

Este artículo considera diversas cuestiones relacionadas con la economía en la teoría de los daños, especialmente en casos privados antimonopolio (o antitrust), y extrae posibles lecciones para Europa de la experiencia estadounidense. Comienza con una descripción general de diferentes justificaciones de tales daños y sus implicancias. Dichas justificaciones incluyen: hacer pagar u otorgar los daños suficientes para que la parte dañada vuelva a la posición que hubiera tenido de no ser por culpa del demandado; evitar el enriquecimiento injusto; y proporcionar incentivos a los demandantes privados. Los problemas de la experiencia de Estados Unidos incluyen si se permite la recuperación por parte de los compradores indirectos (Illinois Brick), y la implementación de daños triples de incentivos para entablar casos sin mérito que luego se pueden resolver con fines de lucro.

1. ¿Para qué son los daños?

Entiendo que la Comisión Europea está alentando demandas privadas para la recuperación de daños y perjuicios en casos antimonopolio.¹ Por supuesto, se han permitido juicios privados para recuperar daños en tales casos en los Estados Unidos desde hace mucho tiempo, y por la misma razón que la UE lo está considerando ahora: ayudar a hacer cumplir la ley mediante la creación de muchos "fiscales generales privados". (De hecho, en los Estados Unidos proporcionamos un gran incentivo para demandas privadas a través de la disposición de la Clayton Act de 1914 para daños triples.² Volveré sobre esto más adelante.) Por lo tanto, parece un momento apropiado para comentar sobre el papel de los daños en general y en casos antimonopolio en particular, y en algunos aspectos del uso de evidencia económica en tales casos. Lo hago, recurriendo a los casos y experiencia de los Estados Unidos donde corresponda.³

Hay tres razones básicas para la evaluación de daños. Estas son:

- a) Hacer pagar u otorgar los daños suficientes para que no haya ocurrido ninguna lesión;
- b) Asegurar que no haya enriquecimiento injusto, para que el acusado no se beneficie de sus actos ilegales; y

@Franklin M. Fisher, *Economic Analysis and Antitrust Damages*, World Competition 29(3): 383-394, 2006. Franklin M. Fisher es Profesor Jane Berkowitz Carlton y Dennis William Carlton de Microeconomía Emérito del Instituto de Tecnología de Massachusetts. Está en deuda con Maarten Pieter Schinkel por sugerirle que escriba este artículo y con él, Daniel Jonas y Evan S. Schouten por sus valiosos comentarios y críticas. Naturalmente, el autor conserva la responsabilidad por cualquier error.

¹ Véase el Libro Verde de la Comisión de la UE de 19 de diciembre de 2005, Acciones por daños y perjuicios por incumplimiento de las Reglas Antimonopolio de la CE, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html>

² Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53, disponible en <<http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>

³ Para una reseña de acciones privadas y públicas en los Estados Unidos, ver S.W. Waller, Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law, 29 W.Comp. 3 (2006). Para un debate sobre si debería haber una aplicación antimonopolio privada en Europa, ver W.P.J. Wils, Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, 26 W. Comp. 3, pp. 473-488, (2003); y C.A. Jones, Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check, 27 W. Comp. 1, pp. 13-24, (2004).

c) Proporcionar un desincentivo a cualquier persona que considere violar la ley.

a) Reparar toda la pérdida financiera del demandante

El objetivo del uso de esta norma es uno de simple justicia para la parte perjudicada. Uno quiere asegurarse que el demandante termine sin ser perjudicado debido a los actos considerados ilegales. Pero cómo proceder exactamente sobre esta base no es tan simple. El artículo sobre este tema que escribí en coautoría hace unos 15 años ahora es bastante conocido en Estados Unidos,⁴ pero puede que no sea así en Europa, así que comenzaré resumiendo su argumento, utilizando un ejemplo útil que no pertenece a la literatura antimonopolio. (Volveré a cuestiones antimonopolio más adelante).

Ese artículo, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, toma su título de una pregunta que se me formuló en un testimonio. Dejaré a un lado la cuestión de antimonopolio y consideraré el siguiente ejemplo:

Janis Joplin (a quien el público europeo no puede identificar tan bien como el público estadounidense, al menos de cierta edad) fue una estrella de rock. Supongamos que, cuando estaba en el último año de la escuela secundaria, firmó una copia del anuario escolar de un compañero de clase. Supongamos además que nadie sabía que algún día sería una estrella de rock famosa y que tales anuarios, con o sin la firma de Joplin, estaban disponibles gratuitamente a cinco dólares el ejemplar.

Ahora supongamos que la copia con la firma de Joplin fue robada justo después de que se firmó el libro y, por el momento, supongamos que el ladrón la destruyó. El ladrón fue arrestado y el propietario legítimo lo demandó por daños y perjuicios. Naturalmente, el caso llegó a juicio en un momento posterior; en ese momento, Joplin se había hecho famosa y su firma muy valiosa, por lo que el anuario de Joplin valdría \$ 1,000. Una vez que el ladrón ha sido declarado responsable en la demanda civil, la cuestión es qué daños deben ser evaluados y otorgados para reparar la pérdida financiera.

