

Poder Judicial de la Nación

"AUTO-O-GAS S.A. C/ YPF S.A. Y OTRO S/ ORDINARIO"

Expte. N° 85439/02 Juzg. 14 Sec. 27 15-13-14

En Buenos Aires, a los 30 días de septiembre de dos mil trece reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: "AUTO-O-GAS S.A. C/ YPF S.A. Y OTRO S/ ORDINARIO", en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los jueces Miguel F. Bargalló y Ángel O. Sala. Se deja constancia que intervienen únicamente los Sres. Jueces nombrados en razón de hallarse vacante la vocalía N° 14 (R.J.N., 109).

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 16.834/16.928?

El Juez Miguel F. Bargalló dice:

I. SENTENCIA.

En la sentencia de fs. 16.834/16.928 se hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por AUT-O-GAS S.A. ("Autogas") contra Y.P.F. S.A. ("YPF") y REPSOL YPF GAS S.A. ("Repsol" o "YPF GAS") por la que se persiguió el resarcimiento de los daños y perjuicios que le habría (Expte. N° 85439/02)

irrogado el "abuso de posición dominante" de "YPF" en la provisión de gas licuado de petróleo a granel (GLP) y los derivados de la "acción de pinzas" llevada a cabo de modo conjunto por ambas accionadas y su política de dispersión marcaria, condenándolas al pago de PESOS TRECE MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA y SIETE (\$ 13.094.457).

1. Primeramente se trató la excepción de prescripción opuesta como defensa de fondo. En ese cometido fue desestimado el planteo sobre su extemporaneidad formulado por la actora. De seguido se consideró haber mediado una relación jurídica comercial dentro de cierto lapso y, en función de ello, se apreció corresponder el plazo de prescripción decenal del CCiv., 4023, por tratarse de un contrato atípico, juzgando inaplicable el término de prescripción del mismo código, art. 4037. Como los daños invocados tienen su punto de partida en 1993 y dado que se produjeron reclamos administrativos, requerimientos extrajudiciales, mediación prejudicial y actuaciones cumplidas en sede judicial, a las que se adjudicó aptitud suspensiva en el marco de lo establecido por dicho ordenamiento, art. 3986, segundo párrafo, acorde con la jurisprudencia citada, se desestimó la defensa.

Poder Judicial de la Nación

2. En lo que concierne a la excepción de falta de legitimación para obrar en la actora que opusieron las demandadas en relación al reclamo basado en abuso de posición dominante, la consideró improcedente pues en el fallo de la CSJN del 02-07-02, que confirmó la aplicación de una multa impuesta por la Secretaría de Industria Comercio y Minería (Resolución 189/99) en el marco del expediente administrativo N° 0064-0026987/97, se estableció que los fraccionadores - condición que reviste la accionante- son en la práctica consumidores primarios del GLP, representando el primer eslabón de la cadena de interés económico general que fuera perjudicado con el accionar de las accionadas. Y en lo que atañe a igual defensa respecto del reclamo originado en la transferencia del fondo de comercio a "Shell CAPSA" se estimó haber existido reserva para reclamar determinados derechos, entre los que se juzgó hallarse los comprendidos en esta acción. Con tal sustento se denegó la defensa, resuelta como de falta de acción, en los dos supuestos.

Las costas por la desestimación de ambas excepciones (defensas) fueron impuestas a la perdidosa (CPr., 68).

3. Por otra parte, en relación a la falta de legitimación pasiva de "YPF GAS", en tanto se la advirtió (Expte. N° 85439/02)

opuesta en el alegato y no en los escritos liminares, se la juzgó inadmisibile.

4. Al ingresarse en primera instancia al examen de la cuestión de fondo se advirtió que lo concerniente al abuso de posición dominante se trataba de un aspecto que ha quedado definitivamente decidido. Ello en atención al dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluyó con la sanción impuesta a "YPF" en la citada Resolución N° 189/99 que fue confirmada, por mayoría, por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en su fallo del 24-11-00, confirmado a su vez por la CSJN en fecha 02-07-02.

A partir de allí, se consideró que la cuestión a dilucidar quedó centrada en analizar si las consecuencias de dicha posición de abuso dominante alcanzaron a las fraccionadoras -la actora, en el caso- y le ocasionaron perjuicios, cuestión negada por la contraparte.

A ese efecto se refirió el argumento de la demandante sobre su desplazamiento del mercado de fraccionamiento de GLP cumplido a través de tres maniobras: abuso de posición dominante, ahogo financiero ejecutado a través de una operación de pinzas y dispersión del patrimonio marcario de las empresas fraccionadoras.

Poder Judicial de la Nación

Se consideró que debía analizarse si la situación descripta causó perjuicios a la accionante en su calidad de fraccionadora, examen que se concretó con base principal en los dictámenes presentados por la perito en economía María Cristina Suárez, las perito contadoras Silvia Beatriz Ehrenfreun, Karina Viviana Pérez y Gabriela Stella María Barone y el perito ingeniero en petróleo, Cecilio N. Berasaluce.

5.a) En lo que atañe al abuso de posición dominante, la actora demandó \$ 26.917.265,92. La suma de \$ 19.285.265,92 por diferencias entre el precio del gas licuado de petróleo (GLP) determinado para el mercado interno y el aplicado en el mercado internacional y el importe de \$ 7.632.000 por lucro cesante proveniente del cese de un consumo total de 1.200.0000 tns. de GLP, lo que impidió a su parte vender 127.200 tns. de ese producto. En la sentencia se reconoció parcialmente el primer concepto, circunscribiendo al año 1996 el computable como dañoso, en tanto en ese período no pudo efectivizarse el traslado del incremento del precio de GLP al consumidor, fijando entonces una indemnización en el marco de lo que regla el CPr., 165, en \$ 5.785.579 que representa el 30% de la suma reclamada. En cuanto al lucro cesante, también se hizo parcial lugar al

(Expte. N° 85439/02) 5

reclamo, esto es, sólo en relación al desarrollo de la actividad durante el año 1996, por apreciar producida una disminución del 15% de la relación utilidad bruta - costo financiero, conformándose así una importante disminución del margen de contribución marginal, lo que llevó a fijar la indemnización, conforme a la facultad emergente del citado art. 165, en un 15% del monto reclamado, o sea en la suma de \$ 1.144.800, y no la reclamada de \$ 7.632.000. Estableció similares intereses -tasa activa del BNA- y **dies a quo** - diciembre de 1996- para ambos valores indemnizatorios.

b) Respecto a la pretensión sustentada en el perjuicio ocasionado por incumplimiento contractual, "Autogas" reclamó \$ 12.322.855,34 en razón de la diferencia de precio entre lo que la actora habría pagado a "YPF" por compras de GLP y el precio que esta última le habría cobrado a las demás empresas fraccionadoras en el mercado interno. Se hizo parcialmente lugar a la pretensión, por haberse determinado, en función del contenido de los dictámenes periciales -economía e ingeniería en petróleo-, diferencias en el precio si se compara por fraccionador y por plantas. Ello así, se reconoció también por aplicación de lo reglado por el citado art. 165, la suma de \$ 6.161.428 equivalente al 50% del monto reclamado, con iguales intereses y fijando el

Poder Judicial de la Nación

mismo **dies a quo**, en diciembre de 1996.

c) Se desestimó de modo íntegro la indemnización de \$ 1.755.000 perseguida con base en el corte de suministro decidido por "YPF" por haberse juzgado que la interrupción de aprovisionamiento resultó razonable a partir de la existencia de una deuda impaga.

d) Se rechazó totalmente el resarcimiento de \$ 14.553.216 que se reclamó atribuyéndolo a la diferencia de precios entre el que "Autogas" se vio obligada a vender el producto, a consecuencia de la invocada acción de pinzas, y aquél al que pudo haber vendido; maniobra que habría consistido en que "YPF", como productora, subiera los precios de GLP a las fraccionadoras al mismo tiempo que "YPF GAS" bajara los suyos frente al consumidor, dejándola sin margen y con pérdida de mercado. Ello así, fue juzgado con apoyo en lo que resulta del dictamen N° 336 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), en cuanto determinó que "YPF GAS" cobró los mayores precios entre las cuatro principales fraccionadoras y no haber influenciado en la fijación del precio en el mercado. Igual suerte desestimatoria se confirió a casi la totalidad del reclamo por los perjuicios basados en la retención y llenado de envases ajenos por el que se reclamó \$ 15.900.000. Es que se

(Expte. N° 85439/02) 7

admitió un resarcimiento de sólo \$ 2.650 correspondiente al uso indebido de 96 envases y no al de 600 que la actora adujo haberse privado de vender a los fraccionadores, en tanto ella participaba en el mercado en un 25%.

e) Fue rechazado en su totalidad el reclamo de \$ 45.685.625 para indemnizar el menor valor al que debió vender su fondo de comercio con motivo de las maniobras atribuidas a las demandadas. La denegatoria se sustentó en haberse probado el traslado de mayores costos a los consumidores y en la inexistencia de la maniobra de pinzas; habiéndose destacado que del contenido del acuerdo marco resulta desacreditada la versión de la actora respecto a que la fijación del precio lo fue en función de una determinada cantidad de tns. de GLP vendidas.

6. Se destacó haberse evaluado la prueba de testigos y las observaciones recibidas -todo lo cual fue identificado- advirtiéndose no apreciarse dotadas de la fuerza convictiva necesaria frente a la contundencia de los informes periciales presentados; como, asimismo, haberse evaluado sólo los argumentos y la prueba juzgada conducente.

7. Por último, se impusieron la totalidad de las costas a las demandadas, juzgando que no obsta a ello que algunos de los reclamos no hayan prosperado, por interpretar

Poder Judicial de la Nación

que deben imponerse a quien dio lugar al reclamo de acuerdo a una apreciación global de la controversia; y se procedió a la regulación de honorarios a los profesionales intervinientes.

II. RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE "YPF" y "AUTOGAS".

1. En la sentencia se ha juzgado que diversos elementos arrimados a la causa permitieron determinar que entre las partes ha mediado una relación jurídica comercial dentro de cierto lapso, aunque ello no se haya plasmado por escrito.

Comparto el juicio expresado por la primer sentenciante a partir de lo que sigue:

a) El contenido de los respectivos escritos de demanda y contestación revela que las partes no discrepan sobre la existencia de un vínculo contractual que dataría de algunos años. Sin embargo, mientras la demandante parece atribuirle la naturaleza de contrato de suministro (provisión de gas licuado de petróleo a granel, fs. 10.374), la demandada aludió a la misma como una serie de compraventas que las partes libremente pactaban (fs. 10.440vta.).

b) No se ha probado que el contrato se volcara por escrito, habida cuenta no poder considerarse que su instrumentación se concretó en el ejemplar que la actora

incorporó a fs. 7/9. Este ha sido negado por la parte demandada (fs. 10.432, punto 24) y, además, no aparece fechado ni firmado -hecho este último reconocido por "Autogas" en su alegato, fs. 10.836vta.)-, lo cual impide, en el marco de lo establecido por el CCiv., 1012, concederle los efectos jurídicos pretendidos por su invocante.

c) Esa relación resulta de otros elementos agregados a la causa -facturas, remitos, cartas documento- en tanto revelan actos ejecutorios del negocio; de lo que se derivó un implícito reconocimiento del vínculo contractual preestablecido.

En lo sustancial, estos fundamentos no fueron objetados por las recurrentes en sus respectivas expresiones de agravios.

2. Sin embargo, ciertos argumentos desarrollados por la actora para sustentar algunas de sus quejas impone formular dos consideraciones.

La primera, refiere a que aunque la Juez **a quo** sostuviera que tal relación ha vinculado a "las partes", en realidad ese contrato sólo pudo relacionar a "Autogas" con "YPF" sin incluir a "YPF GAS".

Ello así, fundamentalmente, porque la condición de productora-suministrada (o vendedora, según

Poder Judicial de la Nación

"YPF") sólo puede sostenerse respecto de "YPF" mientras que tanto "Autogas" como "YPF GAS" detentaban el carácter de fraccionadoras (o adquirentes)-suministrantes, según resulta de lo relatado por ambas partes y de lo informado en los tres dictámenes periciales producidos en autos, razón por la cual ningún negocio de la índole de los examinados pudo concertarse entre la actora e "YPF GAS" y, además, porque la propia actora pretendió conferir virtualidad a un ejemplar escrito en el cual sólo habrían intervenido la accionante e "YPF".

La segunda precisión, atañe a que el contenido de la abundante documentación que instrumenta las operaciones habidas, que fuera incorporada por "Autogas", no permite derivar que tales negocios se hayan ajustado, exactamente y en todos los supuestos, a las condiciones que exhibe el proyecto de contrato no suscripto.

3. A su vez, ciertas apreciaciones formuladas por "YPF" respecto a la naturaleza del vínculo contractual impone formular otros comentarios.

No se trató en el caso de numerosas y simples operaciones de compraventa. En todo caso, la configurada ha sido una relación mercantil comprensiva de diversos contratos de tal naturaleza, que se concretaban en forma continuada, en

la medida que se iba demandando aprovisionamiento del producto comercializado, los cuales se liquidaban en una cuenta corriente simple o de gestión.

Esa vinculación informal y atípica, que se exhibe destinada a perdurar en el tiempo, y que del lado del adquirente (fraccionador-ensasador-comercializador) implicó operar en importantes sectores del territorio argentino, constituye la figura de suministro o, cuando menos, guarda significativa similitud con la misma.

Es tal, el convenio por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a otra (suministrada) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término -determinado o indeterminado- en la medida que se vaya solicitando y por un precio fijado o a fijarse (CNCom., Sala E, "Marriot Argentina S.A. c/ Ciccone Hnos. y otra, del 30-03-89, JA, 1990-II-150).

Se trata de un contrato no legislado en el derecho argentino, aunque presenta en la mayoría de las hipótesis notables semejanzas con la compraventa; el suministro se caracteriza esencialmente por ser un contrato de duración, dado por la periodicidad o continuidad de las varias prestaciones singulares que debe cumplir el suministrante. La periodicidad del suministro implica

Poder Judicial de la Nación

prestaciones en fechas determinadas, continuidad, prestaciones ininterrumpidas; mas la sustancia jurídica del acuerdo no cambia en uno u otro caso.

Para las empresas este tipo de contrato es indispensable, pues persigue nada menos que el objetivo de asegurar el aprovisionamiento de materias primas, mercaderías y energía, etc., vale decir que garantiza la disponibilidad constante de elementos indispensables para la actividad industrial o su comercialización (Farina, Juan M. "Contratos Comerciales Modernos", ed. Astrea, 1993, pág. 470/1).

En cuanto a las reglas que lo rigen, aplicables al caso particular, se observan: la voluntad de las partes expresada con carácter general o, en su caso, particularizada en ocasión de cada contratación (CCiv., 1197); los principios generales de los contratos (CCiv., 1137 y ss. y CCom., 207 y sgtes.) y las obligaciones en general (CCiv., 495 y ccdtes.), los usos y costumbres, sobre todo cuando se trata -como aquí acontece- de un contrato que adquirió "tipicidad social" (CCom., Título V y art. 218, 6°), la analogía con otras figuras contractuales y elementos de ellas que se le asemejan y los principios generales del derecho (CCiv., 16 y CCom., Tit. Prel. I y art. 207).

Y cuando, como acontece en el **sub examine**, el

contrato está pensado para un desarrollo operativo extenso, adquiere particular significación la buena fe (CCiv., 1198), en lo que conjugan factores tales como la transparencia - claridad y precisión-, la confianza, la colaboración y, particularmente, la lealtad, en el sentido de que ambos contratantes, a más de la satisfacción en tiempo y modo de las principales obligaciones comprometidas, deben evitar todo comportamiento que pueda implicar perjuicio a la contraparte y lo que suele ser su consecuencia, la frustración del negocio.

4. Precisado lo anterior, cabe sobre este tema una última consideración, en tanto la accionante atribuyó los daños y perjuicios irrogados a su parte al abuso de posición dominante de "YPF" en la provisión de gas licuado de petróleo a granel (GLP) "...en particular por las condiciones abusivas de contratación de GLP, de conformidad con el contrato de compraventa de Gas Licuado de Petróleo de fecha 1° de julio de 1994 (refiere al "contrato", cuya copia se acompaña a fs. 4 del Anexo I), determinada como ha sido la imposibilidad de asignar condición de contrato al mencionado ejemplar y su consecuente ineptitud para producir efectos jurídicos, ello obsta a examinar el supuesto abuso en la contratación, por tratarse de una cuestión que, en ese contexto, ha devenido de

Poder Judicial de la Nación

abstracto tratamiento.

III. SANCIÓN A "YPF" POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

1. En el expediente N° 064-002687/97 del registro del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería dictó, el 22-03-99, la Resolución 189/99 por la cual, en cuanto aquí interesa, dispuso: i) ordenar a YPF S.A. el cese inmediato de las conductas de abuso de posición dominante consistentes en la discriminación de precios entre compradores nacionales y extranjeros de gas licuado de petróleo (GLP) a granel, cuyo resultado ha sido la imposición en el mercado doméstico de precios superiores a los vigentes en el mercado internacional; asimismo, ii) aplicar a YPF S.A. una multa de \$ 109.644.000, en virtud de lo normado por el art. 26 inc. c) de la ley 22.262 por haber incurrido en la conducta contemplada en el art. 1° de dicha norma, consistente en abuso de posición dominante; iii) considerar parte integrante de la misma el dictamen N° 314/99 emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) el 19-03-99.

2. El mencionado expediente tramitó en la CNDC, organismo desconcentrado dependiente de la citada (Expte. N° 85439/02)

Secretaría, la cual con fecha 11-08-97 inició una investigación de oficio, de acuerdo a lo prescripto por el art. 18 de la ley 22.262, en el mercado de GLP, a raíz de la conducta desarrollada por la empresa YPF S.A. en dicho mercado, que podría quedar encuadrada como abuso de posición dominante, según lo establecido en el art. 1º, en concordancia con el art. 2º inc. a) de esa norma.

La investigación mencionada resultó corolario del estudio de mercado realizado en el expediente N° 613610/94.

3. La decisión adoptada por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería fue confirmada, por mayoría de votos, por la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, en fecha 24-11-00; sentencia que a su vez fuera confirmada por la CSJN en su pronunciamiento de fecha 02-07-02.

4. La sentencia confirmatoria dictada por la Sala B se fundó, en lo sustancial, en las siguientes circunstancias:

a) Tuvo en consideración que las conductas investigadas referirían a que: i) "YPF" habría cobrado en el período investigado -1993 a octubre de 1997-, precios diferentes por el mismo producto (GLP a granel),

Poder Judicial de la Nación

diferenciando entre los compradores locales y los extranjeros, de modo que los precios internos habrían sido notablemente superiores a los vigentes en el mercado internacional, por lo cual se habría determinado que un bien que se produce en el país y que cuenta con excedentes sea más caro para los consumidores nacionales que para los extranjeros; ii) la empresa imputada habría prohibido la reimportación a la Argentina de GLP exportado por medio de cláusulas en los contratos de exportación reduciéndose, de esta manera, la oferta en el mercado doméstico.

Tales conductas importarían infracciones a la ley 22.262 -arts. 1° y 2°a) último párrafo- constitutivas de abuso de posición dominante por parte de una empresa que, sin ser la única, no está expuesta a competencia sustancial, con afectación del interés económico general.

b) Para determinar si en el caso examinado hubo un ejercicio abusivo de posición dominante por parte de "YPF" debía dilucidarse si dicha empresa detentó una posición de dominio de mercado en el período investigado -1993 a octubre de 1997- para lo cual se precisó cuál fue el mercado cuyo control se atribuyó a "YPF", al que la CNDC y el Secretario de Comercio e Industria definieron como "mercado relevante".

c) Así, se conceptuó como mercado relevante del producto -siguiendo el criterio de la CNDC que el Secretario de Comercio e Industria hizo suyo- al GLP a granel en razón de las dificultades de sustitución del producto tanto en la demanda -según percepción de los consumidores- cuanto en la oferta -por los impedimentos al ingreso rápido de competidores significativos- lo que determinó que fuera considerado un producto que constituyó un mercado en sí mismo.

d) Como mercado geográfico relevante, definido por la extensión geográfica que tiene el mercado relevante del producto en que se habrían verificado las conductas imputadas a "YPF", se atribuyó al territorio de la República Argentina. De ese modo se desestimaron ciertas objeciones de "YPF", vgr. que la discriminación de precios imputada refirió al mercado nacional, que se hayan fijado contractualmente cláusulas de prohibición de reimportación, que declaraciones prestadas por integrantes de las principales empresas hayan dado cuenta de la existencia de un mercado interno y uno externo, cuyas condiciones diferían y que la ley 22.262, inc. a) aludiera a posición dominante cuando se opera en el mercado nacional.

e) Seguidamente se estableció que "YPF"

Poder Judicial de la Nación

detentó una posición de dominio en el mercado relevante a partir de diversos factores evaluados conjuntamente: i) la existencia de una elevada participación en el mercado cuyo porcentaje en el orden nacional sería del 50% si se considera el nivel de producción, o del 34% según estimación de la propia "YPF", si se considera el nivel de comercialización; ii) "YPF" era la única empresa productora de GLP que poseía una presencia geográfica importante en la mayor parte del País; iii) "YPF" fue la principal exportadora de GLP, alrededor del 80% del total; iv) "YPF" es la empresa más importante en cuanto a instalaciones, en conductos, en plantas de almacenamiento y muelles, tanques de almacenaje y logística, reconocido por los participantes del mercado y v) los productores competidores no habrían constituido una competencia sustancial para "YPF", por su escasa participación en el mercado y ausente intención de generar un proceso competitivo, como lo expusieron representantes de ESSO, SHELL, BRIDAS, TGS, REFINOR.

f) Por su posición de dominio, "YPF" fue formadora de precios en el mercado interno y, a la vez, sus competidores fijaban sus precios conforme a ello.

