en tanto su aplicación pueda perjudicar sus intereses, más aún, cuando la exoneración o la reducción de la multa -efecto de la clemencia- puede no verse compensada con la eventual condena en perjuicios ordenada por el juez en los

---

<sup>149</sup> El tema se encuentra regulado en Comunicación de la Comisión del 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Una descripción detallada sobre el contenido de esta comunicación puede verse en A. GIVAJA SANZ y E. CABRERA MAQUEDA. "Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2006, No. 246, noviembre/diciembre, pp. 33 a 52.

<sup>150</sup> La disposición final segunda apartado 2 de la LDC establece un término de 6 meses para que el Gobierno reglamente detalladamente el funcionamiento del sistema de clemencia.

procesos civiles de responsabilidad<sup>151</sup>. A esto hay que agregar además, que, ante una eventual demanda presentada en el extranjero, la solicitud de clemencia y las pruebas o documentos aportados en desarrollo de ella, pueden incluso llegar a utilizarse para obtener condenas en daños punitivos e incluso sanciones de orden penal<sup>152</sup>, lo que agrava y desmotiva aún más el uso de este sistema.

El LV propone algunas alternativas para coordinar el sistema de clemencia con los procesos de responsabilidad por ilícitos antitrust. Como primera alternativa sugiere el desarrollo de una política de absoluta confidencialidad tanto de la solicitud de clemencia (que puede ser presentada en forma oral) como de la información (oral y de las pruebas escritas) que se haya suministrado por el solicitante<sup>153</sup>. Esta alternativa tiene el inconveniente de que la prueba sobre participación de la empresa en el sistema de clemencia puede ser obtenida a través del interrogatorio del representante legal y/o de los administradores, con las consecuencias adversas que de ello puede desprenderse en el plano civil; pero además, una reserva total de las pruebas aportadas también puede significar una vulneración del derecho de defensa de los destinatarios del pliego de cargos, lo que parece indicar que esta alternativa no es la más adecuada o cuando menos requiere de importantes ajustes.

Una segunda opción, consiste en reducir la condena al pago de daños y perjuicios en favor de quien ha solicitado la aplicación de la política de clemencia<sup>154</sup>. El problema de esta opción es que el beneficio de la reducción no puede hacerse extensivo a otras jurisdicciones, con lo cual, las condenas a la empresa, por ejemplo la condena al pago de daños punitivos por parte de los jueces Norteamericanos, podría llegar a superar con creces el beneficio de la clemencia sumado a la reducción de la indemnización de daños y perjuicios. Las mismas restricciones existirían en caso de optarse por eliminar la responsabilidad solidaria del solicitante de clemencia o la de reducir la indemnización a su cargo al pago de los daños correspondientes a su participación en el mercado del

---

<sup>151</sup> Apartado 224 a 230 del documento Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, numeral 224 a 230. Ver también F. GARCÍA CACHAFEIRO. "Los retos de la política de clemencia Europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del derecho de la competencia", *ADI*, Madrid-Barcelona: Coedición Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, 2006, pp.172 "La aplicación de la clemencia no sólo no impide el ejercicio de las acciones civiles por los perjudicados, sino que, antes al contrario se puede afirmar que las favorece como consecuencia de la publicidad que se da a la participación en el programa. (...) las empresas que solicitan la clemencia están fuertemente expuestas a las reclamaciones de daños, dado que su participación en un cártel es un dato de dominio público".

<sup>152</sup> *Ibíd.* p. 180 "Según dispone la Ley Federal sobre Procedimiento Civil norteamericana, la denominada *disclosure documental* se realiza en un procedimiento previo al litigio principal bajo el apercibimiento de graves sanciones en caso de «ocultación» de documentos. Así las cosas, basta que un tribunal admita una demanda presentada por un cliente o competidor afectado por una conducta anticompetitiva para que la empresa demandada tenga que aportar todos los documentos relacionados con el caso, incluida la documentación relativa a su solicitud de clemencia".

<sup>153</sup> Apartado 234 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, apartado 235.

cártel<sup>155</sup>, pues también en estos eventos, dichos beneficios podrían verse mermados ante condenas proferidas por tribunales extranjeros.