A primera vista, la respuesta parece ser el valor del Anuario firmado en el momento de la adjudicación de daños; pero, como veremos ahora, eso no es correcto.

El problema se puede dividir en dos partes:

- a) ¿Cómo habríamos hecho para reparar al demandante si se hubieran otorgado daños en el momento del robo?
- b) ¿Cómo deberíamos ajustar tal sentencia por el hecho de que los daños son otorgados en un momento posterior?

Comienzo con la segunda parte.

Obviamente, el hecho de que los daños se otorgan en un momento posterior significa que el demandante no ha sufrido simplemente la misma pérdida que si el premio se hubiera otorgado simultáneamente, sino una pérdida adicional porque no ha utilizado el dinero del premio (de manera equivalente, el valor de venta del libro) durante el per-

⁴ F.M. Fisher and R.C. Romaine, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, 5 *Journal of Accounting, Auditing and Finance* (January), 145-157 (1990), reimpresso como Chapter 22 de Fisher, *Industrial Organization, Economics, and the Law*, (MIT Press, Cambridge, MA, 1991).

íodo intermedio. Se debe hacer algún ajuste, efectivamente en forma de interés previo al juicio.

Se podría pensar que el ajuste debe reflejar la tasa que el demandante normalmente gana en sus inversiones. De manera similar, si el demandante fuera una empresa, se podría suponer que debería recibir intereses previos al juicio al promedio ponderado de su costo del capital. Pero esto resulta ser incorrecto.

El rendimiento que se obtiene sobre las inversiones tiene dos componentes. Estos son el valor temporal puro del dinero y la compensación por el riesgo que representan las inversiones. Pero, en el presente ejemplo, el demandante no usó el dinero *y, por lo tanto, no asumió ningún riesgo al invertirlo*. De esto se deduce que la totalidad de la pretensión del demandante requiere un interés previo al fallo a una tasa libre de riesgo, generalmente la tasa de interés sobre los valores gubernamentales a corto plazo.

Podría decirse que hay un problema con este enunciado. El querellante tenía que asumir el riesgo de que el demandado se fuera a la quiebra cuando se hizo el laudo. Por lo tanto, algunos han argumentado razonablemente que el interés previo al juicio debe reflejar ese riesgo, y que el demandante debe recibir dicho interés a la tasa a la que el demandado puede adquirir deuda.

No me voy a detener en este punto, cuya respuesta puede depender de las reglas para la recuperación de los costos judiciales. Pero ya sea que el interés previo al fallo se otorgue a la tasa libre de riesgo o a la tasa de endeudamiento del demandado, la tasa involucrada no tiene nada que ver con la tasa de rendimiento de las inversiones propia del demandante.

Tampoco debería. Si lo hiciera, el premio sería más alto para un demandante en un negocio de alto riesgo que para un demandante en uno de bajo riesgo, aunque el robo fuera el mismo y aunque el riesgo habitual del demandante no se haya asumido.

En cualquier caso, debe quedar claro que, una vez que hemos decidido una tasa de interés previo al juicio, la tarea restante es calcular el monto de los daños que habría resarcido al demandante en el momento de la lesión. Esto a menudo no es una tarea fácil, pero el punto importante es que uno no tiene derecho a usar la retrospectiva aquí; más bien, uno debe preguntarse qué suma habría aceptado el demandante en el momento de la lesión porque se limitó a contentarse con permitir que ocurra la lesión.⁵

En el ejemplo de Janis Joplin, la respuesta es clara. Dadas los supuestos, el demandante se habría recuperado en el momento de la lesión con una indemnización de cinco dólares. Para recuperarse totalmente en el momento de la sentencia requiere sólo cinco dólares más intereses a la tasa libre de riesgo (o de endeudamiento del demandado). *No requiere* daños por valor de \$ 1,000, el valor del anuario al momento del juicio.

Tengan en cuenta también que, si alteramos el ejemplo y suponemos que el anuario de Joplin fue robado y no destruido, entonces la restitución del anuario al momento del juicio también compensaría en exceso al demandante, ya que éste sería compensado por riesgo que no debió soportar.

⁵ Como se discutirá en una sección posterior, sin embargo, esto no descarta por completo el uso de la comprensión retrospectiva.

b) Sin enriquecimiento injusto

Por supuesto, semejante resultado parece irrazonable. Pero creo que es porque sugiere que al ladrón se le debe permitir guardar el anuario y, por lo tanto, sacar provecho del mal acto. Esta es una mala política, y conduce directamente a la discusión del segundo principio de daños, que es el de no enriquecimiento injusto. Aquí hay una cuestión seria de política pública que cabe considerar.