Los precios de venta de GLP a granel por parte de "YPF" fueron en aumento en el período investigado.

Además, existió una diferencia entre las ventas en el mercado interno y las exportaciones. Esas diferencias oscilaron entre un 15% y un 44% -no se consideraron las ventas de "YPF" a su controlada "YPF GAS"- . O sea, se cobraron precios más altos en el mercado nacional y precios más bajos cuando el vendedor operaba en un mercado que no era nacional, lo cual se apreció injustificado.

La prohibición de reingreso del producto al País tuvo por finalidad mantener elevado el precio interno de GLP, impidiendo su probable descenso con la reimportación.

g) A partir de ello, se estimó configurado el abuso de posición dominante, con entidad suficiente para causar la posibilidad de perjuicio al interés económico, destacándose que la CSJN ha establecido que mediante el art. 1° de la ley 22.262 se sancionaron conductas por las cuales pueda resultar perjuicio para el interés económico general, es decir que no se requiere, necesariamente, que aquel gravamen exista, sino solamente que el proceder tenga aptitud para provocarlo.

h) En cuanto al interés económico general estimó procedente identificarlo con el equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada (CNDC y fallo citado en su dictamen), y se halló

Poder Judicial de la Nación

útil precisarlo mediante el concepto de "excedente del consumidor", lo cual sirve para medir hasta cuánto el consumidor estaría dispuesto a pagar por cada unidad. Y la diferencia entre esa disposición de pago y lo que verdaderamente arroja es un excedente que el consumidor lleva, y puede interpretarse como el beneficio que aquél obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

El excedente del consumidor lo representa el beneficio social de todos los consumidores generado en un mercado.

De ello se deriva que el "interés económico general" debe entenderse como el interés de la comunidad y no el de determinados agentes económicos. Entonces, la expresión legal "de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general" se refiere a las expectativas o a los derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas, que son las que constituyen el sector de los consumidores.

i) De no haber existido la conducta de "YPF" que distorsionó el mercado, el precio del GLP habría sido menor en el período examinado, por lo tanto los costos y los precios de venta al público de las fraccionadoras habrían sido menores, y la cantidad demandada por los consumidores

finales habría sido superior; todo esto hubiera resultado un mayor bienestar a la comunidad.

j) Como consecuencia de la práctica llevada a cabo por "YPF" se redujeron las posibilidades de consumir GLP (según estimaciones de la CNDC en 1.200.000 tns.), el precio interno del GLP aumentó -no obstante el incremento de la producción- produciéndose una transferencia monetaria de los consumidores a los productores, con afectación del excedente del consumidor y, en definitiva, del interés económico general, con la particularidad de que los afectados son quienes consumen el producto, es decir, los hogares y familias de menores ingresos y las pequeñas empresas que lo utilizan como consumo.

k) Finalmente, se estableció la relación de causalidad entre el abuso de posición dominante de mercado y la posibilidad de perjuicio para el interés económico general.

l) En lo relativo a la multa aplicada, se destacó que para determinar los precios en el mercado interno no se consideraron las operaciones habidas entre "YPF" e "YPF GAS" debido a que constituyeron precios de transferencia que no revelan la realidad del mercado, lo cual no impide considerar las cantidades vendidas por aquella a esta última.

Poder Judicial de la Nación

Y en lo que concierne a su **quantum**, para lo cual la CNDC estimó que la transferencia monetaria total que se produjo desde los fraccionadores de GLP a la empresa investigada ascendió a \$ 91.370.000, halló que su cuestionamiento no resultó suficientemente fundado.

5. Todo lo anterior, impone formular algunas precisiones relevantes para discernir diversos aspectos de la controversia.

a) La investigación que desembocó en la imputación de abuso de posición de mercado por parte de "YPF" y su condena al pago de una elevada multa refirió a un trámite iniciado de oficio por la CNDC.

b) La única sociedad involucrada en la tramitación administrativa y judicial ha sido "YPF". Las resoluciones adoptadas refirieron a la citada sociedad y no a "YPF GAS".

c) El período comprendido se extendió entre 1993 y 1997. Para la determinación de similar conducta con posterioridad a octubre de 1997 hasta marzo de 1999 se promovió otra investigación.

d) Ha quedado dirimido, con efecto de cosa juzgada, que "YPF" ha ejercido, durante el período investigado, una posición de dominio en el mercado relevante

del producto (GLP a granel) y el geográfico -de todo el territorio de la República Argentina-.

e) Con igual alcance se juzgó que esa posición de dominio se ejerció abusivamente, pues hallándose "YPF" en condiciones de fijar el precio del producto unilateralmente lo hizo cobrando precios superiores cuando el comprador operaba en el mercado nacional y aplicó precios más bajos - sin justificación- cuando el adquirente operaba en el mercado internacional, estableciendo, concomitantemente, una estipulación contractual prohibitiva de reimportación.

f) Asimismo, la conducta en cuestión atentó contra la libre competencia, en actitud susceptible de causar un perjuicio al interés económico general. Entendido ese concepto como el interés de la comunidad y no de determinados agentes económicos. De ahí que se concluyó, con idéntica fuerza ejecutoria, que ese ilegítimo obrar de "YPF" implicó para los consumidores pagar precios más elevados y reducción de su posibilidad de mayor consumo, produciéndose una transferencia monetaria de los consumidores a los productores, lo cual fue considerado a los efectos de fijar el importe de la multa aplicada.

IV. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE "AUTOGAS".

Poder Judicial de la Nación

1. Esta excepción opuesta por las demandadas involucró, como ya se expresara, un doble aspecto.

Por un lado, se cuestiona el derecho de "Autogas" de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios cuya titularidad no le correspondería en tanto el sujeto pasivo de los daños emergentes del abuso de posición dominante discutido en otro proceso -con obvia referencia al expediente N° 064-002687/97- no serían, según lo sostenido en dichos actuados, las fraccionadoras de GLP, destacando que la actora es una fraccionadora que logró trasladar ese supuesto perjuicio (contestación de demanda, fs. 10.446).

Por otro, se objeta el derecho de la demandante a obtener algún resarcimiento por haberse visto obligada a transferir el fondo de comercio a "SHELL CAPSA" a menor precio, cuando como vendedora no reservó o excluyó de la operación los bienes que pretendía conservar: en otros términos, no se arrió el "Acuerdo de Transferencia" (Acuerdo Marco) del que debería resultar que "Autogas" se reservó el derecho de accionar contra "YPF" (responde a la demanda, fs. 10.446/vta.).

2. Ya expuse que ambas excepciones fueron rechazadas en la sentencia en recurso y no se observa que las demandadas hayan sostenido sus formulaciones en segunda

instancia, malgrado haber mantenido su defensa contra el derecho sustancial contenido en las referidas pretensiones.

Al margen de ello, se advierte que la cuestión ha sido bien decidida.

Pártese del criterio de que la **legitimatio ad causam** consiste, en general, en la ausencia de identidad entre la persona del actor o del demandado y aquella contra la cual se concede la acción (Carli, Carlo, "La demanda civil, Ed. Recua, La Plata, 1991, pág. 227, B) y procede cuando o bien el actor no es la persona idónea o habilitada para discutir en punto al objeto litigioso o cuando la persona o personas demandadas no son las que pueden oponerse a la pretensión del actor o respecto de las cuales no es viable emitir una sentencia de mérito o de fondo (CNCom., Sala C, "Sotomayor, Jorge c/ Banco Supervielle Societe Generale", del 07-05-93).

3. Precisado ello, en cuanto a la legitimación de "Autogas" para reclamar un resarcimiento por los daños que aduce haber padecido a consecuencia del abuso de posición dominante de "YPF", su legitimación deriva del hecho de haber participado en la cadena de comercialización del producto considerado y en la zona geográfica relevante, en tanto ello es apto para perjudicar el interés económico general.

Poder Judicial de la Nación

De tal modo fue interpretado por la Juez **a quo**, y halla respaldo normativo en la ley 22.262, art. 4º, en cuanto disponía que "Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios...".

Esto así, a efectos de establecer su **legitimatio ad causam** en orden al interés para el ejercicio de derechos propios que se interpretan afectados, sin que ello nada predique sobre el derecho que respecto a la cuestión sustancial pudiere corresponderle, lo cual será objeto de un ulterior análisis.

A partir de ello es que competía a la fraccionadora probar los extremos sustanciales justificantes de su reclamo.

Explica el maestro Alsina que la acción debe estar sustentada por el titular del derecho contra la persona obligada, es decir, las partes en la relación jurídica sustancial. Llámase **legitimatio ad causam**, la demostración de la existencia de la calidad invocada, que es activa cuando se refiere al actor y es pasiva cuando al demandado. Corresponde al actor la prueba de las condiciones de su acción; a él incumbe demostrar su calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado. La falta de calidad, sea

porque no existe identidad entre la persona del actor y aquélla a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquél contra la cual se concede, es lo que determina la procedencia de la defensa **sine actione agit**.

Para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional: los jueces no hacen declaraciones abstractas. El interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor podría sufrir un perjuicio. Por consiguiente, la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una situación de hecho sujeta a prueba.

De modo que la legitimación de la calidad de obrar no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia. Así, si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, no porque ésta haya sido mal deducida, sino porque la acción no corresponde al actor contra el demandado (Alsina, Hugo "Derecho Procesal", Ediar, Bs. As., 1956, T. I, "Parte General", págs. 388/393).

Concordantemente se ha sostenido que la defensa de falta de legitimación para obrar **-legitimatio ad**

Poder Judicial de la Nación

causam- contemplada en el CPr., 347:3, refiere a los supuestos en que el actor o el demandado no sean las personas especialmente habilitadas para asumir tales calidades con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso, por no ser titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de la misma (CNCom., esta Sala, "Leiderman, Mario c/ Leiderman Marcelo", del 25-04-89, entre otros; **ídem**, Sala B, "Capuzzi, María Inés y otro c/ Caja de Seguros de Vida SA y otro", del 22-11-07).

En otros términos, reconocer que la demandante se hallaba legitimada para promover y tramitar una acción sustentada en un determinado cuerpo normativo no implica un anticipado reconocimiento del derecho ni, por consiguiente, excluye de modo alguno que el derecho ejercitado, por las circunstancias que fuere, no resulte en definitiva reconocido o reciba solo un parcial reconocimiento.

Todo lo expresado lo es sin perjuicio de la indudable legitimación que compete a la demandante de subsumirse el reclamo, tal como se hizo en el fallo recurrido, en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuestión que, además, examinaré **infra**.

4) A su vez, lo que concierne a la
(Expte. N° 85439/02) 29

legitimación de "Autogas" para reclamar una indemnización en razón del menor valor al que se habría visto obligada a vender el fondo de comercio explotado por su parte, impone el examen en una doble vertiente.

Por una parte, dando por reproducidos, en lo pertinente, los fundamentos expresados en el considerando precedente, debe admitirse esa legitimación, pues el perjuicio se ha inicialmente atribuido a una supuesta "acción de pinzas" que a su vez devendría del "abuso de posición dominante" que se atribuyera a "YPF", y de la circunstancia de que algunos de los hechos trascendentes en que se apoyó este reclamo en particular, se los deriva también de incumplimientos de orden contractual -vgr. interrupción del suministro de GLP-, a lo que se suma la circunstancia de resultar "Autogas" la enajenante del fondo de comercio, según el contrato que oportunamente se agregó a fs. 231/8 y cuyos antecedentes -"Acuerdo Marco" y "Actas complementarias N° 2 del 23-07 (fs. 13.765), N° 3 del 12-09 (fs. 13.784), y N° 4 del 19-09 (fs. 13.805), todos del año 1997, fueron luego incorporados.

En el contrato del 19-09-97, pasado en escritura N° 431, se asentó de modo expreso que "...la transferencia del negocio no incluye la cesión de los

Poder Judicial de la Nación

créditos por venta ni de otros derechos no incluidos en el Acuerdo marco y actas complementarias" (fs. 234, cláusula 15).

El contenido de ese instrumento y el de sus antecedentes no permite interpretar que "Autogas" hubiese cedido su derecho a un eventual reclamo por el menor precio obtenido de la venta; además, una supuesta renuncia a ese hipotético derecho no cabría presumirla (CCiv., 874) y, no obstante el tiempo transcurrido, no se advierte invocado -y ni siquiera insinuado- que la adquirente del fondo de comercio se hubiese atribuido algún derecho en ese orden.

V. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE REPSOL YPF GAS S.A.

1. En la sentencia recurrida se desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva de "YPF GAS" ("REPSOL YPF GAS") al haberse interpretado que se la opuso extemporáneamente al alegar, cuando ese no era el momento idóneo al efecto. Se sostuvo que es inadmisibles pretender introducir al tiempo de alegar cuestiones no propuestas en los escritos liminares.

2. Se agravió de ello "REPSOL YPF GAS" aduciendo que: i) al alegar su parte sólo invocó que la actora no demostró a lo largo del proceso la existencia de (Expte. N° 85439/02)

elementos que pudieran generarle algún tipo de responsabilidad en relación a los reclamos formulados; ii) ella e "YPF" son sociedades diferentes; iii) nunca contrató con "Autogas"; iv) no intervino en las actuaciones administrativas y judiciales que determinaron la existencia de abuso de posición dominante y v) no cupo formular una condena indiscriminada de ambas demandadas sin distinguir situaciones fácticas y jurídicas (fs. 17.142vta./17.144, punto IV.1, IV.2, IV.3 y V.1).

3. De su lado la actora, en relación a la necesidad de un análisis bajo el específico factor de atribución de responsabilidad diferenciada, destacó que de la contestación a la demanda surgía que ambas accionadas efectuaron su defensa en forma indiscriminada, es decir sin distinguir la situación de una u otra, procediendo "Autogas" a describir diversos pasajes que lo demostrarían (fs. 17.329/17.330vta., punto VI.1.b.) y controvertió, además, la concurrencia de una distinta personalidad de ambas demandadas (fs. 17.332vta./17.333vta., punto VI.1.c).

4. La cuestión requiere que se formulen algunas precisiones:

a) La actora demandó a YPF S.A. y a YPF GAS S.A., proviniendo este último sujeto del cambio de nombre de

Poder Judicial de la Nación

AGIP GAS S.A. (demanda, fs. 10.374, punto II-a) y pericial de economía, fs. 15.685, punto 36).

b) La condena ahora examinada se pronunció contra YPF S.A. y contra REPSOL YPF GAS S.A. siendo el origen de esta última, la fusión entre REPSOL GAS S.A. (ex ALGAS) e YPF GAS S.A. (expresión de agravios, fs. 17.143).

c) Se trata de sociedades distintas, cuando menos **formaliter**, y tal situación debe respetarse mientras una sentencia judicial firme no declare la inoponibilidad de la personalidad de alguna de ellas o de ambas. Ello así, sin perjuicio, obvio está, de lo que pueda revelar sus relaciones de control o, más precisamente, el ejercicio de ese control, al examinarse la responsabilidad que les hubiera sido atribuida.

d) Al demandar, la actora fue suficientemente precisa en atribuirle a "YPF GAS" responsabilidad por su participación con "YPF" en la denominada maniobra de "acción de pinzas" enderezada a la retracción del mercado interno para excluir a los fraccionadores y permitirles extender su poder en el mismo y, con igual objetivo, el desmantelamiento del sistema de canje de envases y retención y llenado de envases ajenos (ver en particular fs. 10.394vta./10.403, puntos IV-d, IV-e, y IV-e)1), sin observarse invocación de (Expte. N° 85439/02)

relación contractual directa entre "Autogas" e "YPF GAS".

e) Al responder a la demanda, tal como advirtió "Autogas", las accionadas concretaron su defensa de modo indistinto, sin distinguir la responsabilidad que le correspondía a cada una y sus alcances, lo que sólo se intentó hacer al alegar (fs. 10.947/10.948, punto 3). En ese contexto, en la sentencia tampoco se hizo alguna distinción de tal orden y se consideró extemporáneo el planteo de legitimación pasiva que se interpretó formulado por "YPF GAS" (sentencia, fs. 16.871, punto d).

f) Recién al expresar agravios las codemandadas "YPF" y "REPSOL YPF GAS" (conforme a la actual denominación de la codemandada "YPF GAS") intentaron manifestarse de modo independiente (fs. 17.142 y 17.157, respectivamente).

5. A esta altura cabe referir no compartirse el criterio de la accionada sobre la improcedencia de tratar la falta de legitimación (defensa de **sine actione agit**) por su extemporaneidad, habida cuenta de que como la legitimación de quien demanda o de contra quien se acciona conforman presupuestos de viabilidad de la acción, su inexistencia puede ser declarada por el juez al sentenciar aunque la parte interesada se hubiera abstenido de formular el planteo; de

Poder Judicial de la Nación

otro modo, podría configurarse el absurdo de emitir un juzgamiento a favor o en contra, según el caso, de quien no es en definitiva el titular del derecho involucrado.

6. Precisado lo anterior, y dando por reproducidos, en lo pertinente, los fundamentos expresados al juzgar la falta de legitimación activa de "Autogas", cabe sostener que "YPF REPSOL" se hallaba legitimada pasivamente en tanto le fuera atribuida la condición de titular de una acción enderezada en su contra que involucra una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

En ese marco, la cuestión relativa a la determinación, en lo sustancial, de la responsabilidad de aquella a quien se consideró habilitada procesalmente para ser demandada, es cuestión que corresponde discernir al resolver el tema de fondo.

7. Lo que así se decide excluye sólo las pretensiones de "abuso de posición dominante", "incumplimiento contractual" e "interrupción de suministro": i) por el enfoque bajo el cual se examinará sustancialmente la primera y por la naturaleza contractual bajo cuya óptica se las analizará, siendo que "YPF GAS" no fue parte de ese vínculo; ii) porque la actora no formuló, al demandar, ningún desarrollo argumental para sostener la responsabilidad de

esta codemandada en relación a dichas pretensiones, debiendo advertirse que "YPF GAS" no fue incluida en la investigación y decisión sobre abuso de posición dominante; iii) porque su ajenidad a la relación contractual la confirman el hecho de no aparecer en el proyecto de contrato agregado por la actora ni en la documentación que fue considerada para tener por justificado el vínculo entre "Autogas" e "YPF" y iv) por último, no se ha explicitado que características pudo haber tenido una relación contractual entre dos entidades que cumplieran la misma actividad de fraccionadoras respecto de una supuesta cocontratante común, que era la productora de los bienes objeto del contrato; cupiendo advertir que las peritos contadoras -Silvia Beatriz Ehrenfreun, Karina Viviana Pérez y Gabriela Stella Maris Barone- informaron que entre "Autogas" e "YPF GAS" no existieron operaciones de compraventa de GLP. (fs. 12.437, del punto 22).

Con el expresado alcance se modificará la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo que se expresará respecto a este tema al tratar la prescripción de las acciones que incluyeron tales reclamos.