Conciente de estos problemas y con el propósito de preservar el éxito que hasta el momento ha tenido el sistema de clemencia<sup>156</sup>, la Comisión publicó el día 8 de diciembre de 2006, la nueva Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel<sup>157</sup>.

En esta Comunicación se dispone que el acceso a las “declaraciones de empresa” hechas en desarrollo del sistema de clemencia sólo está permitida a los destinatarios del pliego de cargos, quienes en ningún caso pueden hacer copias mecánicas de la información a la cual acceden. Esta protección se pierde cuando quien ha hecho la declaración revela su contenido a terceros<sup>158</sup>. Se establece además que la comunicación o revelación de las “declaraciones de empresa” dentro de la Red de Autoridades de Competencia, se hará efectiva siempre que dentro de la red se respeten las reglas de cooperación y se proteja la información de una manera análoga a la establecida en el ámbito comunitario<sup>159</sup>.

De otra parte, la nueva Comunicación, dispone que sólo los destinatarios del pliego de cargos tendrán acceso al expediente “(...) a condición de que la información así obtenida sólo se utilice a efectos de procedimientos judiciales o administrativos de aplicación de las reglas comunitarias de competencia que sean objeto del procedimiento administrativo al que corresponda el expediente”<sup>160</sup>. El uso de la información para fines distintos a los previstos en la norma, podrá considerarse como falta de cooperación e igualmente podrá dar lugar al incremento de las multas imponibles en los procedimientos adelantados ante

---

<sup>155</sup> Ibid., apartado 236.

<sup>156</sup> Comunicación de la Comisión del 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel “(6) (...) Habiéndose demostrado que estas iniciativas son útiles para hacer efectivas la investigación y desactivación de los cárteles, no deberían verse desalentadas por efecto de las órdenes de exhibición documental dictadas en litigios civiles. Los posibles solicitantes de clemencia podrían verse disuadidos de cooperar con la Comisión al amparo de la presente Comunicación si tales iniciativas pudieran redundar en perjuicio de su posición en pleitos civiles frente a la de las empresas que no cooperan. Este efecto indeseado iría manifiestamente en contra del interés público en garantizar la eficacia de la aplicación por las autoridades públicas del artículo 81 del Tratado CE a los cárteles y, por ende, de las consiguientes acciones civiles subsiguientes o paralelas”.

<sup>157</sup> DOUE No. C298 de 8.12.2006.

<sup>158</sup> Comunicación de la Comisión del 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel “33) Sólo se concederá acceso a las declaraciones de empresa a los destinatarios de un pliego de cargos, siempre y cuando se comprometan, junto con sus asesores jurídicos que obtengan acceso en su nombre, a no hacer ninguna copia por medios mecánicos o electrónicos de la información contenida en las declaraciones de empresa a las que tenga acceso y a garantizar que la información que se obtenga de dichas declaraciones se utiliza exclusivamente a los efectos que se indican a continuación. Otras partes, tales como los denunciantes, no podrán acceder a las declaraciones de las empresas. La Comisión considera que la protección específica de las declaraciones de empresa contenida en esta Comunicación dejará de estar justificada desde el momento en que el solicitante divulgue su contenido a terceros”.

<sup>159</sup> Num. 35 de la Comunicación de la Comisión del 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

<sup>160</sup> Ibid. Numeral 34.

los tribunales comunitarios así como a la eventual denuncia ante el Colegio de Abogados por parte de la Comisión en caso de que en la infracción estuviese involucrado un asesor jurídico externo de la empresa.

Por lo demás, la Comisión señala y no podría ser de otra forma, que “(...) *El hecho de que se conceda una dispensa del pago o una reducción del importe de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en una infracción del artículo 81 del Tratado CE*”, con lo cual quedan al descubierto los riesgos descritos anteriormente, aunque con algunos vallas en materia probatoria.