Si el demandante sólo recibe una compensación de cinco dólares (más intereses a la tasa de interés libre de riesgo o del demandado), y se le permite al ladrón conservar el anuario (o venderlo y conservar el producto), entonces él o ella será recompensado por el robo, y, si esto se hace sistemáticamente, entonces habrá un incentivo para que otros cometan actos similares. Por otro lado, como acabamos de ver, cuando el enriquecimiento injusto excede la cantidad necesaria para indemnizar totalmente al demandante, hacer que el demandado pague el monto de enriquecimiento injusto al demandante compensará con creces al demandante por la lesión. Esto será un incentivo tanto para litigios meritorios de los demandantes (un resultado deseable) como para litigios no meritorios (indeseables). De hecho, al menos, estimulará a los demandantes potenciales a presentar una demanda sólo si la oportunidad perdida a través de la lesión resulta favorable, y eso incluso puede llevar a los demandantes potenciales a alentar una lesión y así evitar los riesgos de que secretamente esperen salir mal.

La dificultad aquí, por supuesto, surge de la regla (o el supuesto) de que lo que debe pagar el acusado lo debe recibir el demandante. El problema desaparecería si los daños consistieran en la totalidad de la indemnización al demandante y cualquier exceso de enriquecimiento injusto sobre esa cantidad fuese considerado multa. Hasta donde sé, sin embargo, esto no se hace en la práctica, ciertamente no en los casos antimonopolio de EE. UU. Además, tal regla proporcionaría escaso incentivo para que los demandantes demanden cuando los daños requeridos para una plena indemnización al demandante sean bajos, aunque la cantidad por enriquecimiento injusto sea alta y, en cualquier caso, no proporcionaría ningún incentivo para ofrecer prueba de enriquecimiento injusto; dicha prueba debería dejarse en manos de un fiscal público.⁶

II. Aplicando los principios a los daños antimonopolio

Paso ahora a la aplicación de estos principios generales a los daños antimonopolio.

a) Intereses previos al juicio

Lo primero que cabe mencionar cuando se aplica el análisis de interés prejuzgado a los casos antimonopolio es que, en la norma de reparar toda la pérdida financiera del demandante, éste debe quedar indemnizado después de impuestos. Un ejemplo prominente es el de un reclamo por lucro cesante, donde el demandante habría sido gravado sobre las ganancias si no se hubieran perdido y se aplicará un impuesto sobre la sentencia del daño. Para simplificar, supongamos que las tasas impositivas del demandante para los años relevantes son todas iguales,⁷ entonces la indemnización por daños antes de impuestos debe ser la misma sentencia que hubiera indemnizado plenamente

⁶ Le debo esta observación a Evan S. Schouten.

⁷ También pueden ser tratados casos más complicados.

al demandante en el momento de la lesión más intereses a la tasa libre de riesgo después de impuestos (o la tasa de endeudamiento del demandado después de impuestos).

En los Estados Unidos, sin embargo, cuando se juzgan casos antimonopolio en tribunales federales (a diferencia de los estatales), generalmente no se permite el interés previo al juicio.⁸ La razón aparente de esto es la opinión de que ya se sentenciaron daños triples en juicios antimonopolio privados, sobre compensando al demandante.

Pero, por supuesto, no hay una verdadera garantía para esto. El Congreso ordenó aplicar daños triples, y la pérdida del uso del dinero propiamente forma parte de los daños y perjuicios que se deben otorgar para que el demandante sea indemnizado plenamente. Eso implica que se debe otorgar el interés previo al juicio apropiado y luego se triplicará todo el premio. Incluso si se piensa que los daños triples son una mala política pública, esto no es una excusa para no incluir el valor monetario del tiempo en daños adecuadamente calculados.

De hecho, creo que hay otras razones detrás de la regla de excluir el interés previo al juicio. Esas razones implican malentendidos de los principios anteriormente expuestos. En primer lugar, cuando se usa la comprensión retrospectiva para sentenciar daños, es decir, en forma de lucro cesante, gran parte del premio puede corresponder a pérdidas recientes, y el interés puede no parecer importante, particularmente si las sumas son importantes.

Más allá de esto, sin embargo, en mi experiencia (tanto en casos antimonopolio como en otros), los jueces a menudo tienen dificultades con la idea de que la privación del uso del dinero es una forma de daño al demandante. Esa dificultad sería totalmente comprensible si la privación se aplicara al rendimiento por soportar riesgos que no fueron asumidos, pero el hecho de no reconocer la pérdida del puro valor temporal del dinero como una lesión es simplemente un error. El hecho de que dichos cargos por intereses puedan ser sustanciales no es motivo para omitirlos.

b) Uso de comprensión retrospectiva

He argumentado enérgicamente (y correctamente) que, para compensar plenamente al demandante, uno debe comenzar por hacerlo en forma integral a partir del momento de la lesión y que esto excluye el uso de la comprensión retrospectiva. Mejor dicho, se necesita una estimación de cuánto habría tomado compensar al demandante por permitir la lesión en el momento en que ocurrió. El ejemplo del anuario de Joplin está planteado para hacer esto fácil de hacer. En casos antimonopolio, sin embargo, hacer esto a menudo no es tan fácil.