VI. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

1. La sentencia.

a) En el fallo recurrido se decidió que la

Poder Judicial de la Nación

excepción de prescripción opuesta por las demandadas ha sido deducida en forma temporánea pues la presentación efectuada por la oponente en el beneficio de litigar sin gastos (B.L.S.G., Expte. N° 91.708) no puede considerarse como la primera realizada en el expediente, en el marco de lo previsto por el CCiv., 3962 y CPr., 346, y que tampoco puede atribuirse esa condición a la concretada por la accionada en estos autos solicitando su préstamo y la ampliación del plazo para responder a la demanda. Tales consideraciones no se aprecian controvertidas en los escritos de expresión de agravios de las codemandadas "YPF" y "REPSOL YPF GAS", por lo que este aspecto del decisorio sobre la excepción de prescripción ha quedado firme.

b) Por otra parte, en la sentencia examinada se consideró que aunque no se haya probado la existencia de un contrato plasmado por escrito, de todos modos el vínculo contractual quedó justificado conforme a lo antes expresado, a partir del contenido de la copiosa prueba documental agregada, que exterioriza haber mediado ejecución del acuerdo.

Luego, se juzgó que lo resuelto en sede administrativa -Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y Secretaría de Industria, Comercio y Minería- y (Expte. N° 85439/02)

judicial -Cámara Nacional en lo Penal Económico y Corte Suprema de Justicia de la Nación- refirió a la existencia de un "interés económico general", en el que puede considerarse inmersa la accionante por su condición de fraccionadora y, por consiguiente, con interés para demandar como lo hizo.

Sobre tal base e interpretándose que lo perseguido por la actora es el resarcimiento de los daños y perjuicios "provenientes del acuerdo que unió a las partes", se consideró inaplicable el plazo de prescripción previsto por el CCiv., 4037, por no tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Se concluyó, por consiguiente, que la hipótesis en que se sustenta la demanda, cae en la órbita de la prescripción decenal conforme al art. 4023 del mismo código, por tratarse de un contrato atípico, carente de plazo prescriptivo específico.

A ello se aditó cierta inclinación de la doctrina -compartida por la Sentenciante- proclive a eliminar la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, al trasladar el epicentro de la responsabilidad civil de la culpa al daño y, también, el criterio restrictivo que debe seguirse en casos como el examinado.

Poder Judicial de la Nación

Además, se estableció que los daños invocados por la actora tienen su punto de partida en 1993; que el sumario -en alusión al expte. 064-002687/97 de la CNDC- se inició el 11-08-97 por lo que se le atribuyó eficacia para suspender el plazo de prescripción; que diversos actos -reclamos administrativos formulados por la actora, cartas documento que remitió, notas, solicitudes y documentación acompañada- también tuvieron como efecto la suspensión del plazo; se mencionó que igual alcance tiene la mediación previa; como, asimismo, que similar efecto cabe conferirse a las actuaciones administrativas y a las efectivizadas en sede judicial, cuando se vinculan al reclamo sobre cuya procedencia debe juzgarse.

De todo ello se derivó no haberse cumplido el plazo de prescripción del citado art. 4023.

2. Expresión de agravios de "YPF" y "REPSOL YPF GAS".

El contenido de la expresión de agravios de "REPSOL YPF GAS" (fs. 17.142/17.156) e "YPF" (fs. 17.157/17.246) y la contestación de "Autogas" (fs. 17.346/17.349vta.), revelan que la controversia que involucra la prescripción, fundamental en el caso para establecer si alguno de los reclamos contenidos en la demanda ha perdido (Expte. N° 85439/02)

exigibilidad por haber prescripto la acción pertinente, se focalizó en dos aspectos; en primer término, como principal, la necesidad y posibilidad de examinar la prescripción de la acción que da sustento a cada pretensión en forma independiente y, en segundo lugar, la naturaleza contractual o extracontractual que corresponde atribuir a los reclamos en cuestión; y, además, como complementario, cual sea el **dies a quo** del cómputo del plazo, el posible efecto suspensivo de los sumarios administrativos y de otros actos extrajudiciales.

Sobre tales cuestiones la sentencia en recurso se exhibe algo imprecisa pues: i) no establece el motivo por el cual no se analiza por separado la prescripción de la acción atinente a cada pretensión; ii) atribuye a la reclamación naturaleza contractual luego de haber referido que la propia actora había sostenido resultar aplicable el régimen específico de la ley 22.262, art. 4° y en forma "supletoria" el CCiv., 4023, sin exponer fundamentos concretos; iii) predica esa naturaleza contractual y la hace aplicable sin más a la codemandada "YPF GAS" sin mencionar cual haya sido la relación mercantil que la vinculara a "Autogas"; iv) malgrado haber determinado que el plazo de prescripción aplicable es el general de 10 años del citado

Poder Judicial de la Nación

art., 4023 (CCom., 846) y de fijar su punto de partida en 1993, no se explicita la razón por la cual introduce la cuestión relativa a actos suspensivos, siendo que la demanda se promovió sin haberse agotado dicho término, en 2002; v) se atribuye condición suspensiva a una serie de actos sin contemplar que -al margen de algunos supuestos específicos: ley 22.262, 4°, o ley de mediación 24.573, art. 29 y Dec. 91/98, art. 28-, el CCiv., 3986 prevé que la prescripción se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma fehaciente y que tendrá efecto por sólo un año y vi) se sostiene tal potestad suspensiva sin examinarse el contenido en particular de esos actos que fueron genéricamente mencionados.

Dicha circunstancia impone un examen **in integrum** de la prescripción opuesta.

3. Contenido de las pretensiones formuladas en la demanda.

En la demanda de "Autogas" se concretaron diversas pretensiones de contenido resarcitorio sustentadas en los distintos hechos y conductas que en cada supuesto se mencionan:

a) Los reclamos de \$ 19.285.265,92 y \$ 7.632.000 se atribuyeron, el primero, principalmente, al (Expte. N° 85439/02)

resultado de la comparación entre el precio que por el GLP pagó "Autogas" a "YPF" y el precio promedio de exportación y, el segundo, al valor de las toneladas de ese producto que la actora se vio privada de comercializar por disminución de las cantidades consumidas. El hecho que lo origina es el incremento indebido y discriminado -local y de exportación- del precio del producto y la conducta que se reprochó a "YPF" ha sido el abuso de posición dominante en el período respectivo (demanda, fs. 10.407vta., punto V-a).

b) El pago de \$ 12.322.855,34 se demandó por haberse abonado de más por la compra de GLP, como resulta de comparar el precio pagado por "Autogas" y el valor de venta de "YPF" al mercado interno. El hecho que origina el reclamo es la omisión de respetar el precio de lista de "YPF" y la bonificación del 10% acordada. La conducta reprochada ha sido el "incumplimiento contractual" (fs. 10.407vta./10.408, punto V-b).

c) "Autogas" persiguió se indemnice con el pago de \$ 1.755.000 las utilidades dejadas de percibir por la venta de GLP en el lapso de enero a marzo (de 1997) en razón del corte de suministro del GLP por "YPF". El hecho originante del reclamo es la interrupción de la entrega del producto según los términos del contrato que se dijo haber

Poder Judicial de la Nación

suscripto con "YPF". La conducta reprochada es la desatención del contrato (fs. 10.408, punto V-c).

d) Se formularon, por otra parte, sendos reclamos de \$ 14.553.216 y \$ 15.900.000. El primero lo atribuyó "Autogas" a la disminución de sus ganancias, por reducción del precio de venta de GLP a las fraccionadoras. El segundo, se adjudicó a la pérdida de rentabilidad de "Autogas" en razón de haber dejado de comercializar 600.000 envases por año. Lo concerniente al primer supuesto refiere a la fijación por "YPF", aprovechando su posición de dominio, de precios abusivos que favorecieron a "YPF GAS", la cual negociaba a precios de transferencia -o sea inferiores- y competía con su parte. En tanto los hechos atinentes al segundo perjuicio aluden al desmantelamiento del sistema de canje de envases y la utilización de recipientes ajenos. La conducta reprochada refiere a una acción de pinzas que habrían llevado a cabo ambas demandadas, enderezada a su exclusión del mercado (fs. 10.408/10.409, punto V-d).

e) La suma de \$ 45.685.625 se demandó en concepto de menor precio obtenido en la venta del fondo de comercio a "SHELL". Los hechos que originan este reclamo conciernen a diversas maniobras que habrían minado la rentabilidad de "Autogas" disminuyendo su valor patrimonial y

también a la intempestiva interrupción del suministro por su exclusivo proveedor. La conducta reprochada alude, entonces, tanto a la actuación de ambas demandadas dirigidas a ahogar financieramente a "Autogas", obligándola a transferir su empresa como a la conducta adoptada por "YPF" de dejar de suministrar GLP (fs. 10.409/10.409vta., del punto V-e y 10.402, primer párrafo, del punto IV-e).

4. Parámetros generales para analizar el curso de la prescripción.

a) Necesidad de examinar cada pretensión autónomamente.

Con carácter previo se impone advertir -frente a cierta observación de la actora al responder a los agravios (fs. 17.346vta., punto VII 2.b, primer párrafo)- que la demandada, al oponer la prescripción, en oportunidad de contestar a la demanda, distinguió entre acciones derivadas de responsabilidad extracontractual a las que pretendió aplicar el plazo bienal del CCiv., 4037, de las emergentes de la invocada relación contractual respecto de la cual arguyó ser aplicable el plazo de cuatro años previsto en el CCom., 847 (fs. 10.442/10.445, del punto 6.6.1).

Ello así sin perjuicio de advertir, por un lado, que el examen de las conductas imputadas y su

Poder Judicial de la Nación

vinculación con los daños que sustentan cada pretensión permitirá establecer, tanto la naturaleza de la responsabilidad atribuida y el plazo de prescripción que le corresponde como su fecha de inicio o, en su caso, el modo de computarlo y, por otro, que compitiendo a los magistrados establecer la normativa aplicable, no se concretaría una adecuada subsunción jurídica si se prescindiera de establecer el distinto origen de las pretensiones formuladas.

Lo expuesto, con mayor sustento si ambas partes expusieron **ex origine** la concurrencia de responsabilidad tanto de orden contractual como extracontractual; advirtiéndose que "YPF" insistió en ello al expresar agravios (fs. 17.163vta., del punto IV-2).

b. Inicio del cómputo de la prescripción.

En cuanto al modo de establecer el **dies a quo** del plazo de prescripción, se exige tener en cuenta que: i) el plazo de la prescripción en las acciones personales comienza a correr desde la fecha del título de la obligación (CCiv., 3956); ii) a ese efecto debe considerarse el tiempo de la producción del hecho generador del daño; iii) en particular, el momento en que el damnificado toma efectivo conocimiento del perjuicio; iv) ello se produce cuando la causa del hecho generador, su existencia o su responsable, (Expte. N° 85439/02)

llegan a conocimiento del damnificado o cuando este tuvo razonables posibilidades de información y v) no obsta a lo anterior que los perjuicios pudieren extenderse en el tiempo mientras no conformen una nueva causa generadora de responsabilidad.

Sobre el comienzo de la prescripción la doctrina y la jurisprudencia han mantenido un criterio uniforme respecto a que el cómputo se hace a partir del obrar antijurídico: el incumplimiento o la producción del hecho dañoso.

Para este caso, del contenido de las diversas pretensiones emerge que "Autogas" reclama por daños sufridos, cuyo origen se centraría en el "abuso de posición dominante" de "YPF" -a excepción, quizás, de la vinculada a la transferencia del fondo de comercio- entre 1993 y 1996, lo que hace suponer el oportuno conocimiento de los hechos, que por otra parte admite haber tenido (responde a la excepción de prescripción, fs. 10.482/10.498).

Ha sido por tal razón que en la sentencia fue juzgado, a los efectos de la prescripción, que "...los daños invocados por la actora tienen su punto de partida en el año 1993" (sentencia, fs. 16.867, del considerando I-a.2).

Ese plazo inicial no fue controvertido por la

Poder Judicial de la Nación

actora, habiendo tenido oportunidad de hacerlo al responder el traslado de la expresión de agravios.

No paso inadvertido el cuestionamiento implícito que puede derivarse del argumento allí expresado de que "...el plazo del **dies a quo** fijado en la sentencia, y consentida (o) por ambas partes, data del 31-12-96. Esta fecha es reveladora sobre el momento a partir del cual se hubiesen podido computar, con mayor atención y diligencia los plazos para la prescripción que invoca la demandada, por cuanto indican el momento en el cual se ha determinado el daño causado por el accionar ilegítimo de la misma" (expresión de agravios, fs. 17.348, del punto VII.2.c).

Pero este temperamento no solo contradice su propia argumentación sobre el origen de los daños, sino que soslaya el disímil concepto considerado al fijar distintos puntos de partida -para computar la prescripción y para calcular los intereses-.

En efecto, lo primero evaluado por la sentenciante ha sido la oportunidad de ocurrencia y toma de conocimiento de los hechos que originaron la acción y que permitían accionar -año 1993- y, lo segundo, ha sido la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses que manda pagar respecto de ciertos reclamos cuya mora estableció a

esos efectos en diciembre de 1996.

Para el primer supuesto ha quedado involucrada la posibilidad cognoscitiva del perjudicado y, para el segundo, el temperamento -doloso o culposo- del perjudicador.

La jurisprudencia ha expresado que el plazo de la prescripción debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó efectivo conocimiento del daño que invoca (CSJN., "Mulhall S.A. c/Buenos Aires", del 10-03-81).

Asimismo, se ha sostenido que el conocimiento de los daños por quien reclama, a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción bianual previsto por el CCiv: 4037, no requiere noticia subjetiva o rigurosa sino que se satisface con una razonable posibilidad de información, toda vez que la prescripción no puede sujetarse a la discreción del acreedor, supliendo, incluso, su propia inactividad; siempre que sea efectivo (Fallos 307:821 y sus citas).

También se ha juzgado que ese comienzo acontece al tiempo de la ocurrencia del daño, que es cuando se produce la consolidación del perjuicio, a pesar de que esos hechos perduren en el tiempo produciendo otros detrimentos, porque el "título" que genera la obligación de resarcir no es otro que el originario (Rezzónico, Luis M.,

Poder Judicial de la Nación

"Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil, ed. Depalma, T° II, pág. 1114/5 y notas 17bis y 19).

En un caso en que se trató este tema -aunque referido a daños ocasionados por humedades-, se ha expuesto que cuando el damnificado ignora la causa generadora del daño, la existencia de éste o quien es el responsable, la prescripción se computa desde que estos extremos llegan a conocimiento del damnificado; pero el comienzo del plazo no se posterga porque no los haya conocido subjetivamente, toda vez que basta en ese sentido que haya podido tener una razonable posibilidad de información, de no haber obrado negligentemente. Se presume que ese conocimiento se tuvo en el mismo momento en que se produjo el hecho generador del daño, salvo prueba en contrario a cargo del damnificado (CNCiv., Sala K, "Colombo, Héctor c/ Interlisano Hnos. Com. e Ind. S.R.L.", del 23-05-91).

De su lado, esta Sala se ha pronunciado, en ocasión de examinar una prescripción en materia contractual, en el sentido de que es principio aceptado que ella inicia el día en que ocurrió el ilícito, porque es común que el perjuicio sea consecuencia inmediata del hecho; empero, cuando el damnificado ignora la existencia del daño, la prescripción nace desde que el suceso llega a su conocimiento (Expte. N° 85439/02)

(CNCom., esta Sala, "Benítez, Elena C. c/ Interacción ART S.A", del 15-12-10; "Gallegos, Lidia B. c/ Compañía Financiera Argentina S.A", del 15-09-11; "Cao, Marcela B. c/ BBVA Banco Francés S.A. y otro", del 04-10-12).

No habilita a soslayar el momento en que se producen inicialmente los hechos que originan los daños la circunstancia de que los efectos dañosos no se configuren **in integrum** de modo instantáneo o, en otros términos, que esos efectos se extiendan o, eventualmente, se agraven en el tiempo, si el perjuicio reconoce -como acontece en el **sub examine**- la misma causa generadora. Es en razón de su previsibilidad que se exige del perjudicado un obrar prudente y diligente.

Ha tenido oportunidad de sostener también este Tribunal -con una integración anterior- **in re** "Poitevin, Mónica c/ Banco Itaú Buen Ayre SA", del 04-05-06, que la prescripción debe computarse a partir del momento en el que el demandante toma conocimiento de los daños que reclama, sin que obste a ello la circunstancia de que los perjuicios pudieren presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso del término comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro (CSJN, "Sociedad Coop. de Transporte Automotor Litoral Ltda. c/

Poder Judicial de la Nación

Provincia de Buenos Aires y otros", del 27-10-94; "Suraltex SRL (en liquidación) y otro c/ Administración Federal de Ingresos Públicos", del 04-04-02).

Asimismo, pacífica doctrina judicial ha sostenido que el plazo de prescripción de la acción, en principio, se computa desde la producción del hecho generador del reclamo, pero su comienzo está subordinado al conocimiento del mismo por el accionante, que debe ser real y efectivo, ya que desde ese momento y no antes el perjuicio asume carácter de cierto y susceptible de apreciación por el damnificado (...) es decir que el plazo principia desde que el damnificado tiene conocimiento del hecho generador (...) y sólo excepcionalmente si el daño no es contemporáneo sino sobreviviente o cuando se manifiesta con posterioridad, el curso de aquélla empieza con éste, pero ello con independencia de su agravamiento posterior o prolongación más o menos previsible de un proceso ya conocido, dado que "...frente a daños sucesivos o continuados, la regla es que deben considerarse como un 'daño único' y no como varios daños y el plazo computarse desde el daño inicial (...) ni los 'agravamientos' ni los 'nuevos perjuicios' implican como lo recuerda la segunda instancia 'una nueva causa generadora de responsabilidad ni dan lugar a nueva acción que pueda

(Expte. N° 85439/02) 51

prescribir a partir de entonces" (Mosset Iturraspe, Jorge, "De nuevo sobre la prescripción de los daños sobrevinientes y de los continuados" L.L. 1988-D, 102, comentando un fallo de la CNCiv. Sala C, del 07-12-87).

c) Suspensión de la prescripción prevista en el art. 4 de la ley 22.262.

Para el supuesto de examinarse la prescripción de la acción originada en el "abuso de posición dominante", la suspensión del plazo de prescripción de 18 meses que prevé la ley 22.262, art. 4° es aprovechable por "Autogas", en tanto su legitimación activa ha sido admitida al reconocérsela como el primer eslabón de la cadena de comercialización expuesto a ser perjudicado, más allá del lugar que pudiere ocupar en el ámbito del interés económico general y sus inherentes consecuencias.

La cuestión ha sido adecuadamente resuelta por la Magistrada de primera instancia al interpretar a **contrario sensu**, que es un mecanismo válido de interpretación, el fallo de la CSJN sentado **in re** "Samuel Gutnisky S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía obras y Servicios Públicos -Somisa-", del 07-03-00, T° 23 F° 229, del que fluye que una actuación administrativa no suspende el curso de la prescripción cuando nada tiene que ver con el motivo del

Poder Judicial de la Nación

reclamo judicial, situación justamente inversa a la que acontece en el **sub judice**.

Coadyuva a esa conclusión el criterio restrictivo con que debe interpretarse, en una eventual situación de duda, el instituto de la prescripción, como modo de resguardar la subsistencia del derecho, al permitir el examen sustancial de la pretensión objeto de la acción cuya vigencia se cuestiona.

En oportunidad de resolver una cuestión vinculada a la caducidad de un derecho en materia de seguros, la CSJN ha sentado un criterio que se aprecia aquí también aplicable, en el sentido de que el expresado temperamento restrictivo se justifica, pues la pérdida de la acción y su repercusión en el derecho del justiciable se trata de una excepción al principio general de conservación de los actos jurídicos ("La Martona Compañía de Seguros SA c/ La Casa de las Juntas SA", del 15-04-86).

En consecuencia, debe concluirse que la actuación administrativa iniciada el 11-08-97 (expte N° 064-002687/97) es útilmente invocable por "Autogas" para lograr el efecto suspensivo previsto en la ley citada.

d) Suspensión de la prescripción por aplicación de lo previsto en la ley de mediación y examen de

los efectos suspensivos de otras actuaciones.

Una última cuestión, que puede concernir a todas las pretensiones, es el efecto que quepa otorgar a diversas actuaciones que la demandante consideró demostrativas de la ausencia de inacción y del paso del tiempo necesario para presumir el abandono del derecho.

Ante todo, es claro que a la mediación debe concedérsele efectos suspensivos, teniendo en cuenta que ese término se extendió, en este caso, entre la fecha en que se inició (17-04-99) y la de su conclusión (14-11-01), con el aditamento de 20 días; ello así por aplicación de lo previsto por la ley 24.573. art. 29 y decreto reglamentario 91/98, art. 28, vigentes en la época considerada.