En nuestro criterio, lo dispuesto en el num. 34 de la Comunicación, comentado anteriormente, no es lo suficientemente claro para impedir que *a posteriori* la información de la cual se ha tenido conocimiento se utilice dentro de un proceso de responsabilidad civil contra la empresa solicitante de clemencia. Bajo esta disposición, en el desarrollo de los interrogatorios de parte (por ejemplo a los directivos de la empresa solicitante de la clemencia) se podrían formular preguntas respecto de la participación de la empresa en el programa de clemencia y en relación con la información aportada a la Comisión en desarrollo de dicha solicitud, lo que en algunos ámbitos sería suficiente para probar que la empresa ha admitido su conducta ilícita e indirectamente su culpabilidad. También se echa de menos en esta nueva Comunicación, una estricta reglamentación sobre el acceso y el uso de la información suministrada en desarrollo del programa de clemencia en jurisdicciones extranjeras, con lo cual perdura un vacío que puede tornarse peligroso para los intereses de las empresas.

Aun cuando la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *F Hoffman – La Roche v. Empagran*, reduce considerablemente la posibilidad de las empresas Europeas de demandar ante los Tribunales Norteamericanos, sería en todo caso conveniente establecer una regulación más detallada sobre el tema de la clemencia en el ámbito internacional y eventualmente celebrar acuerdos internacionales que impidan que la información suministrada a la Comisión o a las autoridades nacionales de competencia de los Estados integrantes de la UE se utilice en otras jurisdicciones, o cuando menos que impidan que ésta pueda ser utilizada para imponer condenas penales o condenas por daños punitivos.

## **2.5. La regulación de las demandas de responsabilidad en el Derecho Internacional Privado**

Desde la óptica del D.I.P., el análisis del tema implica dos aspectos fundamentales: De un lado, la definición del juez competente para conocer de las demandas por ilícitos antitrust y, de otro, la legislación aplicable a esta clase de reclamaciones.

A nivel Europeo, la competencia judicial se encuentra regulada en el Reglamento 44 (CE) de 2001 del Consejo, *relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. El principio en este punto es que la competencia se define por regla general a partir del domicilio del demandado (que debe estar localizado en cualquiera de los Estados miembros, excepto en el territorio de

Dinamarca, país al cual no se aplica el Reglamento 44/2001) con independencia de su nacionalidad<sup>161</sup>.

Tratándose de asuntos de responsabilidad civil extracontractual, el juez competente será a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso<sup>162</sup>. Por lugar del hecho dañoso se entiende i) el lugar en el que se produjo el hecho que dio lugar al daño y ii) el lugar en el que se produjo el daño en sí mismo, nuevamente, entre estos dos criterios, prima la elección hecha por el demandante.

Pero además de estas normas, se dispone en el Reglamento y se acepta por parte de la doctrina, la aplicación del principio de conexión, conforme al cual, si existe un Tribunal con jurisdicción sobre uno de los demandados, pueden acumularse ante él todas las demandas de reclamación promovidas contra los restantes demandados, siempre que las demandas se encuentren vinculadas entre sí de forma estrecha<sup>163</sup>. A través de la aplicación de este principio se pretenden evitar decisiones contradictorias por parte los distintos tribunales que a nivel Europeo podrían resultar competentes para conocer de un mismo caso<sup>164</sup>.

Cuando se presenten simultáneamente ante distintos Tribunales de Estados diferentes, demandas por los mismos hechos, con idéntica causa y entre las mismas partes, el tribunal que hubiese conocido de la segunda demanda deberá suspender el trámite hasta tanto no se declare la competencia del tribunal que primero conoció de la reclamación; una vez el juez que conoció de la primera demanda se declara competente, el segundo deberá inhibirse en su favor (art. 27 del Reglamento). Adicionalmente si varios Tribunales son competentes para conocer de las demandas presentadas sobre un mismo asunto, primará la competencia del tribunal que conoció de la primera demanda debiendo los restantes Tribunales desistir de su competencia en favor de aquel (art. 28 del Reglamento).

En cuanto a la legislación aplicable al fondo del asunto, el LV considera que podría aplicarse "(...) *la propuesta de Reglamento de la Comisión relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («ROMA II»)*. Puesto que las indemnizaciones por daños y perjuicios son generalmente acciones de responsabilidad civil, que entran en el ámbito de aplicación de esta propuesta", en concreto en lo dispuesto en su artículo 5<sup>165</sup>. De acuerdo con Roma II, se aplican las normas del lugar (Estado) en el cual se han producido en daño.