Los casos antimonopolio con frecuencia implican un reclamo por lucro cesante, y esos beneficios perdidos se extienden a lo largo de un período de años que comienza con la lesión inicial antimonopolio. En primer lugar, supongamos que sólo hubo un único conjunto de actos, todos ocurriendo en un año inicial o pero con efectos que duran hasta años posteriores. Esto podría suceder si el demandante dejara de funcionar en el año 0, pero no es el caso habitual.

⁸ En algunos estados, la ley prescribe una tasa de interés. Típicamente, ésta es más alta que las tasas apropiadas anteriormente descritas.

En tales circunstancias, uno quiere saber lo que el demandante razonablemente esperaba que fuera el flujo de beneficios posteriores sin la lesión. Se tomaría ese flujo, lo descontaría hasta el año 0 y trataría el resultado como una sola lesión en ese año. (Al hacer esto, es importante tener en cuenta que el descuento debe ser a la tasa de descuento estándar del demandante, su costo de capital ponderado, ya que así es como el demandante habría valorado las oportunidades perdidas. Los argumentos para usar la tasa libre de riesgo que se aplican en el caso de interés previo al juicio no se aplican aquí.) Pero puede no ser fácil determinar esto. Los documentos internos contemporáneos del demandante importarán, pero la retrospectiva también puede jugar un papel si se acerca a esos documentos.

El caso donde hay lesiones repetidas es más complicado. En principio, uno querría analizar la lesión de cada año e investigar qué habría aceptado el demandante en ese año por permitir la lesión, dado que las lesiones pasadas han ocurrido y fueron compensadas. Pero es muy probable que esto no sea práctico, ya que la compensación por lesión de cada año debe incluir una compensación por sus consecuencias previsibles en ese momento. En la práctica, uno generalmente tiene que tratar las consecuencias de la lesión de cada año como ocurriendo en ese año, tratando a la lesión del próximo año como un nuevo evento independiente.

c) Illinois Brick

Además, hay un problema diferente -y probablemente más grave- con el estándar de indemnizar plenamente al demandante en casos antimonopolio. Muchos casos involucran reclamos de los clientes por cobros excesivos. Pero, cuando los clientes son firmas downstream que a su vez revenden el producto involucrado a clientes que están más downstream o lo utilizan como un insumo en un producto diferente que luego se vende, ¿a quién se va a indemnizar plenamente?

En principio, la respuesta es fácil. Los clientes inmediatos del demandado deben ser indemnizados por los recargos netos del monto cobrado a los clientes downstream, pero eso no será suficiente a menos que los clientes indirectos también puedan recuperarse por los recargos que les son transferidos. Si hay varias etapas de transmisión o si hay muchos clientes downstream, lograr que todos los demandantes y posibles demandantes sean completamente indemnizados puede ser muy difícil, si no imposible.⁹

Hace casi 30 años, la Corte Suprema de los EE UU abordó este asunto en el caso Illinois Brick,¹⁰ sosteniendo que sólo los compradores directos pueden recuperar por sobrefacturación en casos antimonopolio federales y que no se realizará ningún ajuste por la

⁹ Rüggeberg y Schinkel ofrecen una discusión mucho más detallada sobre el problema de transferencia que la que ofrezco aquí. Sugieren la adopción de un sistema en el que, cuando se presente una demanda privada por daños y perjuicios por sobrefacturación, las autoridades nacionales de competencia se encarguen de estimar el alcance de las transferencias, y a los querellantes privados en las diferentes etapas de la cadena de transmisión se les permita demandar al cobrador original por sus daños reales: J. Rüggeberg, and MP Schinkel, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, 29 W.Comp. 3 (2006). Esta sugerencia es, desde luego, teóricamente correcta, pero me temo que su aplicación resultaría poco práctica. No sólo es probable que el problema de estimación sea bastante difícil y los resultados sean inciertos, sino que habrá desafíos en cada paso del camino.

¹⁰ Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720 (1977).

< https://en.wikipedia.org/wiki/Illinois_Brick_Co._v._Illinois >

transferencia de esos sobrepuestos. Si bien esta regla no se cumple en todos los casos estatales de antimonopolio, sigue siendo la ley en muchas circunstancias.