A su vez, el Código Civil prevé la interrupción de la prescripción por demanda contra el deudor con el efecto de tenerla por no sucedida (arts. 3986, primer apartado, y 3998) y también su suspensión, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica, lo que tendrá efecto por un año o el menor plazo que corresponda a la prescripción de la acción (art. 3986, segundo apartado).

Entonces, la suspensión trae como efecto detener el cómputo del plazo durante todo el tiempo que se

Poder Judicial de la Nación

mantenga la situación suspensiva, de modo que al cesar se reanuda el plazo integrándose el tiempo ya transcurrido al período posterior (CNCom., Sala B "Lisonda Construcciones S.A. c/ Norwalk S.A.", del 28-02-01).

De otro lado, la dispensa del plazo de la prescripción ya cumplido, que opera a favor del acreedor cuando median dificultades o imposibilidad jurídica de actuar, está reglada en el mismo ordenamiento, art. 3980, con el efecto de autorizar al juez de liberar al acreedor de las consecuencias de la prescripción operada durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.

En el **sub examine** la actora se limitó a invocar la existencia de diversos actos para asignarles, con carácter meramente general, virtualidad para demostrar ausencia de inacción. Mas tal articulación es deficiente porque no se predica respecto de cada acto su cualidad interruptiva, suspensiva o de dispensa con los alcances que resultan de la normativa examinada (ver contestación a la excepción de prescripción, fs. 10.485vta./10.486vta.). Es más, tampoco se precisa, en concreto, a cual de los reclamos (pretensiones) referiría cada uno de esos actos.

De similar defecto adolece el fallo recurrido (Expte. N° 85439/02)

cuando concede, también genéricamente, efectos suspensivos a ciertas actuaciones en estos términos "...tanto los reclamos administrativos que formuló la parte accionante, cartas documento que remitió, notas, solicitudes, documentación acompañada..."; como puede observarse, ni se identifican los actos ni se expresan sus fechas ni se describe su contenido.

Por consiguiente, sólo resulta idóneo a los efectos considerados: el trámite de mediación (ley 24.573, art. 29), pues su efecto suspensivo tiene sustento legal. Por el contrario debe denegarse esa aptitud a las actuaciones que no conforman demanda judicial y a las cartas documento que no contienen interpelación al pago de los daños y perjuicios reclamados en este juicio.

Debo asimismo observar que al responder "Autogas" a la expresión de agravios de la demandada, donde dicha parte minuciosamente expresó las razones desacreditantes de los efectos suspensivos de las distintas actuaciones invocadas (expresión de agravios de "YPF", fs. 17.173vta./17175vta., punto IV.2.2.(b)), la recurrente reformuló su argumentación optando por mencionar diversos hitos a tener en cuenta (fs. 17.347vta.), ninguno de los cuales aporta algún elemento para revertir las conclusiones expresadas, cupiendo destacar que la fecha del primero de

Poder Judicial de la Nación

esos hitos es el 31-12-96, **dies a quo** fijado en la sentencia para el cómputo de intereses, al cual ya se ha hecho referencia.

5. Examen de la prescripción de cada acción en particular.

Con base en las pautas descritas se procederá a examinar la prescripción de las acciones por las cuales se formula cada pretensión.

a) Prescripción de la acción por "abuso de posición dominante".

Los hechos que dieron lugar a que el Tribunal competente declarara la conducta de "YPF" como de posición dominante fueron aptos para generar responsabilidad civil de naturaleza contractual -en la medida que ello supusiera un incumplimiento de obligaciones en el marco de una relación convencional- o de carácter extracontractual -si al perjuicio invocado y su resarcimiento se lo ubican fuera del vínculo contractual-.

Esto se predica a partir del hecho de que el supuesto examinado exhibe la particularidad de referir a un obrar ilícito en el ámbito de un mercado general con aptitud de dañar a agentes indeterminados no vinculados convencionalmente con quien generó el perjuicio (CCiv., 1109)

o también a sujetos en particular con quien sí se había anudado una relación contractual (CCiv., 505, 506, 511, 512 y ccdtes.).

En consecuencia, cuando un hecho ilícito goza de aptitud para generar, en relación a un sujeto determinado, responsabilidad en ambos órdenes, se configura una concurrencia de responsabilidades que habilita a su titular a optar por accionar conforme a uno u otro régimen.

En el **sub examine** se observa otra peculiaridad. La accionante al demandar no fue precisa pues, por una parte, apoyó su reclamo en lo decidido con autoridad de cosa juzgada en el ámbito de los organismos competentes en materia de defensa de la competencia y, por otra, se lo hizo vinculando a los mismos hechos generadores de responsabilidad en el marco de la relación contractual. Y, además, se persistió en ello invocando sucesivamente ora las disposiciones de la ley 22.262, art. 4, ora, supletoriamente, las prescripciones del CCiv., 4023 -en realidad CCom., 846, en virtud del carácter mercantil del vínculo- (responde a la excepción, fs. 10.488 punto iv.b.1.2 y contestación a la expresión de agravios, fs. 17.347, punto vii.2.C).

Esta situación y los términos en que ha quedado trabada la relación procesal sobre esta cuestión,

Poder Judicial de la Nación

aconseja e impone examinar la prescripción desde el expresado doble enfoque, siguiendo el orden referido por la propia actora.

i) Examen de la prescripción como responsabilidad extracontractual.

El reclamo formulado por la actora como pretensión principal persigue el resarcimiento de los daños conceptuados como "abuso de posición dominante" y refiere a una responsabilidad de orden extracontractual, atribuida de modo exclusivo a "YPF", cuya acción reconoce sustento normativo en la ley 22.262 y le resulta aplicable el plazo de prescripción bienal de su art. 4°.

Ello responde a los términos en que, en lo pertinente, fue propuesta la demanda de "Autogas", lo que ha sido reiterado en su expresión de agravios, razón por la cual este análisis respeta el principio de congruencia.

Sobre ello, puede observarse que al demandar la actora sustentó este reclamo -reitero, en lo pertinente- en la investigación, dictamen y resolución adoptada en sede administrativa (CNDC y Secretaría de Comercio e Industria) y la confirmación de tal decisión por los tribunales judiciales.

Así fue que su argumentación transitó por las
(Expte. N° 85439/02) 59

prácticas anticompetitivas de "YPF" (fs. 10.316vta, punto III-b); por la posición dominante de "YPF" en el mercado de GLP (fs. 10.378, punto III-d); por la concentración de la producción, control de acceso e insumos e infraestructura de producción y comercialización y presencia geográfica nacional, reveladores de la privilegiada posición de "YPF" (fs. 10.378vta., punto III-d)1); por la ausencia de competencia significativa local para "YPF" (fs. 10.379vta., punto III-d)2); por la integración vertical entre productores y fraccionadores (fs. 10.379vta., punto III-d)3); por la ausencia de esa fiabilidad del mercado (fs. 10.380 vta. punto III-d)5); por el abuso de posición dominante de "YPF" (fs. 10.381vta., punto III-d)6); por la manipulación abusiva de los precios y la discriminación entre ventas en el mercado interno y externo (fs. 10.382, punto III-d)7) y fs. 10.383vta., punto III-d)8 respectivamente). Todo ello con constante remisión a lo actuado y resuelto en las mencionadas sedes -administrativa y judicial- y en la subsunción de la conducta generadora de daños en la Ley de Defensa de la Competencia, ley 22.262 (ver fs. 10.375, punto III, "Hechos" y, en especial fs. 10.469vta., punto II-"Derecho").

En este contexto, parece haber sido decisión de "Autogas" sustentar su reclamo indemnizatorio en la

Poder Judicial de la Nación

normativa de defensa de la competencia la cual, en lo que aquí interesa, establece que "Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios...", que "...transcurridos dieciocho (18) meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios..." y que "...el plazo de prescripción será de dos (2) años a partir de la fecha en que la acción pueda ser ejercida...".

Ello así, cabe aquí referir la opinión de especializada doctrina en cuanto a que las acciones derivadas de la aplicación de la ley 22.262 constituyen una forma de responsabilidad extracontractual que halla fundamento, cuando refiere a conductas lesivas de la competencia, en la antijuricidad que a esas conductas atribuye el art. 1° (Cabanelas de las Cuevas, Guillermo, "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, ed Heliasta, Bs. As., pág. 158).

La prohibición prevista en los artículos 1° y 7° de la Ley de Defensa de la Competencia da el elemento de ilicitud a las conductas bajo ella comprendidas, causantes de daños a terceros, configurándose así los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad por delitos y

cuasidelitos, prevista en el Código Civil (ob. cit, T° II, pág. 387).

Es por ello que otra parte de la doctrina, que también se ocupó del tema, consideró que cuando la empresa efectúa actos anticompetitivos se genera una responsabilidad civil extracontractual de daños y perjuicios y que aunque la norma no existiese habría sido aplicable, de todos modos, el CCiv., 4037, que por lo demás establece - sobreabundantemente, según la misma doctrina- un plazo de prescripción de también dos años (Fargosi, Horacio y Stiglitz, Rubén S. "La ley de defensa de la competencia y la responsabilidad civil", LL., 1990 -D- 917).

Debe observarse, reiterando algo ya expresado, que al responder el traslado de la excepción de prescripción opuesta por las demandadas, "Autogas" fundó su defensa en el art. 4° de la ley 22.262, asignándole carácter de régimen específico para la prescripción surgida "de la relación contractual", atribuyéndole aplicación "supletoria" al CCiv., 4023.

La actora, al formular sus agravios, luego de citar conocida doctrina que analizara algún fallo de la CSJN (Medina, Graciela "Visión jurisprudencial de la ley de defensa de la competencia a seis años de su dictado", LL.

Poder Judicial de la Nación

2006 -A- 1120, Derecho Comercial y Doctrinas Esenciales, T° V, pág. 471) expuso, con referencia a las conductas alcanzadas por los arts. 41 y 1° de la ley 22.262, que "la responsabilidad civil especial, por vulneración de la libre concurrencia, tendría igualmente su autonomía, a falta de régimen específico, por el sistema de "responsabilidad extracontractual" y continúa que "La empresa que efectúa actos anticompetitivos, o bien, las empresas coasociadas o vinculadas que realizan pactos o acuerdos lesivos incurren en responsabilidad extracontractual por los daños que generen a terceros" (expresión de agravios, fs. 17.305vta./17.307, punto VIII.1, en particular fs. 17.306vta.).

Precisado lo anterior, si el inicio del plazo de prescripción de dos años debe computarse desde que el daño se produjo y fue ostensible, lo que se ubicó en el año 1993, y más precisamente en el 01-01-93, en tanto el reclamo de "Autogas" comprende la actividad de todo ese año, resulta que al tiempo de iniciarse el expediente administrativo N° 064-002687/97 (CNDC), el 11-08-97, que es la primera actuación ulterior a la mencionada fecha de inicio que tiene efecto suspensivo, la acción respectiva ya se hallaba prescripta, aun sin considerar los plazos útiles transcurridos hasta la fecha de la demanda, según lo que se menciona en el apartado (Expte. N° 85439/02)

que sigue. A todo evento, lo propio sucedería de tomarse como data de inicio el último día de ese año -31-12-93-, en que se cerró el ejercicio contable de "Autogas", según balance de fs. 62/95.

A igual conclusión se arriba si se hace el cómputo de modo retroactivo a partir de la fecha de la demanda (13-09-02, fs. 10.416) considerando sólo el transcurso del tiempo no alcanzado por los plazos en que rigió la suspensión: i) por la mediación previa (que se extendió entre su día de inicio el 17-04-99 y hasta su conclusión, el 14-11-01, y 20 días más, hasta el 04-12-01), en razón de lo reglado en la ley 24.573, art. 29 y Dec. 91/98, art. 28 y ii) por virtud de lo que determina la ley 22.262, art. 4 (que se extendió desde el inicio del expediente N° 064-002687/97, el 11-08-97, por 18 meses, hasta el 11-02-99). Es que entre la fecha de inicio de la demanda y la conclusión del plazo de suspensión de la ley de mediación transcurrieron 9 meses y 9 días y entre la fecha de inicio de la mediación y la finalización de la suspensión vinculada al expediente administrativo corrieron 2 meses y 5 días, lo que suma 11 meses y 14 días. De modo que para completar los dos años restan 12 meses y 16 días, que transcurrieron sobradamente antes del inicio del expediente administrativo.

Poder Judicial de la Nación

De tal modo, examinado el tema como un supuesto de responsabilidad extracontractual resulta que al iniciarse la demanda había operado la prescripción de la acción, conforme lo sostuviera la demandada.

Por último, a todo evento, a igual conclusión se arribaría de interpretarse que la acción se enderezó también contra "YPF GAS" pues la norma sobre responsabilidad extrancontractual sería la única de posible aplicación por no mediar relación contractual con la actora y, con mayor sustento, pues el efecto suspensivo de la mediación no rige en tanto "YPF GAS" no intervino en ese trámite.

ii) Examen de la prescripción como responsabilidad contractual.

El resultado que arroja el examen efectuado en los considerandos del apartado precedente habilita analizar la prescripción del reclamo contra "YPF" por "abuso de posición dominante" cual supuesto de responsabilidad contractual, conforme a lo propuesto subsidiariamente por la actora.

Considero que ello procede pues: i) en ciertos casos como el del **sub examine**, en que coexisten la responsabilidad civil aquiliana y la contractual, la opción o el ejercicio subsidiario son eficaces y ii) en todo caso,

debiera conferirse preeminencia para examinar el conflicto al ámbito que ofrece mayor garantía al reclamante cuando se superponen dos plazos de prescripción tan diferentes; esto así, como modo de proteger los derechos de quien invoca haber sido damnificado.

Por otra parte, de los términos en que se formuló la pretensión fluye que la demandante apoya su reclamo contra "YPF" en los daños y perjuicios derivados de conductas ilícitas que derivaron en incumplimientos contractuales: vgr. incremento indebido del precio del producto, generación de mayores costos, frustración de operaciones, privación de ganancias futuras.

Este ha sido, además, el temperamento adoptado por la Juez de la anterior instancia, por decisión que, en el aspecto analizado, debe considerarse justa en tanto posibilitó el examen de la cuestión de fondo, lo que tradujo un mejor resguardo del derecho del justiciable.

Examinada la prescripción en este marco de responsabilidad contractual es claro que entre el **dies a quo** fijado en 1993 -sin importar el mes que refiera ni los plazos de suspensión aplicables- y la fecha de inicio de la demanda el 13-09-02 (fs. 10.416vta.) no transcurrió el plazo de 10 años que prevé el CCom., 846, y entonces la acción no se

Poder Judicial de la Nación

halla prescripta.

b) Prescripción de la acción respecto de los reclamos por "incumplimiento contractual" y "corte de suministro".

Habida cuenta que estas pretensiones se vinculan de modo directo con la relación contractual habida entre "Autogas" e "YPF" y aluden a incumplimientos de orden convencional por parte de esta última, debe necesariamente interpretarse que el reclamo se enderezó exclusivamente contra dicha sociedad y no contra "YPF GAS".

Precisado ello, se observa que el término de prescripción de cada acción difiere.

Para el primer caso se juzga aplicable el plazo de cuatro años del CCom., 847, 1°, para los supuestos de cuentas "aceptadas" o que se "presumen liquidadas" y, para el segundo, se considera de aplicación el término decenal que regla, para las relaciones mercantiles que no tienen regulación especial -como la aquí examinada-, el ya citado código mercantil, 846.

En relación a la pretensión basada en el "incumplimiento contractual", debe señalarse que en un fallo reciente, este mismo tribunal en el expediente: "Instituto de Cardiología SA s/quiebra c/ Agrupación de Salud Integral, del (Expte. N° 85439/02)

15-10-12, con voto preopinante del Dr. Sala, ha reiterado el criterio sostenido, en cuanto a la aplicación de la citada norma a diversas relaciones comerciales -y no necesariamente a la compraventa-, por lo que la doctrina de esos precedentes se juzga también operativa respecto a un contrato de suministro en el cual el modo de liquidar los negocios ha sido el de facturación, de acuerdo a lo que más adelante se describe.

Allí se sostuvo que "En varias sentencias de la Sala se ha estimado que aun cuando la factura es el instrumento comprobatorio típico de la compraventa, no hay óbice legal ni sustancial que impida su utilización analógica para otros contratos (CNCom., esta Sala, "Grupo Norte S.A. c/ Banco Bansud S.A.", del 18-04-06; "Carman S.A. c/ Electrosistema S.A.", del 22-02-08; "Dworzak, E.F. c/ Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español", del 27-10-09; entre otros; **ídem** Sala B, "Guerrero, Blas c/ Riva S.A.", del 15-08-06 y "Med-inter S.A. c/ Medicina Asistencial Solidaria S.A. y otros", del 28-04-09). Su empleo, pues, en la especie, que refiere a un contrato de distribución (de locación de servicios se trató en los precedentes citados) no se aprecia objetable, ni fue cuestionada esta solución por la interesada, de manera que nada más se agregará en este

Poder Judicial de la Nación

asunto.

Cuando la ley habla de "deudas justificadas" (CCom., 847: inc. 1°) indica que se incluyen no sólo deudas o cuentas derivadas de la compraventa (Zavala Rodríguez, Carlos J. "Código de Comercio Comentado", ed. Depalma, T° VI, pág. 163), sino, también, otras hipótesis conceptualmente iguales por derivación analógica. Debe interpretarse pues, que la referida regla no es impuesta sólo para los contratos de compraventa, sino también a los supuestos en los que, existiendo cuentas liquidadas, se reclama su pago, como ocurrió en el **sub examine** (CNCom., Sala A, "ATC c/ Rimoldi Fraga", del 06-06-08). De este modo, si en el caso se está "en presencia de cuentas liquidadas" en los términos del CCom., 474 resulta aplicable al crédito instrumentado en las facturas -en forma analógica- el plazo abreviado de cuatro (4) años previsto en el CCom., 847: inc. 1° y no el ordinario de diez (10) años normado en el CCom., 846 (CNCom., Sala E, **in re** "Editorial Delfos E.P.S.A. c/ Fundación Caja de Ahorro y Seguro y otro", del 16-04-08; **ídem.**, Sala A, "Servicios Empresarios Argentinos S.A. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca S.A.", del 16-02-10; **ídem.**, Sala D, "Muelle del Plata S.R.L. c/ Lisam S.A.", del 09-11-09; entre otros).

En el **sub lite** al no advertirse discordancia
(Expte. N° 85439/02) 69

en orden a que las facturas enviadas a la actora fueron recibidas por ésta sin formular objeción alguna, deviene incuestionable la conclusión de haber cuenta liquidada (CCom., 474 y 73). Y desde esta perspectiva, la cuestión enmarca en las previsiones del citado art. 847: inc. 1°.

Más aún, resulta que en el supuesto de autos las facturas no sólo fueron recibidas, sino, además, aceptadas y pagadas, lo cual se observa indiscutido.

Ahora bien, como el plazo de prescripción es el de cuatro años y las distintas operaciones de suministro de mercadería se extendieron por varios años -entre 1993 y 1997- es preciso establecer en qué medida las acciones a que pudieron dar origen fueron alcanzadas por la prescripción.

A ese efecto se parte de la fecha de la demanda, 13-09-02, de modo que, en principio, se hallarían prescriptos todos los reclamos concernientes a operaciones anteriores al 13-09-98.

Sin embargo, en razón de que el efecto suspensivo de la mediación se extendió desde su inicio -07-04-99- hasta 20 días posteriores a su conclusión -14-11-01-, aquella fecha determinada en forma retroactiva debe ampliarse en 31 meses y 27 días.

De tal modo, se establece hallarse prescripto

Poder Judicial de la Nación

todo reclamo originado en operaciones concretadas con anterioridad al 14-01-96 y con tal alcance se hará lugar a la prescripción opuesta; admitiéndose entonces, en cuanto a esta cuestión atañe, parcialmente, el agravio de la demandada.

Respecto a la aplicación del término decenal a la acción por "corte de suministro", no he advertido en la expresión de agravios de "YPF" alguna queja específica, por lo que quedó firme el rechazo de la excepción de prescripción opuesta a su respecto.