---

<sup>161</sup> Art. 2 del Reglamento 44 de 2001.

<sup>162</sup> Art. 5 del Reglamento 44 de 2001.

<sup>163</sup> Art. 6 del Reglamento 44 de 2001.

<sup>164</sup> J. PHEASANT. Op. Cit. p. 370.

<sup>165</sup> LV, Pregunta K, Opción 31.



Como una alternativa distinta, se propone ajustar lo dispuesto en el art. 5 de la propuesta de Roma II al caso de responsabilidad por ilícitos antitrust, estableciendo como aplicables las leyes del Estado en cuyo mercado la víctima ha sido afectada por la práctica anticompetitiva<sup>166</sup> o, el derecho del foro. Habrá que considerar que, el test de los efectos sólo resultaría útil si sobre el mercado afectado se aplica una sola legislación como ocurre tratándose de la afectación de mercados nacionales o subnacionales y siempre que, además, el mercado afectado sea uno y no varios pertenecientes a diferentes Estados; en caso contrario estaríamos ante una pluralidad de afectaciones y una pluralidad de legislaciones todas ellas potencialmente aplicables que harían inaplicable el test y que complicarían el desarrollo de la demanda. En el caso del derecho del foro, el problema deriva de la posibilidad que tiene el demandante de elegir éste según las diversas alternativas que sobre el mismo prevé el Reglamento 44/2001, lo que puede conducir a que la elección este marcada por la búsqueda de las normas más favorable a sus intereses, es decir, a un problema de *forum shopping*.

En caso de que las conductas afecten el territorio de más de un Estado, podría permitirse que el demandante eligiese como aplicable la de cualquiera de los Estados cuyo mercado se ha visto perturbado por la conducta restrictiva, la ley del foro, o la ley aplicable a cada uno de los perjuicios padecidos<sup>167</sup>.

## CONCLUSIONES

La reciente regulación de la competencia de los jueces nacionales para aplicar en forma directa las normas de libre competencia comunitarias, ha puesto de presente la importancia de este sistema y la necesidad de regular en el nivel nacional las vías que facilitan el ejercicio de estas competencias y su efectividad.

Pero además de los jueces, siguen concurriendo en la aplicación de las normas de defensa de la competencia las autoridades administrativas, quienes conservan las facultades inherentes a su naturaleza, tales como la imposición de multas, la revocación de la inmunidad conferida a través de los REC, la aceptación de compromisos y todas aquellas relativas a la protección del orden público económico.

Así pues, que tanto en el nivel comunitario como en el nacional, se ha establecido un sistema mixto y complementario de aplicación pública y privada del derecho antitrust, a través del cual se pretende lograr una mayor protección tanto de los intereses públicos como privados y en consecuencia una mayor protección de los principios de libertad de empresa y libre competencia económica.

Junto a este sistema mixto y como efecto del mismo, se ha comenzado a desarrollar con mayor interés e intensidad el tema de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de acuerdos restrictivos de la competencia y/o de conductas constitutivas de abuso de posición dominante. La responsabilidad civil se constituye así en una valiosa

---

<sup>166</sup> Según el apartado 247 del documento "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005, Commission Staff Working Paper, anexo al Libro Verde, se trata de la aplicación del principio *lex loci delicti*.

<sup>167</sup> LV, Pregunta K, opciones 32, 33 y 34.

herramienta a través de la cual se pretende lograr una aplicación más efectiva y más ágil de la normativa antitrust.

Junto al efecto disuasorio que puede tener una eventual condena civil, hay que destacar la mayor seguridad y protección de los particulares, quienes podrán obtener a través de las acciones civiles una protección más rápida y efectiva de sus derechos.

Por ahora, muchas dudas, muchas inquietudes y temores se ciernen sobre la responsabilidad civil por ilícitos antitrust, entre ellos, el principal es el temor de caer en un sistema que como el americano promueva en forma desmedida los litigios en desmedro de la estabilidad y crecimiento de las empresas. Quienes defienden con positivismo la regulación del tema, invocan la defensa de los intereses y derechos de los particulares, esperemos pues que así sea, y que la futura reglamentación no se convierta en un problema aún más complejo.