Por supuesto, la regla en Illinois Brick se ocupó de los difíciles problemas prácticos de asignación de daños. Logró evitar que el acusado retenga más que el daño total que ha causado (especialmente después de triplicar). Pero claramente no hizo que los daños indemnizaran plenamente y quitó a los compradores indirectos el derecho a recuperar los daños que puedan haber sufrido. Si bien puede ser una buena regla práctica, en principio es una muy mala, y puede compensar en exceso a los demandantes directos que hayan transferido el sobrepuesto y ahora puedan recuperarlo.¹¹

Además, Maarten-Pieter Schinkel y sus coautores han demostrado recientemente que la regla de Brick de Illinois en realidad puede promover una forma de colusión vertical entre las empresas aguas arriba y sus compradores directos.¹² Para citar su resumen, muestran que:

"Illinois Brick facilita a las empresas que se encuentran en la etapa inicial a comprometerse horizontalmente en un acuerdo colusorio enfocándose en pagos laterales verticales ocultos para desalentar la acción civil contra sus compradores directos solamente. Las empresas downstream pasan parte de las ganancias del cártel aguas arriba mediante un racionamiento simétrico de sus insumos a precios bajos. Este arreglo del "Muro de Illinois" mantiene la colusión en la cadena de producción, reduciendo sustancialmente el bienestar total. Cuanto más competitivas sean las industrias upstream y downstream, más terreno habrá para el acuerdo. Los muros de Illinois son resistentes a la entrada de nuevas firmas, así como a variaciones del sistema legal. Varios casos recientes de cártel de EE. UU. muestran los síntomas del muro de Illinois".

d) El mero reembolso de los sobrecostos ¿compensa plenamente al querellante?

Dejando a un lado Illinois Brick (y suponiendo que se evalúe el interés apropiado previo al juicio), no es el caso que simplemente reembolsar a los demandantes por los sobrecargos en los casos de fijación de precios tenga éxito en indemnizarlos plenamente. De hecho, mientras que cuando hay un traspaso, Illinois Brick tiende a indemnizar al demandante inmediato más que plenamente, existe otra práctica estándar que tiende a hacer que los demandantes logren menos que la completa indemnización, y no por razones de asignación de daños entre clases de compradores.

Para simplificar, supongan que sólo hay compradores directos (e ignoren la cuestión de intereses previos al juicio). Cuando los compradores son los demandantes, el cálculo del daño estándar consiste en estimar el sobrepuesto debido a la colusión o el logro de un monopolio, por ejemplo, y adjudicar ese sobrepuesto multiplicado por las cantidades compradas como daños.

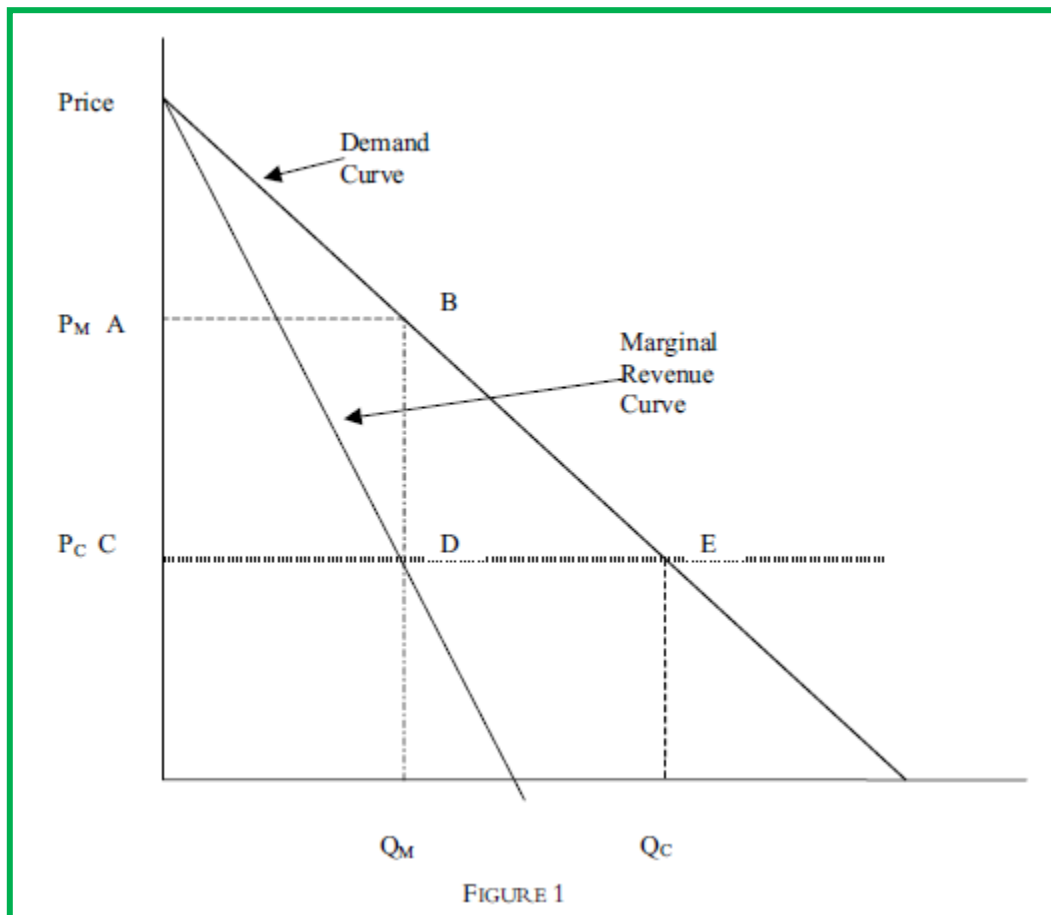
¹¹ Para otra discusión de los temas involucrados, ver F. Hoseinian, *Passing-on Damages and Community Antitrust Policy - An Economic Background*, 28 W.Comp.1, pp.3-24 (2005).