Finalmente, si se entendiera que la pretensión se enderezó también contra "YPF GAS", en razón de la ausencia de vínculo contractual con la actora, cualquiera que fuese la imputación que se le hubiere formulado, ella encuadraría en la responsabilidad extracontractual y su plazo de prescripción sería el de dos años (CCiv., 4037), que se hallaba sobradamente cumplido al tiempo de demandar porque: i) el comienzo de la prescripción dató del año 1993 y la demanda se inició en el año 2002; ii) el supuesto de suspensión de la ley 22.262, art. 4, no opera en razón de la índole de la pretensión; iii) tampoco es aplicable la suspensión que prevé la ley de mediación, art. 29 y decreto 91/98, art. 28, porque "YPF GAS" no intervino en ella, y iv) el efecto suspensivo de los demás actos mencionados por el (Expte. N° 85439/02)

actor fue desestimado.

Con tal alcance se dirime este supuesto de prescripción.

c) Prescripción de la acción respecto de los reclamos por "acción de pinzas" y "retención de envases".

En lo que concierne a estas pretensiones se observa tratarse de una responsabilidad extracontractual endilgada a ambas demandadas en forma conjunta.

Por otra parte, los hechos en que se sustenta refieren a comportamientos antijurídicos ajenos a cualquier estipulación específica o connatural al contrato de que se trata; debiendo reiterarse, además, que una de las codemandadas -"YPF GAS"- ni siquiera participó de ese vínculo convencional.

Esa situación permite distinguir este supuesto del examinado al tratar, respecto de "YPF", la prescripción de la acción por "abuso de posición dominante".

En tal virtud, el plazo de prescripción es el bianual que prevé el CCiv., 4037.

Para el cómputo del término se analizan ambas pretensiones por separado:

i) "Acción de pinzas".

No es dable conferir carácter suspensivo: i) a

Poder Judicial de la Nación

lo actuado en el expediente N° 064-002687/97 porque comprometió sólo a "YPF" y porque lo investigado y resuelto se trató de materia diferente a la que sustenta este reclamo y ii) a lo actuado en el expediente N° 064-000359/98 en tanto la denuncia no fue receptada y las actuaciones fueron archivadas (Resolución 215/00, del 05-10-2000).

Entonces, entre el comienzo de la prescripción el 01-01-93 -o, eventualmente el 31-12-93, fecha de cierre del ejercicio, según lo **supra** considerado- y la fecha de inicio de la mediación, el 17-04-99, que es la actuación de fecha más próxima a la que se concede efecto suspensivo para este reclamo -pero solo respecto a "YPF", por lo ya dicho-, ha transcurrido en exceso el plazo de dos años, por lo que la acción respectiva se halla prescripta.

A igual conclusión se arribaría si se concretarse el cómputo en forma retroactiva a partir de la fecha de la demanda, como lo revela la aplicación aquí de lo juzgado, en lo pertinente, en relación al rubro "abuso de posición dominante" (considerando 7-a).

ii) "Retención de envases".

El plazo de dos años computados a partir del **dies a quo** (01-01-93 o 31-12-93, según lo visto) ya había transcurrido al momento de iniciarse los expedientes (Expte. N° 85439/02)

administrativos en que se denunció la infracción: 01-07-96 (fs. 11.107/11.109); 13-08-96 (fs. 11.125/11.128) y 25-09-96 (fs. 11.148/.11.151), que son las actuaciones con fechas más próximas a las que se puede conceder efecto suspensivo.

No otra solución cabría de efectuarse el cómputo de modo retroactivo a partir de la fecha de la demanda.

En efecto, si se suman el plazo transcurrido entre la fecha de la demanda el 13-09-02 y el cese de la suspensión por la mediación -que alcanzó solo a "YPF", insisto- más los corridos entre la fecha de inicio de la mediación el 07-04-99 y el de cierre de los expedientes administrativos en que se aplicaron las sanciones el 05-12-96 (expediente N° 750-002497/96) y el 23-01-97 (expedientes N° 750-003020/96 y N° 750-00307/96, ver fs. 11.106/11.123, 11.124/11.139 y 11.147/11.168, respectivamente), es claro que el término de dos años se cumplió holgadamente, sin necesidad de computar el plazo transcurrido con anterioridad entre el **dies a quo** fijado en la sentencia y las ya citadas fechas de inicio de los mencionados expedientes (01-07-96, 13-08-96 y 25-09-96).

En consecuencia, ambas acciones se hallaban prescriptas al tiempo de demandar, por lo que cabe admitir el

Poder Judicial de la Nación

agravio de la demandada, revocando la sentencia en este aspecto.

d) Prescripción de la acción en relación al reclamo de "daños y perjuicios derivados de la venta de fondo de comercio".

En este supuesto, al igual que lo sucedido con el reclamo por "abuso de posición dominante", la pretensión se ha sustentado en hechos diversos, susceptibles de generar una responsabilidad concurrente de carácter contractual y extracontractual.

En efecto, por un lado, la actuación de "YPF" subsume en el ámbito de la responsabilidad contractual, producto de la relación habida con "Autogas" y emergente de la conducta de la primera de ahogo financiero -vinculada a los efectos de un actuar dominante abusivo- y de la interrupción del suministro de GLP por el proveedor exclusivo -o con insignificante competencia-. Por otro, al invocarse que el daño proviene de "todas las maniobras descriptas (que) minaron la rentabilidad de Autogas..." y al aludir a "La disminución del valor patrimonial ocasionado por las acciones de las demandadas" (demanda, fs. 10.409, punto V-e) ha quedado comprometido un accionar ajeno a lo estrictamente convencional ("acción de pinzas" y "desmantelamiento del (Expte. N° 85439/02)

sistema de canje de envases") que involucra la responsabilidad no solo de "YPF" sino, además, de un extraño a ese vínculo contractual como lo es "YPF GAS".

En ese contexto la prescripción de la acción enderezada contra "YPF" debe efectuarse en el marco de la responsabilidad contractual aun cuando su actuación involucre hechos también originantes de una responsabilidad extracontractual, habida cuenta la prevalencia que debe otorgarse a tal vínculo cuando lo perseguido es una única pretensión resarcitoria emergente de un único daño que se atribuye al enjuiciado obrar.

El temperamento amplio que aquí se adopta es el que mejor protege el derecho del justiciable y responde adecuadamente al criterio restrictivo de interpretación de la prescripción ya mencionado, como modo de mejor resguardar el derecho de la pretensora.

Esto así, sin perjuicio de que a la acción que involucra a "YPF GAS" se le aplique el plazo de dos años concerniente a las acciones de responsabilidad extracontractual (CCiv., 4037).

Es que la ausencia de vínculo convencional entre "Autogas" e "YPF GAS", por una parte, y la distinta personalidad jurídica de las sociedades demandadas (CCiv., 35

Poder Judicial de la Nación

y LSC., 2) que no ha sido desvirtuada, en tanto ni siquiera se formalizó pretensión con tal finalidad, obstan a evaluar de modo diferente el origen y naturaleza de su responsabilidad.

Conforme a lo considerado en este apartado y los que preceden, la acción de responsabilidad contractual encarada por "YPF" no se hallaba prescripta al demandar por no haber transcurrido el plazo decenal. Mientras que la de responsabilidad extracontractual en relación a ambas demandadas sí se encontraba prescripta pues el término de dos años había transcurrido entre la fecha de transferencia del fondo de comercio, el 08-01-97 (fs. 21) -oportunidad en que se invoca producido el daño- y la fecha de inicio de la mediación el 07-04-99, sin necesidad de computar el plazo que transcurrió entre el cese de la suspensión por mediación y la fecha de inicio de la demanda.

Con ese alcance debe modificarse la sentencia apelada admitiéndose en esa medida el recurso de la demandada.

6. En la inteligencia de haberse dado respuesta a los argumentos principales desarrollados por ambos justiciables respecto del instituto de la prescripción que, en este caso particular, ha cobrado fundamental

importancia para decidir la suerte de las diversas pretensiones formuladas, se pasará al examen de los daños y perjuicios reclamados siguiendo principalmente la estructura diseñada en la sentencia de primera instancia, mantenida, en lo sustancial, en las respectivas expresiones de agravios de "Autogas" e "YPF". Examen que comprenderá **in integrum** los reclamos, aun aquellos cuyas acciones que se propicia declarar prescriptas en razón, reitero, de brindar un más amplio derecho de defensa a las partes involucradas.

VII. DAÑOS Y PERJUICIOS.

1. Consideraciones preliminares de "Autogas".

Antes de examinar los distintos reclamos en particular, se harán algunas consideraciones sobre la "manifestación preliminar" de la actora, formulada en el punto II de fs. 17.248/17.256vta., de su pieza de expresión de agravios.

a) No puede receptarse el criterio de "Autogas" de que el fallo de la C.S.J.N. -al que precedieron actuaciones administrativas y judiciales- resolvió la cuestión atinente al perjuicio que, en concreto, pudieron haber sufrido las fraccionadoras, advirtiéndose que tampoco fijó indemnizaciones al respecto.

En efecto, el argumento de que el mercado

Poder Judicial de la Nación

fraccionador, que ella integra, fue perjudicado en \$ 91.730.000, y que como éste es el importe de la transferencia económica total de las fraccionadoras a la productora, esa suma conforma la base para determinar su perjuicio de acuerdo a su participación en el mercado, es inexacto.

Así, debe advertirse que el objeto de la investigación se enderezó a la determinación de la existencia de ciertas conductas constitutivas de posición dominante y si estas resultaron abusivas y tuvieron aptitud suficiente para generar daño a la comunidad; esto es, de ocasionar perjuicio al "interés económico general" (ley 22.262, art. 1).

La CSJN al confirmar la decisión de la Cámara en lo Penal Económico refirió al "interés económico general" haciendo hincapié, justamente, en conductas que menoscaban la eficiencia económica del mercado por medio de acciones reñidas con el interés de la comunidad. Y agregó, que abusa de la posición de dominio, quien manipula artificialmente la oferta haciendo que el mercado sea menos eficiente en términos de cantidades y precios, con directa incidencia en el bienestar de los consumidores (fs. 535, considerando 7).

Por consiguiente, las actuaciones administrativas y judiciales examinadas, tuvieron principalmente en mira al mercado y al menoscabo de su

eficiencia económica y, asimismo, a la consecuencia de su distorsión, configurada por el perjuicio a la comunidad en general, es decir, a los consumidores y no al de determinados agentes económicos, como lo señaló la Cámara Penal Económico.

Es cierto que puede interpretarse incluidos en el concepto de "interés económico general" otros sujetos que operan en el mercado, en tanto participan de la cadena de comercialización del producto de que se trata (vgr. los proveedores de insumos, los competidores y, en particular, para el caso examinado, los fraccionadores) pero ello no supone, como parece pretender la actora, asimilar la figura del fraccionador con la del consumidor. El primero adquiere para fraccionar, envasar y revender. Y, el segundo, es quien paga para consumir, para satisfacer necesidades primarias; tratándose este último de quien, según el orden regular de las cosas **-eo quod plerunque accidit-** resulta el más expuesto a soportar el incremento de los precios y, por ello, a quien cualquier alteración en el mercado previsiblemente extenderá sus efectos perjudiciales.

No soslayo que en un marco de análisis relativamente amplio puede considerarse al fraccionador como el primer eslabón en la cadena del "interés económico general", tal como lo consideró la Juez **a quo** al reconocer

Poder Judicial de la Nación

legitimación activa a "Autogas" -criterio que se ha compartido-. Ello, que lógicamente responde al hecho de tratarse el fraccionador del adquirente primario del producto y, en su mérito, el afectado inmediato por cualquier incremento del precio -por ello y también por la posible influencia de cualquier variación del precio, tanto en lo financiero cuanto en los costos operativos-, no significa en modo alguno, desplazar el centro del impacto: el consumidor domiciliario, que es un perjudicado mediato por la elevación del precio, mas efectivamente afectado por ser el destinatario final del producto comercializado.

De modo coincidente, en la Resolución N° 189/99 -de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, cuyo antecedente inmediato lo conforma el dictamen 314/99 de la CNDC, luego de establecerse que la conducta imputada a "YPF" encuadra claramente como de posición dominante y de considerar evidenciado que la empresa productora abusó de ella, concluyó que tal conducta tuvo importantes efectos distributivos regresivos, pues al ser la de los fraccionadores una demanda derivada, quienes se vieron en definitiva perjudicados fueron los consumidores finales del GLP.; esto es, grupos familiares de menores ingresos del País, cuyo número se estableció en 4.500.000 hogares que

(Expte. N° 85439/02) 81

utilizan el gas para usos domésticos (fs. 254 a 259).

Entonces, cabe observar que los funcionarios y magistrados que decidieron sobre la existencia de "abuso de posición dominante" y la aplicación de una sanción a la infractora tuvieron principalmente en consideración al mercado y, en particular, el daño al consumidor y, correlativamente, el ilícito beneficio de la productora, según fórmula que se describió, adicionándose un 20% con base en el art. 26 de la ley 22.662.

A partir de ello deviene insostenible el agravio de la accionante en cuanto pretendió fijar el daño, directamente, en función del importe de la multa aplicada, deviniendo correcto el criterio de la Juez de primera instancia, en cuanto juzgó imprescindible examinar, en el marco de continencia propia de este juicio, si efectivamente el "abuso de posición dominante" produjo daños concretos a "Autogas".

Para concluir, mencionaré brevemente algunas otras circunstancias que confirman el acierto del fallo en cuanto exige al demandante la prueba del daño: i) la investigación en la CNDC se encaró de oficio -y no a pedido de un fraccionador en particular- lo cual revela que lo investigado tuvo primeramente en mira la protección del

Poder Judicial de la Nación

mercado económico general; ii) que entre los presupuestos de la responsabilidad civil cuenta la prueba de un perjuicio efectivo y actual en el patrimonio del pretensor y la relación de causalidad con el obrar antijurídico y iii) que la propia demandante apreció necesario probar la diferencia de los precios fijados en el mercado local y el exterior y la cantidad de toneladas de GLP que se dejaron de consumir en el País y la consecuente pérdida de comercialización de su parte (demanda, fs. 10.407vta., punto V-a).

b) Cuestiones concernientes al grado de participación de "Autogas" en el mercado, daños por abuso de posición dominante y por incumplimiento contractual y valor llave de la empresa, serán considerados al examinar cada pretensión.

c) La invocada insignificancia de la multa en relación a las ganancias obtenidas por las demandadas, el valor en moneda extranjera que le habría demandado a la sancionada su cancelación y su efecto disuasivo respecto a actividades monopólicas, son cuestiones extrañas al **thema decidendum**, circunscripto a desentrañar el daño producido a la fraccionadora reclamante.

d) La falta de relación proporcional entre el importe de la condena decidida en primera instancia y la

multa aplicada por la CSJN en el expediente de origen administrativo, no conforma tampoco hecho relevante a los efectos aquí considerados, habida cuenta el diferente objeto de cada proceso. En este último se juzgó la conducta de "YPF" y, en su mérito -por el obrar ilícito-, se aplicaron sanciones. En el fallo aquí examinado, se resolvió sobre la existencia de daños a una fraccionadora en particular, estableciendo el resarcimiento que se ha considerado justo de acuerdo a sus circunstancias.

e) Por último, el argumento de que la sentencia de la Juez **a quo** estimula el accionar monopólico, conforma una imputación injustificada y agravante que no se corresponde con la medida que debe guardarse en estrados judiciales.

2. Daños por "Abuso de posición dominante".

a) La sentencia.

Cabe recordar que en el pronunciamiento recurrido se admitió por \$ 5.785.579 el resarcimiento que por \$ 19.285.265,92 se había formulado por diferencias entre el precio del GLP determinado para el mercado interno y el aplicado en el mercado internacional. Asimismo, para indemnizar el invocado cese de consumo total de 1.200.000 tns. de GLP que habría impedido a "Autogas" vender 127.200

Poder Judicial de la Nación

tns. de ese producto, cuyo daño se estimó en \$ 7.632.000, se reconoció la suma de \$ 1.148.000.

Para resolver en el sentido indicado se expuso hallarse justificado que el incremento registrado en los precios del GLP, entre los años 1993/1995, pero no el aplicado en el año 1996, fue trasladado por el sector fraccionador a los consumidores finales del producto y no hallar que se haya configurado la invocada "maniobra de pinzas".

A ese efecto, se tuvieron en consideración las conclusiones emergentes de los dictámenes y resoluciones de la CNDC y de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, y los fallos judiciales ulteriores. Asimismo, el contenido de los dictámenes en economía, elaborado por la licenciada, M. C. Suárez; pericial contable, presentado por las contadoras S. B. Ehrenfreun, K. V. Pérez y G. S. M. Barone y de ingeniería producido por el ingeniero C. N. Berasaluce.

Respecto al traslado de los incrementos en el período de 1993/1995 el fallo se basó en los dictámenes y resoluciones administrativas y judiciales y en las periciales en economía y contable, de las cuales se extrajo que resultó superior el aumento del precio del GLP al consumidor que la elevación del costo del mismo producto; desechando en esto lo

opinado por el ingeniero en petróleo al haber observado que el experto incurrió en contradicciones y al interpretar una suerte de menoscabo de la investigación de la CNDC. Y en relación al año 1996 halló coincidentes lo informado en los tres dictámenes periciales.

De otro lado, en relación al impedimento de vender cierta cantidad de toneladas de GLP, rubro al que se dio en denominar "lucro cesante", se tomó como parámetro la pericial contable, en punto a que en el período 1993/1995 la relación utilidad bruta-costos financiero se mantuvo a niveles sostenibles, congruentes con la situación de la empresa, pero en el año 1996 el monto total disminuyó en el orden del 15%; asimismo se consideró la pericial en ingeniería en cuanto informó haberse producido una reducción del nivel de rentabilidad y la pericial contable respecto a que dio a conocer una disminución del 50% de la utilidad bruta. Conforme a ello, aplicó la expresada proporción del 15% sobre el importe reclamado y así fijó el valor del resarcimiento.

En concreto, se procedió de tal modo luego de evaluar el dictamen del ingeniero en petróleo -que presentó cinco informes-, impugnados por "YPF" y el dictamen en economía, y por haber hallado probado el daño y resultar dudoso su importe en razón de concurrir varias metodologías

Poder Judicial de la Nación

razonables, mas opinables (fs. 16.899).

b) Agravios de las partes.

Lo decidido fue objetado por ambas partes. Del lado de la actora por haberse excluido para fijar el resarcimiento los ejercicios correspondientes a los años 1993/1995. Mientras que la demandada se agravió por haberse estimado procedente el reclamo respecto al año 1996. Ambos litigantes cuestionaron, a su vez, la determinación cuantitativa del valor de la condena, que la Juez concretó con aplicación de las facultades emergentes del CPr., 165.

Debo advertir, luego de examinadas las exhaustivas exposiciones formuladas por ambas partes en sus respectivas expresiones de agravios (actora, fs. 17.256vta./17.277vta., punto V.A y demandada fs. 17.175vta./17.198, punto IV.3 y 17.198/17.213vta., punto IV.4), sus correlativas contestaciones (de la accionada, fs. 17.390vta./17.414vta., punto VI.1-a y fs. 17.414vta./17.515, punto VI.1-b y de la accionante, fs. 17.348vta./17.353, punto VII-3-a/c y 17.353/17.353vta., punto VII.4.A), que el desarrollo argumental de cada una exhibe sustancial coincidencia en cuanto a los temas tratados y a los elementos probatorios considerados idóneos para discernir el conflicto -más allá de sus evidentes divergencias de interpretación y

(Expte. N° 85439/02) 87

eficacia-, razón por la cual se efectuará su tratamiento conjunto. Lo propio se predica de la expresión de agravios de "REPSOL YPF GAS" de fs. 17.150vta./17.152, punto V.3.

c) Examen de los agravios.

c.1) Al analizar las "consideraciones preliminares" formuladas por la actora, quedó claro que lo dictaminado en sede administrativa y lo resuelto en el ámbito judicial sobre el "abuso de posición dominante" tuvo por objeto sustancial determinar si la actuación de "YPF" en el período investigado -1993/1997 (hasta octubre de este último año)- produjo daño al interés económico general, principalmente a los consumidores, y si correspondía a la infractora la aplicación de una multa, lo cual así fue decidido fijándose su importe en razón del concomitante beneficio ilícito de la productora; mas no resolvió la cuestión atinente al posible perjuicio de las fraccionadoras en particular ni tampoco se juzgó si correspondía alguna indemnización; lo cual, por cierto, no fue siquiera examinado ni, por consiguiente, descartado.