¹² M.P. Schinkel, J. Tuinstra, and J. Rüggeberg, *Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion*, Amsterdam, Tinbergen Institute paper 05-049/1 (2005).

Ese método tiene el mérito de una relativa sencillez, pero subestima la cantidad requerida para hacer que los demandantes sean indemnizados plenamente por la siguiente razón:

Cuando los precios son elevados de forma no competitiva, los compradores no sólo se ven perjudicados pagando más por las unidades del producto que compran a los precios más altos, sino que también lo son al denegárseles la oportunidad de comprar más unidades a precios competitivos.

La Figura 1 representa la curva de demanda de un producto (por simplicidad dibujada como una línea recta). Consideren el caso de un monopolio. También se muestra la curva de ingresos marginales del monopolista (también una línea recta). P_C denota el precio competitivo y Q_C la cantidad que se compraría a ese precio. La línea horizontal en P_C indica el nivel del costo marginal del monopolista, por lo que el monopolista que maximiza beneficios reducirá la producción a Q_M elevando el precio a P_M , ganando más por el precio incrementado en las ventas reducidas de lo que pierde al no hacer más ventas.



Los clientes son dañados por dos efectos. El primero, los pagos adicionales por la cantidad reducida, Q_M , viene representado por el tamaño del rectángulo ABDC. Esto es lo que se otorga en toda sentencia estándar de daño. Pero el segundo, el tamaño del triángulo, BDE, generalmente no es otorgado. Puede demostrarse que representa el valor monetario para el cliente de poder comprar la cantidad adicional ($Q_C - Q_M$) al precio competitivo.

Vale la pena señalar que la sentencia habitual es menor que la cantidad requerida para que el demandante sea completamente indemnizado, pero en cierto sentido mayor que el enriquecimiento injusto del acusado. Esto se debe a que, si bien el demandado ganó el rectángulo ABDC - mayores ganancias en las unidades que sí vendió, renunció a ganancias que habría obtenido vendiendo unidades adicionales ($Q_C - Q_M$) al precio competitivo. Esto no está admitido como compensación, y hay al menos un argumento que sí debería serlo.

e) Triple de daños

Pero, por supuesto, la característica más notable de las sentencias de daños de EE. UU. en casos antimonopolio es la de triple de daños. En general, esto hace que el demandante sea indemnizado más que plenamente y, en general, más que elimina cualquier enriquecimiento injusto.¹³ Como tal, proporciona un desincentivo para participar en violaciones antimonopolio. Pero el verdadero propósito aquí es proporcionar un incentivo a potenciales demandantes privados para que presenten acciones antimonopolio privadas, contribuyendo así a la aplicación de la legislación antimonopolio a través de las acciones de "abogados generales privados".

El problema es que tal incentivo puede ser demasiado grande. La mayoría de los casos antimonopolio presentados en los Estados Unidos son privados, y muchos de ellos carecen de fundamento.¹⁴ Las empresas, perjudicadas por la competencia en cuanto al fondo de la demanda, a menudo presentan demandas antimonopolio contra sus competidores con la esperanza de recuperar ganando el premio de daño triple. Algunos incluso tienen éxito, al menos en los tribunales inferiores. Tales casos son buenos para economistas consultores y abogados, pero son un lastre para el sistema judicial y un gasto para la economía. También pueden enfriar la competencia vigorosa. La institución de sentencias de daños privados en la UE puede tener efectos similares, especialmente cuando los veredictos antimonopolio dependen demasiado de los estándares de cuota de mercado para calibrar la "posición dominante".

Hay un efecto adicional pernicioso de los daños triples que se ve más claramente en los juicios antimonopolio de acción de clase. Aquí, la situación a menudo es la siguiente:

Las demandas colectivas o acciones de clase se presentan cuando los demandantes son numerosos y los problemas involucrados en sus casos son comunes. En las demandas antimonopolio, a menudo se piensa que esto ocurre en casos de fijación de precios y los abogados de una demanda colectiva siempre afirman que las diferencias en los daños pueden manejarse a través de algún método común. Si el caso es ganado por los demandantes de la clase, entonces los abogados generalmente obtienen una gran parte de la indemnización por daños como su tarifa.

¹³ Digo "en general" que el demandante no recupera plenamente porque, como se describe en el inciso anterior (y en la discusión sobre el interés previo al juicio), el premio que se debe triplicar no siempre es el monto que debería recibir plenamente el demandante. Digo "generalmente" en cuanto al enriquecimiento injusto porque si los daños requeridos para indemnizar plenamente al demandante son muy inferiores al enriquecimiento injusto involucrado y la cantidad menor se debe triplicar, existe al menos la posibilidad de que subsista algún enriquecimiento injusto.

¹⁴ No quiero decir que todos los casos del gobierno sean buenos. De hecho, la estipulación que puso fin al gran caso de IBM de la década de 1970 declaró que el caso había sido "sin mérito", lo cual es una evaluación correcta.

Ahora bien, no pretendo sugerir que todos estos casos carezcan de mérito. Sin embargo, las siguientes observaciones se aplican independientemente de los méritos del caso. La primera etapa importante de tal caso involucra una decisión del juez que preside respecto de si se debe **certificar la clase**. Muy a menudo, los jueces parecen considerar el hecho de que, si la clase no está certificada, el caso desaparecerá, porque los demandantes individuales no podrán permitirse demandar por separado. Esto parece injusto para los demandantes si el caso reúne méritos. Por lo tanto, el juez tiende a certificar la clase, tal vez confiando en la proposición de que siempre pueden anular la certificación si más tarde o en el juicio la certificación fue un error.

El problema es que, si la clase está certificada, generalmente no habrá "más adelante" ni juicio alguno. Debido a los daños triples, la exposición de los demandados si se certifica una clase grande puede ser enorme. Por lo tanto, hay una gran presión sobre ellos para llegar a un arreglo, y esto es lo que generalmente sucede. Por lo tanto, el caso se decide efectivamente en la etapa de certificación de clase en lugar de hacerlo en función de los méritos, un hecho del que muchos jueces parecen no darse cuenta.

Este fenómeno, inducido en gran parte por los daños triples, induce a entablar casos no meritorios. Creo que ha conducido a una especie de *piratería legal*. Pero este es sólo el ejemplo extremo de los pobres efectos de los daños triples.

A pesar de mis fuertes opiniones aquí, no tengo buenas sugerencias sobre cómo solucionar este problema. Sin daños adicionales, triples o no, los demandantes privados tendrán menos incentivos para demandar, y las indemnizaciones por daños pueden no ser lo suficientemente importantes como para desalentar las violaciones antimonopolio.

En Europa, sin embargo, hay algunas razones para creer que el problema puede no ser tan grave como en los Estados Unidos. En primer lugar, entiendo que las demandas colectivas son mucho menos frecuentes en la UE que en los Estados Unidos. En términos más generales, allí donde la parte perdedora debe pagar los gastos legales del ganador (que no es la regla en los Estados Unidos), esto puede ayudar a limitar el incentivo para presentar casos relativamente sin mérito.

III. Demostrando los daños antimonopolio en la práctica

Concluyo ofreciendo algunas observaciones sobre el uso del análisis económico para proporcionar estimaciones de los daños antimonopolio, más allá de los principios que ya he discutido.

En los Estados Unidos, el estándar de prueba para los daños antimonopolio es menor que el de la responsabilidad antimonopolio. Esta es la opinión razonable de que no podemos saber con precisión cómo habría sido el mundo en ausencia de los actos ilegales del acusado. Por lo tanto, aunque los daños no se pueden estimar utilizando conjeturas, no se debe permitir que esos actos destruyan toda capacidad de medirlos.

Hay dos dificultades al menos aparentes aquí. La primera se relaciona con uno de los principios discutidos anteriormente. He señalado que los daños que deben plantearse para indemnizar completamente al demandante no deben ser estimados retrospectivamente, sino que deben basarse en una estimación del monto que el demandante habría aceptado para permitir las violaciones. Si uno toma esa proposición de manera

totalmente literal, parecería que no se necesita investigar qué hubiera pasado si no fuera por la violación.