Por ello, reitero, se consideró aquí improcedente receptar la argumentación de "Autogas" de estimar probado, con apoyo en tales actuaciones, el perjuicio invocado y fijar el resarcimiento en una proporción -la de su

Poder Judicial de la Nación

participación en el mercado- a partir del importe de la multa; de lo que se siguió, la necesidad de examinar el daño que pudo haberle producido lo actuado por "YPF".

c.2) La Juez **a quo** interpretó que resultaba dirimente establecer si las fraccionadoras trasladaron los aumentos en los costos de GLP al precio, es decir a los consumidores, y si se configuró la denominada "acción de pinzas".

i) En ese cometido le confirió valor fundamental a las conclusiones arribadas en los Dictámenes de la CNDC y en las Resoluciones 189/99, 215/00 y 314/99.

Así, luego de referir a algunas de las valoraciones efectuadas sobre la situación del mercado en el expediente N° 613.610/94 (Dictamen 314/99 y Resolución 189/99) y en el expediente N° 064-00359/98 (resolución 215/00), concluyó que, como se produjo un incremento indebido de precios con efectos distributivos regresivos y no haberse probado la "acción de pinzas", ese aumento fue trasladado a los consumidores finales por el sector fraccionador.

ii) Asimismo, tuvo en consideración que de la prueba pericial económica rendida a fs. 15.599/15.698 (que recibió denuncias de irregularidades por parte de la actora, que fueron desestimadas) emerge que en razón de la (Expte. N° 85439/02)

inelasticidad del producto "...los productores, fraccionadores, distribuidores y comercios podieron aumentar sus precios dado que tenían una clientela cautiva... sin afectar el volumen de sus ventas, graficando como fue trasladado el precio en cuestión, analizando los índices de Precios al Consumidor del INDEC" y que "...A partir de los únicos datos posibles provenientes de los fraccionadores...la actora incrementó las ventas entre 1993 y 1995 en 7.820 tn. y que entre 1995/1996 tuvo una baja de 352 tn... mientras YPF incrementó sus ventas por el período transcurrido entre 1993/1997 en 55,3 millones de toneladas" (los términos subrayados pertenecen a este vocal).

A ello, agregó que de la misma prueba resulta que "...si el costo de la materia prima representa para el fraccionador el 50% del precio de venta y si ésta se incrementó en un 18,88%, la proporción del aumento que permite entonces trasladar dicho costo sería del 9,5%...".

iii) También evaluó la pericial contable rendida a fs. 12.386 en cuanto informó que "...durante los años 1993/1995 el aumento de los precios de venta por tonelada de la actora fue superior al 33%...porcentaje superior a los aumentos del GLP".

iv) En cuanto al informe pericial en

Poder Judicial de la Nación

ingeniería refirió lo informado por el experto respecto a que: iv.i) con base en datos de la resolución 189/99, advirtió sobre un mayor incremento del precio de "YPF" respecto del internacional de referencia que es el **Mont Belvieu**, lo que graficó; iv.ii) la actora debía cargar a dicho costo de materia prima los demás costos de su empresa, fijos y variables, y además obtener una ganancia, por lo que no podía vender al mismo valor que el de compra; iv.iii) de haber podido efectuar el traslado de precios, la accionante habría podido mantener su utilidad histórica, su margen bruto, según balances hasta 1992; iv.iv) la brecha entre ambos precios -el local y el internacional- revela la imposibilidad de trasladar entre 1993/1997 los mayores costos de materia prima, cuya alza fue sustancial según Resolución citada; iv.v) se realizó un cálculo tomando en cuenta el precio real vendido; el precio teórico de haber podido efectuar el traslado; multiplicando las toneladas vendidas con la diferencia entre lo efectivamente facturado y la venta teórica que podía haber efectuado; iv.vi) ha podido determinar producida una guerra de precios; iv.vii) su conclusión es que la suba de precios de la materia prima no se trasladó al público en un 100%, sino que apenas se produjo una suba del 20%, absorbiendo el fraccionado y la

(Expte. N° 85439/02) 91

distribución un 30% y 40% del incremento, respectivamente; iv.viii) por la evolución de los precios de venta a las fraccionadoras y el incremento mucho menor del precio de venta de éstas a los usuarios, se advierte que tal incremento no pudo trasladarse; iv.ix) existía un nivel de precios entre 1991/1993 que pasó a ser negativo entre 1994/1997 por la guerra de precios.

Seguidamente, la Juez interviniente continuó describiendo, en relación al mismo trabajo pericial, que: iv.x) el dictamen fue severamente cuestionado (por falsedades, por introducir cuestiones ajenas a los puntos encomendados y soslayar los Dictámenes 314 y 316 CNDC receptados en las Resoluciones 189/99 y 215/00, en cuanto determinan que las fraccionadoras de GLP trasladaron el mayor precio de la materia prima a los consumidores y que no ha existido "maniobra de pinzas"; iv.xi.) la respuesta del experto se basó en la existencia de una "acción predatoria"; iv.xii) existió un cambio de tendencia de los balances de positivo a negativo entre 1992/1997; iv.xiii) existió un techo de precios; iv.xiv) se sucedieron diversos cuestionamientos -recusación e impugnaciones respondidas-; iv.xv) según información de la CNDC los precios no subieron en el período 1993/1997 en igual medida que lo hizo la

Poder Judicial de la Nación

materia prima, pues ésta, según el experto, subió 3% y los precios de compra el 40%; iv.xvi) al considerar el precio **Mont Belvieu** no incorporó fletes, seguros e internación por no existir tarifarios de dichos costos.

Y dicha magistrada concluyó, como se explicara al iniciar el examen de este reclamo, que: iv.xvii) median contradicciones al sostener y desechar al mismo tiempo lo dictaminado por la CNDC; iv.xviii) el dictamen menoscaba la investigación de ese organismo y iv.xix) se explica cierto incremento en la utilidad bruta -del año 1993 del 34%- en un supuesto hipotético.

v) En relación a la pérdida de ventas durante el año 1996, consideró apreciar coincidencia en los tres dictámenes periciales en cuanto a que en ese año la actora tuvo una baja de ventas de 352 tns.; también, que en dicho año el nivel de rentabilidad se vio reducido y, de igual modo, que las utilidades de la actora por su actividad de fraccionamiento decayó pues su utilidad bruta se vio reducida en un 50% comparando el año 1996 con 1995.

c.3) De su lado, la actora en su expresión de agravios arribó a una conclusión diferente. Allí, a partir de los estados de resultados de "Autogas" correspondientes a los ejercicios 1993/1997 (1996, en cuanto aquí concierne),

que las peritos contadoras transcribieron en su dictamen (fs. 12.403), y del cuadro confeccionado por las contadoras más adelante (fs. 12.445/12.446), que la demandante reprodujera en su expresión de agravios (fs. 17.272/17.272vta.), la apelante extrajo (considerando la cantidad de toneladas vendidas por "YPF" a "Autogas" con los precios de compra y de venta) el precio de la tonelada. Por compra, primero, y por venta, después, concluyendo que aquellos se incrementaron un 64% y los segundos apenas un 9,7%.

c.4) Por otra parte, la demandada al expresar agravios y responder a los de la accionante ha formulado cuestionamientos diversos. Sobre la pericial contable, algunos refirieron a los datos sobre precios de venta obtenidos de información unilateral de "Autogas" a la CNDC, no probados documentalmente o que arrojan resultados incongruentes con las evaluados para efectuar comparación de precios entre fraccionadoras a distintos fines; y, otros, aludieron a la recurrencia, por dichas expertas, a fuentes alternativas diversas que arrojaron cifras heterogéneas (vgr. "Memorandum informativo de Autogas" -elaborado a su pedido por "Banco Río", con información proporcionada por la empresa, para potenciales compradores de sus activos-; y a cierto balance sistemáticamente cuestionado por

Poder Judicial de la Nación

irregularidades. En torno a la pericial en economía, refiere haber informado precios de venta diferentes. Concluyendo, que se cuenta con cuatro precios de venta distintos, no probados fehacientemente, lo que excluye su cómputo para demostrar la disminución de la utilidad bruta. A lo que agregó que el único dato fidedigno sería el precio de compras de "Autogas" a "YPF", pero aclarando que ello refiere a los años 1995 y 1996, pero no a 1993 y 1994 pues "Autogas" no compró exclusivamente a "YPF". Asimismo, que el volumen adquirido se trataría de valores mínimos mas no prueba fehaciente de las compras, que los datos de las adquisiciones de la actora tampoco serían fehacientes por carecer de registros y documentación que las respalde. También sostuvo que el hipotético precio promedio obtenido no puede utilizarse para acreditar el daño en tanto se sustenta en una presunción de igualdad de volumen de compra y de venta, cuando la actora pudo haber efectuado ventas en negro, desviado las mismas a otras empresas o falseado las cifras, todo ello con un irreal resultado.

En relación a los fundamentos de la sentencia, que apoyados en los tres dictámenes, sirvieron de sustento para reconocer el resarcimiento para el año 1996, la accionada destacó la irrelevancia del volumen de venta para

establecer la procedencia del reclamo. Luego sostuvo que, contra lo concluido, tal volumen se incrementó en ese año, surgiendo la equivocación de haber tomado datos de la pericia contable que refieren a cantidades de comercialización de GLP a minigranel. Señaló, asimismo, cierta contradicción en la sentencia pues al tratar el reclamo por menor volumen sostuvo que el del año 1996 fue superior. Manifestó ser errónea la invocación de la pericial de ingeniero para señalar una supuesta baja del "nivel de rentabilidad". Luego, sostuvo que lo correcto debió ser medir la utilidad bruta comparando el año 1996 con 1992 no con 1995 y que la actora coincide con ello como resulta de lo manifestado en su alegato. Finalmente realizó cálculos sobre rentabilidad bruta considerando precios sin condonación y con condonación de intereses.

c.5) En lo que concierne a los estados contables de la parte actora y, en particular, al Balance del año 1996 cuyo contenido tuvo significativa influencia para la realización, en lo pertinente, de los dictámenes periciales y, por derivación, en lo principal de la decisión condenatoria formulada en la sentencia, las observaciones concretadas llevan a efectuar ciertas apreciaciones concernientes a su regularidad y su consecuente eficacia probatoria.

Poder Judicial de la Nación

i) El balance del año 1996 fue adjuntado por la actora al tiempo de presentar su demanda (fs. 150/168). Asimismo, la demandada lo incorporó a fs. 299/322 del beneficio de litigar sin gastos (B.L.S.G.) que formulara "Autogas", en tanto la actora había prescindido de hacerlo (Expte. n° 91.708).

ii) Dicho balance fue observado por la accionada al responder aquí a la demanda (fs. 10.459/60, punto 11.5.6); también lo hizo en oportunidad de responder el traslado previsto en el CPr., 81 en el B.L.S.G. (fs. 4.522/4.560); e igualmente lo cuestionó al evaluar la prueba al tiempo de alegar (fs. 11.028vta./11.041vta., punto 10). Esos cuestionamientos no fueron abordados y examinados concretamente por la Juez **a quo** pues en la sentencia sólo se formularon algunas referencias generales e indirectas tales como que: "...en la pericia (en alusión a la contable) se arriba a conclusiones suficientemente apoyadas en bases técnicas-contables que le otorgan suficiente basamento probatorio...", "...no se aprecia que en dicha pericia hayan sido evaluados aspectos concernientes a nuevos asientos contables, balances o auditorías realizadas con posterioridad al inicio de las actuaciones...", "...las expertas han brindado su dictamen en base a los registros contables exhibidos, con el contenido (Expte. N° 85439/02)

y alcance que explicitan...". Y en ese mismo sentido descalifica las impugnaciones de la demandada por apreciarlas como "...mera reiteración de cuestionamientos ya respondidos...", considerarlas requerimientos de "...ratificación de puntos sobre los cuales las expertas ya se han expedido..." o estimarlas "...apreciaciones de la accionada a las que tampoco en modo alguno se les puede atribuir la calidad que persigue..." (fs.16.896/16.898). Sin embargo, no se advierte que en alguno de los considerandos se haya hecho mención de las específicas impugnaciones, lo que llevó a "YPF" a reiterarlas minuciosamente al expresar agravios (fs.17.231vta./17.242, punto IV.7), respondidos por la actora (fs. 17.363vta./17.369, puntos VII.7.A y VII.7.B.), y al responder a los agravios de la actora (fs. 17.387/17.389, punto 5).

iii) Comparto, en general, la argumentación de "YPF" relativa a que el balance de "Autogas" correspondiente al ejercicio del año 1996 exhibe irregularidades que impiden otorgarle la eficacia probatoria que pretendió la demandante.

iii.i) En cuanto al aspecto formal deben formularse diversas apreciaciones.

El balance de "Autogas" correspondiente al

Poder Judicial de la Nación

ejercicio del año 1996, que se adjuntara a la demanda, exhibe una certificación contable de fecha 10-02-98 (fs. 164), sin apreciarse legalización del Consejo Profesional de Ciencias Económicas; la reunión de directorio que los aprobó y emitió la memoria dató del 21-02-98 (fs. 166/167); la asamblea ordinaria que los aprobó se celebró el 04-03-98 (fs. 168) y la presentación ante la IGJ se concretó el 27-08-82 (B.L.S.G., fs. 4027), es decir aproximadamente cinco años después de la fecha en que debió hacérselo y de haber transferido su fondo de comercio y más de cuatro años después de su aprobación por la asamblea. Esta demora fue señalada por "YPF" como uno de los elementos que la llevaron a sostener que tal estado contable se preparó a los efectos de la demanda -con la que se promovió este juicio- que se inició poco después, el 13-09-02 (fs. 10.416vta.), lo que a la luz de estas y demás circunstancias que se expresarán no debiera descartarse.

El ejercicio económico considerado (1996) exhibe un patrimonio neto negativo de \$ 18.633.267 (fs.154) que contrasta con el patrimonio neto positivo que emerge de los anteriores ejercicios, y en particular del inmediato anterior (1995) de \$ 26.611.313 (fs. 138), lo cual revelaría una pérdida de \$ 45.244.580 en el año en cuestión.

El contador certificante hizo constar el carácter literal de la certificación del estado de situación patrimonial, así como el estado de resultados y el estado de evolución del patrimonio neto, y expuso que se acompañan firmados para su identificación. A su vez agregó, que se encuentran transcritos en el libro Inventario y Balances n° 6 y que fueron preparados por la empresa a partir del resumen de operaciones que se incluyen en el libro Diario llevado en sus aspectos formales de acuerdo con los requisitos de orden legal. En definitiva, certificó que los estados contables concuerdan con los elementos de juicio detallados.

De lo anterior se deriva cumplimentados por el contador certificante aspectos simplemente formales, sin poder atribuirse a su labor la condición de auditoría; esto es, un examen sobre la exactitud y razonabilidad de los conceptos que lo integran.

El propio contador certificante, Fernando Dubois, declaró que su actuación se trató de una "auditoría limitada sobre saldos", que su alcance expresa que los estados contables "están transcritos en libros rubricados" y que con ella "no es posible afirmar que el balance refleje la realidad económica financiera" (B.L.S.G., fs. 2.393/2.394, preguntas 6, 7, 8 y 12.)

Poder Judicial de la Nación

En similar sentido se expidió el síndico abogado de "Autogas", Dr. Carlos Urien (B.L.S.G., fs. 2.407/2.408, en particular preguntas 22 y 29).

Además, ello fue así explicado por la contadora, Marta Graciela Di Meo, quien actuó como perito de oficio en el B.L.S.G., al exponer que el Balance de 1996 no tiene dictamen de auditor, el que debió formularse con emisión de un juicio técnico profesional, de acuerdo con las normas de la Resolución Técnica N° 7 de la FACPCE (B.L.S.G., dictamen, fs. 3.602, punto 19.1).

En esa situación la actora, no obstante que el balance del año 1996 ya se había presentado al juicio, y que también había sido examinado a los efectos de la realización del dictamen pericial en estos autos (fs. 12.386/12.545) y en el B.L.S.G. (fs. 3.598/3.603), decidió presentar un nuevo balance -una copia sin firmar- aunque en realidad, parecería tratarse del mismo balance con alguna modificación, "retranscripto" y ahora sí "auditado" (ver lo informado por las perito contadoras en estos autos a fs. 13.116 y 13.170). Esta nueva versión del balance aparece auditado, con breves y algo imprecisas consideraciones, por la contadora Liliana Noemí Costa el 02-08-04, siendo de la misma fecha la certificación del Consejo Profesional de Ciencias Económicas; (Expte. N° 85439/02)

y fue agregado en el B.L.S.G. el 27-10-04 (B.L.S.G., 4.469/4.491) -mucho después de promovida la demanda-; sin poder apreciarse que haya sido presentado en la IGJ.

No procede reconocer eficacia probatoria al "nuevo balance" confeccionado, transcripto, auditado y presentado en el juicio no solo en forma extemporánea sino, además, cuando el anterior correspondiente al mismo ejercicio ya había sido analizado para elaborar sendos dictámenes periciales contables e impugnado por la demandada, quien nunca consintió tal irregularidad. Ello así, con mayor sustento, si se advierte el tiempo transcurrido desde que el ejercicio se había cerrado -ocho años- y la deficiencia informada por la perito contadora M.G. Di Meo sobre los registros contables y la documentación respaldatoria (B.L.S.G., fs. 3.598, puntos a/c y 1/7).

iii.ii) Al margen de tan particular situación, lo relevante es que el Balance del año 1996 -cualquiera sea la versión que se examine- exhibe ciertas peculiaridades en su **iter** de elaboración y algunas inconsistencias de orden sustancial que, reitero, impiden conferirle suficiente credibilidad y, consecuentemente, obstan a reconocerle eficacia probatoria suficiente. En ese sentido, se hará referencia a diversas circunstancias que se han apreciado

Poder Judicial de la Nación

significativas.

En primer término, llama la atención la abultadísima pérdida del ejercicio 1995/1996 que refleja el balance de este último año (más de cuarenta y cinco millones), sin que tal situación se hubiera exteriorizado en los actos societarios -reunión de directorio, asambleas- celebrados durante 1995; cupiendo remitir a las constancias de las actas citadas por la accionada: reuniones de directorio, acta n° 598 del 20-03-96 y n° 618 del 19-12-96 y, en particular, n° 604 del 25-04-96 en que se aprueba la memoria de 1995 y acta de asamblea n° 46 del 06-05-96 en que se aprueba los estados contables de 1995 (B.L.S.G., fs. 4.317vta., 4.331 y vta., 4.321/4.323 y 4.212/4.213vta., respectivamente). Adiciónase, que las primeras menciones sobre la situación económica atribuida a la actuación de "YPF" e "YPF GAS" aparecen efectuadas recién en el acta de directorio que aprueba la memoria del ejercicio de 1996 y de la asamblea respectiva (este expediente, fs. 166/167 y 168).

En segundo lugar, debe observarse que en la citada asamblea del 04-12-08 que aprobó los estados contables del ejercicio de 1996, no se advierte ni desarrolladas ni examinadas las causas de la crisis económico-financiera que esa situación patrimonial refleja, no obstante haberse tomado (Expte. N° 85439/02)

allí conocimiento de un cambio tan notable y significativo en los resultados del ejercicio; simplemente se asentó que "...la Asamblea teniendo en cuenta el resultado de pérdida encarga al directorio el seguimiento puntual de la situación manteniendo informados a los accionistas" (fs. 168).

En tercera instancia, debe advertirse que la perito contadora que actuó en el B.L.S.G. dictaminó, con fecha 30-06-03, que el patrimonio neto de "Autogas" al 31-12-96 no debió ser negativo sino positivo en \$ 13.262.499 (fs. 3.603, punto 19.5). Algunas de las causas que explican la pérdida del capital social y el patrimonio neto negativo que se exponen en el ejercicio del año 1996 se analizan seguidamente.

Deudores incobrables: \$ 10.000.000. Al examinar el "estado de resultados" y la sumatoria de todas las "cuentas de pérdidas cerradas", la perito contadora concluyó que respecto de los "gastos de comercialización" se advierte, sólo con la lectura del balance, que el incremento de éstos se origina por la cuenta "Deudores Incobrables". Y luego de distinguir deudores por ventas (\$ 2.312.005) y otros créditos (\$ 5.539.896), llegó a la conclusión de que "...no puede ponerse una pérdida por "Deudores Incobrables" de \$ 10.000.000 cuando, de existir en el futuro una contingencia

Poder Judicial de la Nación

de incobrabilidad, sería, eventualmente, por el monto de "Deudores por Venta" ya que, el monto de "Otros Créditos", en su mayor parte, está compuesto por "Anticipo Honorarios Directores". Además, sostuvo, "...no existe un asiento en el libro Diario n° 33 una registración que (lo) avale..." (B.L.S.G., fs. 3.001/ 3001vta., punto 18.1).

Gastos de Organización (Comercialización): \$ 11.895.766. Responde a un ajuste de resultados de ejercicios anteriores. Dictaminó la perito que "...no se deberían haber dado de baja dichos gastos al 31/12/96 pues a esa fecha todavía era una empresa en marcha pudiendo existir probabilidades futuras de generar ganancias que justificarían la permanencia de estos gastos de organización como activos...Al darse de baja 1996 se provoca una disminución del Patrimonio Neto innecesaria, se debería haber procedido a su exclusión del activo en el asiento por la transferencia del fondo de comercio" (fs. 3.001vta., punto 18.1).

Previsión por juicios y estimaciones: \$ 10.000.000. Después de examinar el concepto, y aun opinando que la previsión no resultaría del todo incorrecta, advierte la perito que "...existe un hecho posterior que no se ha tenido en cuenta en el balance al 31/12/1997 ni en el asiento donde se registra la transferencia del fondo de comercio. En la

escritura 431 del 19/09/1997 (fs. 689 a 697) surge que se aplican \$ 18.175.480 para el pago de la DGI. Si la previsión se efectuó en base a un cálculo por deuda de \$ 29.677.220, se debió haber anulado (reversado), es decir, recuperar como Ajuste de Ejercicios Anteriores una ganancia de \$ 10.000.000 a efectos de neutralizar la pérdida mostrada en el ejercicio anterior..." (fs. 3.602vta. , punto 2.a).

En cuarto orden, debe tenerse en consideración el informe presentado por las peritos contadoras en el juicio principal, en fecha 28-06-04, que de algún modo ratifica las desprolijidades e inconsistencias que resultan de las registraciones concernientes al ejercicio del año 1996.

En relación a los "Gastos Comerciales", que al 31-12-92 ascendieron a \$ 13.016.916 cuando en 1995 eran de \$ 2.368.789, explican que el incremento más significativo fue el registro de "Incobrables" por \$ 10.000.000, producto de un error de exposición. Que este importe respondería a "Gastos por Juicios e Intimaciones", que se trataría de un asiento de "diferencia de impuestos" por \$ 29.677.220 -de lo que solo compulsaron una carta emitida por la DGI, aunque luego hubo una intimación por \$ 18.000.000, importe que SHELL retuvo al momento de la compra y se habría pagado con anterioridad a confeccionar el balance; en definitiva, absorbidos en la

Poder Judicial de la Nación

negociación global de la venta del fondo de comercio (el informe pericial contable de fs. 12.405/12.409, punto 6, de este juicio, ilustra sobre ello).

En lo relativo a "Resultados Financieros" informaron las expertas que correspondía al Ejercicio de 1995 la suma de \$ 5.182.694, mientras que para el ejercicio de 1996 el importe fue de \$ 13.844.038, que ello -obviamente- contribuyó a incrementar el pasivo corriente, pero lo más significativo es lo informado sobre la ausencia de notas que expliquen las variaciones y su composición, y aún más elocuente, que las perito no han tenido acceso a la documentación respaldatoria e informan lo que surge de los registros contables (la cita mencionada en el apartado que precede, contiene esta información).

En cuanto concierne a las "causas del ajuste de ejercicios anteriores" -incluido en la evolución del patrimonio neto al 31-12-96-, las expertas contables, luego de exponer los posibles motivos, explicaron que, en este caso particular, la empresa decidió amortizar durante el Ejercicio 96 aceleradamente "Gastos Diferidos", reflejando ello un cambio de criterio en el método contable en el presente ejercicio con respecto de los anteriores; no existiendo en las notas a los estados contables los motivos que expliquen

esa decisión (los detalles de la información se observan en fs. 12.410/12.411, punto 7).

iv) En síntesis, la corroboración de las observaciones formuladas, las irregularidades de índole formal advertidas y las inconsistencias sustanciales detectadas por las expertas contables que actuaron en el juicio principal y en el B.L.S.G., conforman elementos suficientes para denegar valor probatorio -más allá de la veracidad y exactitud de que puedan gozar algunos de sus registros- al Balance de "Autogas" del año 1996; así como, por vía de consecuencia, a las conclusiones periciales y decisiones judiciales que se hubieren apoyado principal o exclusivamente en sus registraciones.

v) Constituyen elementos que apoyan esta decisión, la de no conferir relevancia probatoria al balance de "Autogas" de 1996 y a los dictámenes y resoluciones sustentadas en sus registros, el contenido de ciertos actos emitidos unilateralmente por "Autogas" para exhibir su situación patrimonial frente a terceros en orden a futuras operaciones, cuya autoría o intervención en ellos no fueron desconocidos. Alude ello a : i) "Memorandum Informativo" preparado por "Banco Río" a requerimiento de "Autogas", con documentación aportada por dicha sociedad, que refleja una

Poder Judicial de la Nación

situación patrimonial próspera y expectativas económicas al año 1996, y con proyección favorable hacia el futuro, que no condicen con el resultado del Balance que ulteriormente se confeccionara; señalándose que su valor probatorio, simplemente confirmatorio de otros elementos, no se apoya tanto en las registraciones compulsadas por su ejecutor cuanto en la pertenencia a la empresa que encomendó la labor y aportó el insumo informativo a ese efecto ("Autogas"), lo que hace operativa, al efecto del tema examinado, la doctrina de los propios actos y ii) con ese mismo alcance, cabe referir la presentación al entonces "Banco de Liniers" de la documentación contable de "Autogas" que incluye un **cash flow** del año 1996 con datos reales hasta el mes de julio y proyectados al mes de diciembre de ese año, del que fluyen utilidades que controvierten el resultado negativo del balance que se examinara (B.L.S.G., contestación de oficio de "Banco Meridian" -ex Banco Liniers- (fs. 14.000 y documentación reservada según constancia de fs. 14.002, en una carpeta sin identificación ni foliatura, en cuya carátula este vocal asentó su origen).

d) Determinación del daño que se invoca producido en el patrimonio de "Autogas" e imputado a "YPF" por "abuso de posición dominante.

d.1) El extremo a discernir conlleva la necesidad de formular diversas consideraciones.

Una, el ya juzgado comportamiento de "abuso de posición dominante" de "YPF", originariamente exteriorizado en un incremento unilateral, intempestivo, discriminatorio y excesivo del precio, del principal producto comercializado entre las partes en el mercado local, no se observa ingenuo - en tanto direccionado a la distorsión del mercado, con efectos benéficos para algunos y correlativamente deletéreos para otros- ni anodino -a mérito de su clara potencialidad para ocasionar previsibles perjuicios tanto a los diversos operadores económicos -en especial, en cuanto aquí interesa, en relación a las obligaciones contractuales asumidas frente a la fraccionadora "Autogas"- cuanto a los usuarios, que conforma la categoría más indefensa. Ello conduce a precisar, para este caso concreto, cuál haya podido ser el costo - derivado del aumento del precio y de otros gastos consecuentes- que debió soportar "Autogas" frente a la mayor o menor factibilidad de que los usuarios hubieran podido absorber total o parcialmente ese incremento o hayan optado por no hacerlo y cuál haya podido ser el efecto de tal obrar en el desarrollo de la empresa fraccionadora y las expectativas de mejorar su desempeño. En otros términos, el

Poder Judicial de la Nación

thema decidendum lo conforma la determinación de si los hechos imputados a "YPF" -ya examinados, bien que a los fines específicos expresados en las citadas actuaciones administrativas y judiciales- han extendido sus consecuencias a la esfera contractual y en ese caso los perjuicios que pudieron haber ocasionado; esto es, como pudo haber impactado el incremento de los precios de modo inmediato en los costos y ganancias de "Autogas" y de modo mediato o diferido en el crecimiento empresario y sus esperados rendimientos.

Otra, aunque pueda implicar reiteración parcial de conceptos ya volcados, que el sujeto pasivo de la acción es sólo "YPF", pues es el único sujeto que fuera investigado y sancionado en el ámbito de Defensa de la Competencia, y también el único que mantuvo una relación contractual con "Autogas". De su lado "YPF GAS" no fue alcanzada por el fallo de la Cámara Penal Económico -confirmada por la CSJN-, tampoco fue parte del contrato que unió a la actora con la restante codemandada, una eventual desestimación de su personalidad no se ha perseguido aquí y, finalmente, conforme se verá, los elementos con que se cuenta no son suficientes para reconocer la pretensión denominada "acción de pinzas", la cual, por otra parte, se halla prescripta según lo ya juzgado en este pronunciamiento.

Otra más, que varios de los fundamentos habidos para concebir el fallo de primera instancia no pueden compartirse. Así, una razón de orden lógico impone dudar sobre la particularidad de que los hechos que originaron la denuncia y sanción de "YPF" pudieron no producir daños en sus primeros tres años (1993/1995) y ocasionarlos todos -según parecería, de modo acumulativo- en el cuarto (1996). Obvio que en esto no paso por alto que "Autogas" pretendió que también se produjeron daños al iniciarse el obrar antijurídico y que "YPF" sostuvo que no se ocasionaron perjuicios en ninguno de esos años; pero lo cierto, en cuanto aquí interesa, es que al fundamento del fallo no se lo observa coherente; en especial cuando, fundamentalmente, en este aspecto la sentencia se basó en opiniones de expertos formadas a partir de estados contables -balance del año 1996- al que no puede concederse credibilidad.

La siguiente, también refiere a los fundamentos de la citada sentencia. Por un lado, lo considerado sobre las actuaciones cumplidas en sede de Defensa de la Competencia y, por otro, cómo han incidido en sus conclusiones los dictámenes periciales.

En cuanto a lo primero, cabe advertir que la lectura de las Resoluciones 189/99 y 215/00 no permite

Poder Judicial de la Nación

derechamente deducir, como se hizo en el fallo, que el incremento registrado en los precios de GLP a granel fue trasladado durante todo el período objeto de investigación y en forma íntegra a los consumidores finales. Es que, como ya fuera expresado, además del daño al interés general y, en su mérito, a los consumidores, la posibilidad de que se haya ocasionado perjuicio a las fraccionadoras es una materia no juzgada, y constituye, justamente, el objeto de este juicio; iii) por consiguiente, se advierte que en el pronunciamiento apelado se examinó la cuestión a partir de un preconcepto no necesariamente exacto.

Respecto a lo segundo, cabe señalar que ese preconcepto fue sostenido con el contenido de alguno de los dictámenes periciales -en economía y contable- con exclusión de otro -de ingeniero-. Sin embargo, esos trabajos periciales fueron cumplidos por profesionales en diversas disciplinas, con incumbencias propias, empleando distintas metodologías y recurriendo a datos básicos provenientes de diferentes fuentes, de lo que se derivaron dispares conclusiones; todo lo cual lleva a estimar que no resultan por sí suficientes para despejar con la imprescindible convicción la incertidumbre exhibida por la cuestión que conformó el objeto procesal de este tema en particular. En ese sentido puede

apreciarse, algo ya señalado, en cuanto al criterio de que los mismos hechos -o si se quiere, el mismo obrar antijurídico-, que comenzaron a producirse en el año 1993, ningún perjuicio habrían producido en ese año ni en los subsiguientes pero sí, y en gran medida, recién en el año 1996, conclusión a la que se arriba sin que medie alguna explicación sobre las causas precisas de tan peculiar circunstancia; vgr. disímiles situaciones de mercado en esas épocas. Además, en alguna medida, esa conclusión devino guiada, según puede extraerse de la lectura del fallo, de registros contables que se han apreciado defectuosos y sin eficacia probatoria para este juicio; ello así con alusión al Balance del año 1996.

A lo cual debe agregarse que para brindar información sobre el traslado de los incrementos de precios se ha recurrido a fuentes distintas no siempre coincidentes.

En efecto, sin desmerecer la labor de los profesionales que actuaron en autos y sin que esto implique que deba desecharse absolutamente la información aportada - esto con alusión a datos objetivos que deriven de base informativa confiable-, lo cierto es que en relación al tema que en particular se está examinando se observa: i) que los cálculos efectuados y las fuentes consideradas por las perito

Poder Judicial de la Nación

en economía (fs. 15.661/15.664) y contadoras (fs. 12.507/12.509 y 12.445/12.446) no siempre concuerdan, por haberse nutrido de fuentes diversas; debiendo advertirse que incluso se recurrió a datos del INDEC, en función del comportamiento general del mercado y no en particular de la aquí accionante (fs. 15.663); ii) los datos que se proporcionan respecto a los volúmenes de venta de "Autogas" al mercado difieren, por haberse considerado para algún período el "Memorandum Informativo" que no resulta registro contable específico; iii) se advierte que conforme lo informado en ambos dictámenes el precio de venta de "YPF" a "Autogas" no coincide con el calculado por la CNDC, que lo estableció por encima del 20% (fs. 316 y nota 42); iv) en cuanto al perito ingeniero, brindó su información con base en el precio internacional (**Mont Belvieu**), lo cual parece una metodología razonable, pero lo hizo sin considerar otros componentes del precio -fletes, seguros, internación- explicando que lo fue por no contar con estos datos (fs. 12.195vta. y 13.202vta.); v) los tres peritos han brindado información, que en la sentencia se consideró fundamental para sustentar gran parte de la condena, con base en registros de un balance (1996) que aquí se ha considerado ineficaz a los fines probatorios.

En definitiva, la existencia de metodologías diferentes y del empleo de datos no homogéneos para dilucidar la cuestión examinada impide formar convicción sobre que ese traslado de incremento en los precios se concretara total o parcialmente y, adicionalmente, que ello conforme la única causa generadora de los perjuicios invocados.

d.2) Lo precedentemente considerado impone examinar **in integrum** las circunstancias y elementos que derivaron en la situación de perjuicio que invocó "Autogas"; ello así, en la inteligencia de que ese examen debe ir más allá del relevante pero limitado análisis de los hechos y de la prueba relativos al traslado de los incrementos de los precios y porque tampoco se cuenta con conclusiones periciales unívocas y definitorias sobre la cuestión. Debe entonces enderezarse el estudio a la determinación de la manera en que el obrar antijurídico de "YPF" afectó el contrato o, más precisamente, el cumplimiento de las obligaciones contractuales y, consecuentemente, lo daños que pudo haber ocasionado al patrimonio de "Autogas".

En ese cometido debe tenerse claro que el tema **sub examine** no debe restringirse, insisto, a la estricta observación de si el ilegítimo incremento en el precio del GLP, fue o no trasladado al consumidor, o si lo

Poder Judicial de la Nación

fue sólo parcialmente, porque los alcances de la conducta reprochada a "YPF" se observan más extensos.

Entonces, con base en lo dictaminado y resuelto en la esfera de defensa de la competencia (Dictamen n° 314/99 y Resolución 189/99) y de lo decidido en el ámbito judicial (Sentencia de la Cámara en lo Penal Económico y de la C.S.J.N.), se evalúan seguidamente los principales hechos que se consideran idóneos para formar convicción en lo relativo a que el obrar antijurídico de "YPF" no resultó indiferente para el vínculo contractual y su desarrollo; antes bien, lo afectó considerablemente.

La demandada "YPF" detentaba posición dominante en el mercado relevante de GLP, lo que le permitía ser formadora de precios, y abusando de su privilegiada condición los fijó, para el mercado interno, en valores notablemente superiores a los de la plaza internacional, y lo hizo de modo sistemático y creciente, durante todo el período investigado -1993/997- (fs. 254, 359, 395, 488).

Para tener una idea de la dimensión de semejante actitud y de las consecuencias que de ello pudieron derivarse, en lo cual se involucra la posibilidad de trasladar sin más el mayor costo del insumo, debe mencionarse que, en concreto, en relación a la discriminación de precios

entre ventas en el mercado interno y externo, se expuso que "Los precios de venta de YPF del GLP a granel siguieron en la Argentina una tendencia creciente durante el período 1993-1997. Dentro de dicha tendencia se nota sin embargo una dispersión considerable entre los precios que rigieron en las ventas efectuadas al mercado interno y los precios correspondientes a las exportaciones. En efecto, mientras que las variaciones de estos últimos reflejaron la evolución de los precios de los mercados internacionales del GLP (por ejemplo el de Mont Belvieu), tal fenómeno no se registró en las variaciones de los precios del mercado interno." (fs. 403). Y en el CUADRO N° 13 se precisaron esas diferencias que oscilaron entre un mínimo de 15,3 en 1996 y 44,2% en 1994 (fs. 403). A esto debo agregar que el nivel de esa discriminación guarda asaz similitud con el comportamiento del aumento de los precios que "YPF" aplicó a las compras de "Autogas".

Actuó "YPF" de tal modo, con la precisa intención de restringir el crecimiento de la oferta doméstica de dicho producto y evitar que disminuya su precio en el mercado local, en procura de mayores beneficios (fs. 254, 393, 401, 490). Es elocuente la aclaración que se formula en la nota 154 del Dictamen, donde se señala que "...es posible

Poder Judicial de la Nación

describir esta conducta diciendo que YPF incrementó sus precios en el mercado doméstico y con ello restringió la oferta destinada a dicho mercado, ya que a mayores precios es menor la cantidad que está(n) dispuestos a comprarle los fraccionadores locales" (fs. 401).

Para asegurar su cometido "YPF" incrementó paulatinamente la proporción de su producción destinada a la exportación, limitando la parte de la misma que comercializa en el País, influyendo así en el mercado local (fs. 254, 395, 397). A ese respecto se ha expresado que "...la forma o mecanismo que utiliza YPF para "formar" los precios del mercado interno, consiste en destinar cantidades significativas de sus ventas (prácticamente 40% en el período 93-97) al mercado externo, lo que la erige como la principal y casi excluyente empresa exportadora del país..." (fs. 399). Y, al propio tiempo, insertó en los contratos que celebraba cláusulas de prohibición de reimportación (fs. 248, 249, 250, 253, 401, 481, 490); y ello así, en la inteligencia de que el local no se trataba de un mercado desafiante, pues las demás productoras, por su ínfima participación, no conformaban competencia sustancial (fs. 251/253, 374, 488).

Tal actuación produjo diversas consecuencias:

Primero, el incremento de los precios, que

debe atribuirse a la provocada disminución de la oferta, y que la CNDC ha estimado en un valor "...superior al 20% en el precio del GLP a granel entre 1993 y 1997" -según información suministrada por "YPF" (fs. 316): i) con alcances sobre las fraccionadoras por su condición de primer eslabón de la cadena de comercialización y con el aditamento de una influencia inmediata en sus costos comerciales y financieros y mediata en la medida de la mayor o menor posibilidad de recuperar el mayor costo ocasionado, lo cual conforma materia de este juicio y ii) con efectos distributivos regresivos sobre los consumidores en razón de tratarse de una demanda derivada, temática de la que se ocuparon las actuaciones administrativas y judiciales, ya citadas.

Segundo, la disminución de la demanda por el consumidor en razón del relevante incremento de los precios de GLP -reducción del consumo- que necesariamente debió repercutir en la actividad de las fraccionadoras, justamente por tratarse de una demanda derivada.

En este punto, no paso por alto que la licenciada en economía informó que la inelasticidad de la demanda de GLP implica que los integrantes de la cadena de comercialización "pudieron" aumentar sus precios dado que tenían una clientela cautiva y que ello "permite" que los

Poder Judicial de la Nación

fraccionadores efectúen ese traslado, situación que también se presenta aun cuando la sustitución del producto puede darse sólo en un bajo grado. En el caso considerado, a pesar del significativo incremento registrado en el precio de GLP, no se ha observado ningún indicio de reemplazo. Y no se pasa por alto que el sustituto perfecto habría sido el gas natural que se provee por redes, mas su posible sustitución, calificada de casi perfecta, obedece a su importante menor costo, lo que implica que allí donde existen redes se genera un mercado propio desplazando al del GLP (CNDC, fs. 300/317).

Sin embargo, no podría soslayarse que esa posibilidad de derivar el mayor costo tiene un límite lógico, que lo da el hecho de que el consumidor se halle en condiciones y disposición de afrontarlo; esto es, no puede obviarse la existencia cuando menos de un techo máximo como lo advirtió, certeramente a criterio del suscripto, el perito ingeniero en petróleo.

La razonabilidad de ese criterio halla sustento en lo dictaminado por la CNDC respecto a que "...si el mercado de GLP a granel se hubiera comportado en forma competitiva durante el período comprendido entre 1993 y 1997, el precio del mismo hubiera sido menor...con lo cual los costos y precios de venta al público de los fraccionadores hubieran

sido menores y, consecuentemente, la cantidad demandada por los consumidores finales hubiera sido mayor..." (fs. 432, **in fine**, correspondiendo lo subrayado a este vocal).