Sin embargo, ese no es el caso en antimonopolio, al menos en los casos de lucro cesante. Idealmente, habría documentos contemporáneos que muestren lo que el demandante razonablemente esperaba obtener en un mundo libre de violaciones.¹⁵ Algunas veces esto es cierto, y otras no. Incluso cuando existen tales documentos, sin embargo, deben ser examinados en cuanto a razonabilidad. Los documentos internos producidos por los empleados que recomiendan un curso de acción a menudo pueden ser demasiado optimistas en sus predicciones. Si bien el demandante tiene derecho a ser compensado por la pérdida de una oportunidad optimista plenamente esperada, incluso si no se hubiera hecho realidad, debe proporcionarse alguna prueba de que las expectativas eran razonables. Esto se puede hacer mediante la construcción de un modelo adecuado (preferiblemente econométrico) del negocio y el mercado involucrado usando datos solo disponibles para el demandante a partir del momento de la lesión y usándolo para pronosticar qué beneficios si la lesión hubiera estado ausente, comparando ese pronóstico con las ganancias reales. Si ese pronóstico concuerda con los documentos internos, mucho mejor. Si no lo hace o si no hay documentos internos, entonces se puede desear utilizar el pronóstico del modelo de todos modos como evidencia de lo que una persona razonable habría creído en ese momento.

Tengan en cuenta que, al usar dicho modelo, se debe tener en cuenta la influencia de factores tales como las condiciones económicas generales que están fuera del control de cualquiera de las partes. Si bien es cierto que el principio de no retrospectiva implica que el demandante tiene derecho a ser compensado por el pronóstico que habría hecho en ese momento -incluida la previsión de tales factores exógenos- seguramente este último pronóstico estaría sujeto a incertidumbre, y el demandante no puede haber sostenido que sea absolutamente seguro. La táctica obvia aquí es usar los valores reales de los factores exógenos, aunque se puede argumentar a favor de enfoques más complicados.

La segunda dificultad con el relativamente bajo nivel de prueba para los daños y perjuicios antimonopolio es que bien puede conducir a la aceptación de trabajo verdaderamente de mala calidad por parte del experto económico del demandante. Esto me parece haber ocurrido en el caso *Conwood*,¹⁶ en donde el experto del demandante basó su modelo econométrico en supuestos sobre las cuotas de mercado en diferentes estados que el demandante habría tenido en el mundo "si no hubiera sido así". Ahora, a veces un enfoque tan simplista puede ser todo lo que está disponible, pero existe la obligación de considerar si se puede construir un modelo más sofisticado y, de no ser así, explícitamente explicar por qué.¹⁷

¹⁵ En el caso de una violación continua o una serie de violaciones, esto requeriría dichos documentos en cada período.

¹⁶ *Conwood Company, L.P.; Conwood Sales Company, L.P., v. United States Tobacco Company; United States Tobacco Sales and Marketing Company, Inc.; United States Tobacco Manufacturing Company, Inc.; UST, Inc.*, 2002 FED App. 0171P (6th Cir.).

¹⁷ Tales casos no están confinados a los Estados Unidos. En un caso reciente de telecomunicaciones en España (*Conduit v. Telefónica*, Caso núm. 36/2005, Sentencia del 5º Juzgado Comercial de Madrid del 11 de noviembre de 2005), a un aspirante a entrar se le otorgaron alrededor de 640,000 euros por la demanda de que no había podido obtener la misma cuota de mercado que tenía en el Reino Unido.

Tal modelo es un intento de dar cuenta de todos los factores significativos que influyen en la variable o variables que se preverán. Con demasiada frecuencia, los supuestos "expertos" simplemente usan un enfoque de antes y después con todas las diferencias atribuidas a las acciones del acusado. Con demasiada frecuencia, también, la versión más elaborada tratando de eludir esto no sería aprobada por un journal arbitrado o incluso en una clase de econometría. Desafortunadamente, los jueces no están entrenados seriamente en tales asuntos, y no pueden distinguir fácilmente entre buenas y malas prácticas. Además, un modelo realmente sofisticado puede ser difícil de entender para ellos.

Esto se hace más difícil por lo siguiente. En principio, el cálculo de los daños debería estar relacionado con la teoría de la responsabilidad. Con suficiente información, un buen modelo lo hará. Pero esto a menudo no es posible en gran detalle, y, en particular, el requisito a veces impuesto de que, donde hay varios actos malos que se dice que causan daños, el modelo (y el experto) debe asignar los daños entre ellos, es típicamente imposible de cumplir. Los jueces no siempre entienden esto y depende del experto explicar por qué es así.

Obviamente, recae una gran responsabilidad sobre el experto que presenta el análisis de daños. Y la defensa debería tener un experto diestro para la respuesta.¹⁸

< http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/court_2006_11_es.pdf >

¹⁸ Anteriormente he escrito más extensamente sobre estos asuntos, ver F.M. Fisher, *Multiple Regression in Legal Proceedings*, 80 Columbia Law Review (May), 702-736, (1980), reimpresso como Capítulo 23 de Fisher, *Industrial Organization, Economics, and the Law*, como en la nota 4 anterior; y F.M. Fisher, *Statisticians, Econometricians and Adversary Proceedings*, 81 Journal of the American Statistical Association, (June), 277-286, reimpresso como Capítulo 24 de Fisher, *Industrial Organization, Economics, and the Law*.