La CNDC ha brindado información relativa al crecimiento de la producción y consumo en el País de GLP señalando que entre 1991 y 1997 habría sido del 34%; entre 1993 y 1997 del orden del 20%; que la demanda aumentó un 7% y que las ventas al mercado de combustible, compuesto mayoritariamente por fraccionadores, se incrementaron un 6,4% (fs. 393 y nota 147 y 395).

Y se llegó a la conclusión de que en el período considerado "...se consumieron menos toneladas de las que se hubieran consumido si el mercado fuese competitivo...Esta Comisión ha estimado que entre los años 1993/1997 y como consecuencia de la acción llevada a cabo por YPF S.A. se han dejado de consumir en el país aproximadamente un millón doscientas mil (1.200.000) toneladas de GLP...Así, ha existido un conjunto de consumidores de GLP que se ha visto obligado a reducir su consumo o dejar de consumir dicho combustible..." (fs. 433), y en nota 167 se aclaró que "Dicha estimación fue realizada sobre la base de los cambios en las cantidades de GLP a granel producidas, consumidas y exportadas durante el período analizado" (también en fs.

Poder Judicial de la Nación

433).

La estimación de la pérdida de consumo de 1.200.000 tns. que formulara la CNDC, fue receptada tanto en la Resolución 189/99 de la Secretaría de Industria, Comercio Minería (fs. 240) cuanto en la sentencia -voto de la mayoría- de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (fs. 480).

De todo lo considerado se siguen varias conclusiones: que el ilegítimo incremento de los precios de GLP en el mercado interno fue dañoso para el patrimonio de "Autogas" en tanto ésta debió asumir, al menos en cierta medida, los costos generados con ese proceder; que, además, "Autogas" se vio perjudicada no solo en cuanto a sus posibilidades de crecimiento económico sino también por virtud de haberse frustrado la posibilidad de concretar mayores o nuevos negocios; asimismo, que los elementos probatorios producidos, por su falta de uniformidad, impiden establecer con exactitud la dimensión del perjuicio; que no obstante ello, pueden rescatarse diversos datos para establecer las pautas que deberán tomarse como base para la determinación cuantitativa del daño; que a esos efectos se encomendará al Juez interviniente la designación de un perito contador -ajeno a quienes han intervenido hasta ahora en el juicio- para que actúe en la etapa de ejecución de sentencia,

(Expte. N° 85439/02) 123

con base en las pautas que se precisan en este fallo, se determine definitivamente el importe de la condena.

e) Pautas para cuantificar la indemnización.

Probado como se halla que "Autogas" sufrió perjuicios en su patrimonio, tanto por consecuencia de la aplicación de la ilegítima elevación del precio del GLP durante el período 1993/1996 y el inherente incremento de costos, cuanto por el cercenamiento de la posibilidad de crecimiento empresario como de generación de otros o mayores negocios, procede establecer el mecanismo para fijar la indemnización.

e.1) En cuanto al primer aspecto, la determinación cuantitativa del perjuicio se exhibe extremadamente compleja. Los elementos evaluados, aun cuando, reitero, permiten determinar la existencia de un daño, no son suficientemente precisos para establecer con meridiana exactitud su real significancia.

En situaciones similares se ha recurrido, como lo ha hecho la Magistrada de la anterior distancia -más allá de que puedan no compartirse algunas de las pautas empleadas- al mecanismo que prevé el CPr., 165, **in fine**. Conforme a ello, si el daño se halla efectivamente probado o su ocurrencia es evidente, pero no sucede lo mismo con su

Poder Judicial de la Nación

importe, por ausencia de elementos para fijarlo, o por las dificultades o complejidad existentes, procede su determinación judicial o el establecimiento de las pautas aplicables a ese efecto.

En criterio que fuera asiduamente sostenido, el distinguido integrante de esta Cámara, Dr. Felipe Cuartero, frente a situaciones similares, ha tenido oportunidad de expresar que lo que el derecho dispone -y, antes, lo que la razón impone- es que la persona probadamente dañada, pero afectada por daño de monto no comprobable suficientemente, reciba una indemnización, de modo de que exista alguna reparación a su daño, aunque ello no se corresponda exactamente con la cuantía. A lo cual agregaba que en tal situación, el órgano jurisdiccional a quien compete la realización de tan dificultosa y delicada tarea, sólo debe cuidar, y evitar, incurrir en el extremo del exceso -de modo de apartar la posibilidad de que la indemnización constituya un rédito o ganancia para el sujeto perjudicado, y en el otro extremo no establecer una indemnización irrisoria, que desnaturalice el sentido y alcance de la reparación debida al dañado.

Entonces, con arreglo a esos parámetros, ejercitando prudencialmente facultades emergentes del citado

art. 165, estableceré las pautas en función de las cuales, un perito contador, que el Magistrado actualmente a cargo del juzgado deberá designar una vez firme la sentencia, formulará los cálculos que permitan conocer el importe de la indemnización por este rubro.

A ese efecto se establece, primeramente, que el mayor costo que debió haber soportado "Autogas", a consecuencia del ilegítimo incremento de precios en el período 1993/1996, se estima en un veinte por ciento (20%) de la diferencia de precios de venta de "YPF" al mercado foráneo y al local, conforme a las circunstancias que más adelante se expresan. Esto así, excluyendo la consideración de lo ocurrido en 1997 pues, aun cuando gran parte de ese año fue también objeto de investigación, lo cierto es que la interrupción del suministro con afectación del vínculo contractual operó al iniciarse el mismo.

A fin de establecer esa base proporcional he tenido en consideración, por un lado, que del examen del dictamen de la CNDC (fs. 262/460), en lo que atañe a la posibilidad de sustitución en la demanda de GLP, emerge como notoriamente dificultosa y costosa, lo cual revela que quienes han debido soportar mayoritariamente el nuevo costo habían sido los consumidores finales. Sin embargo, también

Poder Judicial de la Nación

puede de allí extraerse que la factibilidad de derivar el incremento de los precios no resultaba absoluta, porque las posibilidades y la disposición de los consumidores finales de absorber notables incrementos se hallaba obviamente limitada. Y por otra parte, la elevación ilegítima y desmedida del precio debió dañar el patrimonio de la fraccionadora pues no sólo tuvo que afrontar en alguna medida la reducción de la demanda por la suba de los costos sino que, además, hubo de verse afectada por el aumento de los gastos operativos y costos financieros consecuentes, a mérito de su condición de primer eslabón en la cadena de comercialización. Ello así, con mayor sustento si se pondera que "Autogas" operaba en cuenta corriente simple o de gestión y los intereses que se cobraban eran, como se verá, excesivos.

Para la determinación cuantitativa de la indemnización se considerará: i) el precio que por ventas de GLP cobró "YPF" en el mercado internacional, computado por tonelada y expresado en promedio anual durante el período 1993/1996 (CNDC, fs. 403, columna (3)) y ii) el precio que por el mismo producto ha cobrado "YPF" a "Autogas" en el mercado interno (pericial contable, fs. 12.512). Información esta última, que el perito a designarse procederá a corroborar con las constancias de los registros contables de (Expte. N° 85439/02)

ambas partes que exhiban suficiente respaldo en la documentación agregada al juicio.

La diferencia anual por tonelada que determine se aplicará sobre la cantidad de toneladas de GLP compradas en el mercado local por "Autogas" a "YPF". A ese efecto el nuevo perito extraerá la información brindada por las perito contadoras (fs. 12.487 y 12.507), que resulte avalada por los registros contables de "Autogas" e "YPF", que hallen suficiente respaldo documental en las facturas incorporadas por la actora a estos autos (fs. 781/5.206).

Finalmente, al resultado que se obtenga se aplicará la proporción del veinte por ciento (20%) establecida como equivalente al daño que por mayor costo se infringió al patrimonio de "Autogas".

Se advierte que no podrán considerarse eventuales operaciones de compraventa o suministro entre "Autogas" y terceras productoras.

A todo evento se destaca que para efectuar los cálculos -en particular al aplicar el precio de compra de GLP de "Autogas" a "YPF"- por el perito que actuará, no podrá considerarse la condonación de deuda invocada por "YPF".

En primer término pues, como se verá, no resulta claro que esa condonación se hubiese efectivizado.

Poder Judicial de la Nación

Aún por sobre ello, en segundo lugar, pues la supuesta condonación se trataría de un acto que habría tenido lugar luego de concluido el vínculo contractual, cuando los efectos de su aplicación ya habían acontecido y, en todo caso, sería producto de una negociación de causa diferente.

e.2) En lo concerniente al resarcimiento que se ha dado en denominar "lucro cesante" deben formularse también algunas consideraciones.

Del juego armónico de lo normado por el CCiv., 519 y 1069, surge que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de la que resultó privado el acreedor a raíz del acto ilícito o el incumplimiento de la obligación; implica una ausencia de ganancia o del acrecentamiento patrimonial que el damnificado podía razonablemente haber logrado de no haber ocurrido el obrar antijurídico o el incumplimiento de la contraparte. Su resarcimiento no se apoya en una simple posibilidad de ganancia, ni debe constituir un enriquecimiento sin causa para el acreedor; por el contrario, debe haberse demostrado fehacientemente la pérdida de ingresos referidos a negocios específicos (CNCom., Sala E, "Góndola, Jorge Luis c/ HSBC Bank Argentina S.A.", del 10-03-11); circunstancia que, concretamente, no se verifica en el caso.

Sin embargo, ese extremo no obsta al reconocimiento de su derecho a la reparación del daño por la probabilidad de las ganancias que pudo haber dejado de percibir.

Es que, la conducta de "YPF" debió, según el curso natural y ordinario de las cosas (CCiv., 901), haber provocado la disminución de potenciales negocios y de la probabilidad suficiente de beneficio económico, que implica un daño cierto y actual que debe ser reparado (CCiv., 519 y 520; Llambías, Jorge J. "Código Civil Anotado", T° II-A, ed. Abeledo Perrot, 1979, pag. 157).

Es procedente una indemnización a título de **chance**, en ausencia de prueba de pérdida de ganancias concretas, entendiéndose por tal aquello que debe ser indemnizado cuando se ha roto o interrumpido un proceso que podría conducir a favor de otra persona a la obtención de una ganancia (Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Ed. Ediar, Bs. As., 1982, T 1, pág. 153; **idem**, Orgáz, Alfredo "El daño resarcible" Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, pág.69).

Cuando media probabilidad suficiente de concretar negocios que se frustran, juzgado esto sobre una base objetiva, la pérdida por **chance** se configura y procede

Poder Judicial de la Nación

el resarcimiento.

Se ha expresado, además, que tal pérdida en sí misma -que no se asimila al beneficio dejado de percibir- constituye un daño cierto que debe ser reparado por quien lo provocó y que lo resarcible es la propia **chance**, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta (CNCom., Sala E, "Flehner Films S.A. y otro c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.", del 07-03-12).

Para determinar esa probabilidad de ganancia frustrada se estima que "Autogas" debió perder la posibilidad de concretar negocios que representarían **mutatis mutandi** un diez por ciento (10%) de su operatoria de fraccionado, distribución y venta.

Se ha tenido en consideración para establecer en esa proporción las expectativas expresadas, por una parte, que en el ámbito de defensa de la competencia se ha estimado que la actuación de "YPF" produjo la pérdida de la posibilidad de vender 1.200.000 tns. de GLP en el mercado interno durante todo el período investigado; que la demandante declaró haber participado en ese mercado en una proporción del 10,6% según la CNDC (fs. 357) y lo invocado en la demanda (fs. 10.388); que el costo derivado del incremento (Expte. N° 85439/02)

del precio del GLP habría sido principalmente soportado por el usuario; y que el crecimiento de la empresa debió afectarse tanto en lo relativo a la factible extensión del ámbito territorial de sus negocios cuanto en lo que concierne a la concreción de más operaciones. De otro lado, no ha podido soslayarse que el dato proporcionado por la CNDC fue sólo una simple estimación; que ello abarca el período 1993/1997 -o sea que incluye aproximadamente 10 meses del año 1997, que se trata de un período durante el cual el vínculo contractual entre "YPF" y "Autogas" ya no operaba-; que el crecimiento del mercado de GLP había ido decayendo en los últimos años; que la absorción de superiores costos por los mayoristas, que son quienes nutren al consumidor domiciliario, tiene límites por tratarse de una demanda mayormente inelástica.

Para la determinación cuantitativa de esta indemnización, el perito contador que se designe deberá considerar: i) el resultado de las ventas que dan cuenta los ejercicios contables de los períodos 1993/1995 (Estados de Resultados: Ventas) y, ii) la utilidad neta que se halla expresada en los estados contables de cada período.

Al resultado total que se obtenga se aplicará la proporción del diez por ciento (10%) estimada en concepto

Poder Judicial de la Nación

de **chance**.

e.3) Sobre las cifras obtenidas por ambos conceptos -diferencia de precios y frustración de expectativa de ganancias- se aplicarán los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia, que como se verá se aprecian justificados. En cuanto al **dies a quo**, se readecua a las condiciones de esta condena, de modo que se lo establece en el último día de cada período anual y sobre los valores que correspondan a cada uno de los mismos.

Los resultados del ejercicio económico del año 1996 no serán considerados a los efectos del cálculo que se manda practicar en concepto de **chance**, habida cuenta no haberse podido determinar la existencia de utilidad, pues, más allá de no poder aceptarse como prueba el balance del ejercicio, ha sido la propia demandante quien ha expresado, insistiendo reiteradamente sobre ello, que los resultados de tal ejercicio fueron negativos.

3. Daño atribuido a "incumplimiento contractual".

a) El reclamo se sustentó en el incumplimiento de lo que se habría acordado entre "Autogas" e "YPF" respecto al precio de la tonelada de GLP y de una bonificación del 10%, habiendo expresado la actora que la prueba de haber

pagado uno mayor que el que correspondía resultaría de comparar el que ella abonó y el que "YPF" cobró en el mercado interno (demanda, fs. 10.391/10.394, punto IV-c y fs. 10.407vta./10.408, punto IV-b).

En la sentencia se admitió parcialmente el reclamo -en un 50%- con apoyo en los dictámenes periciales en economía e ingeniería, de los que resultaría que "...hubo una diferencia en el precio si se compara...el mismo por plantas, el volumen de precio según el cliente..." (sic).

b) De lo decidido se agraviaron ambas partes. La demandada cuestionó la admisión del reclamo en tanto basado en el incumplimiento de un contrato declarado inexistente y por omitir considerar pruebas; como, asimismo, por el modo de establecer el importe de la condena (fs. 17.213vta./17.229, punto IV.5). De su lado la actora centró su agravio en el criterio adoptado para fijar el valor del resarcimiento y en la suma reconocida (fs. 17.277vta./17.279, punto V.B). Ambas partes respondieron los respectivos agravios, la accionante a fs. 17.355/17.359, punto VII.5.A y la accionada a fs. 17.417/17.419vta., punto IV.2. De su lado, "YPF GAS" se agravió a fs. 17.152/17.153, punto V.4.

c) Se aprecia la concurrencia de tres óbices principales que obstan al acogimiento de la pretensión de la

Poder Judicial de la Nación

demandante.

i) El primero, lo conforma el hecho de que el reclamo se sustenta principalmente en condiciones que se sostienen convenidas en un ejemplar de contrato que, conforme a lo ya juzgado, no ha sido suscripto por la demandada y al que, por consiguiente, no puede otorgársele efecto alguno.

Cabe aquí recordar que el pronunciamiento de primera instancia, luego de establecer que el "proyecto de contrato" incorporado por la actora al demandar como Anexo I no se encuentra firmado, determinó la inexistencia de una relación contractual plasmada por escrito. Y que de todas maneras se juzgó probada la existencia de un vínculo jurídico entre las partes, a partir de la extensa y variada prueba instrumental acompañada con los respectivos escritos de demanda y contestación. Aspectos que, no está de más advertir, no han sido objetados por las partes en sus respectivas expresiones de agravios.

Como consecuencia de ello, pierde sustento la pretensión resarcitoria basada en ese "contrato", que se sostuvo celebrado el 01-06-94, y, fundamentalmente, apoyada en: i) la obligación de "YPF" de proveer y entregar a "Autogas" y de "Autogas" de comprar en forma exclusiva durante el plazo del contrato la cantidad de 130.000 tns. de

GLP por mes; ii) que el precio de lista fijado por "YPF", vigente al momento de la entrega del producto, sería en todos los casos afectado con una bonificación del 10%; iii) que "YPF" habría incumplido con la obligación de fijar el precio con ese alcance; iv) que a pesar de las condiciones pactadas "Autogas" no recibió un trato mejor -ni siquiera igual- al de las demás fraccionadoras y v) que existiría una condición de exclusividad a favor de "YPF".

Por idénticos motivos pierde también trascendencia a los efectos aquí examinados, cierta consideración de la CNDC relativa a la fijación del precio, lo que fuera destacado por la actora al demandar (fs. 10.392vta/10.393), en tanto manifestación formulada a partir de un "contrato" agregado en dicha sede por la actora (documentación reservada: C 425, Anexo 3) pero que, se insiste, fue declarado carente de efectos jurídicos para este juicio.

En ese contexto el rechazo de la pretensión se impone como única posibilidad, al margen de las demás consideraciones que seguidamente se expresan.

ii) El segundo óbice, resulta de la circunstancia de tratarse este caso de un supuesto de operaciones facturadas respecto de las cuales cabe presumir

Poder Judicial de la Nación

tratarse de "cuentas liquidadas" conforme a lo establecido por el CCom., 474.

Se retoma aquí lo juzgado en la sentencia recurrida sobre que la relación que vinculó a las partes se tuvo por justificada a partir de la prueba instrumental acompañada.

Ello así, adquiere fundamental importancia la modalidad adoptada para liquidar las operaciones y establecer las condiciones a que se sujetaba cada operación y esto remite al contenido de la facturación -o parte de ella- que fuera incorporada a la demanda (fs. 781/5.206).

De esas facturas resulta el precio estipulado y las condiciones de pago, en las que se incluyen en cada supuesto las bonificaciones otorgadas, si correspondían, y el plazo para su cancelación.

No existe disenso en cuanto a que las facturas fueron entregadas al adquirente, respecto a que éste no las objetó en el plazo legalmente establecido y sobre que oportunamente fueron canceladas.

De tal modo, y como fuera juzgado en la sentencia recurrida -bien que al tratar la cuestión relativa a la interrupción del suministro-, debe estarse al principio que emana del CCom., 474, en cuanto genera una presunción

iuris tantum de tratarse de cuentas liquidadas.

Es cierto que, tal como se advierte en el pronunciamiento recurrido, con cita de calificada doctrina, ello admite prueba en contrario, pues en definitiva lo que el silencio ha creado, frente a la obligación legal de pronunciarse, se trata de una suerte de conjetura pasible de ser desvirtuada, mas ello exige una adecuada argumentación que justifique la omisión de impugnar y desacreditar la presunción de legitimidad de las operaciones aceptadas y pagadas, vgr., demostrando el incumplimiento de lo que se hubiera pactado, o que ese incumplimiento obedeció al abuso en las condiciones de liquidación o que un diferente trato como el invocado carecía de justificación.

Cuestiones éstas que son examinadas en el siguiente considerando.

iii) El tercer obstáculo proviene del hecho de no haberse justificado el incumplimiento de condiciones contractuales, siendo que las únicas que invocó la demandante refirieron, reitero, a un "contrato" reputado en estos autos como carente de efectos. Además, tampoco se desarrolló una coherente argumentación de la que resulte el motivo por el cual "YPF" debiera haber mantenido un trato exactamente igual -o parecido- entre "Autogas" y las demás fraccionadoras

Poder Judicial de la Nación

actuales en el mercado interno. Asimismo, se advierte que la prueba cumplida carece de eficacia para apartar la expresada presunción al no resultar probado que la diferencia entre los precios que "YPF" aplicó a "Autogas" y a las competidoras de esta última en el mismo mercado, haya resultado en detrimento de la actora. Finalmente, no se confirió una explicación suficiente del motivo por el cual las facturas no fueron impugnadas en su momento y por qué se cancelaron sin objetarlas al tiempo del pago, habiéndose dejado transcurrir más de cinco años desde la celebración de las últimas operaciones -y prácticamente ocho desde las primeras- hasta efectuar el reclamo judicial.

d) Precisado ello, debe aquí resaltarse la causa de tal reclamo según la actora: diferente trato dispensado a "Autogas" respecto de otras fraccionadoras locales, del que habría derivado un mayor precio liquidado a la primera y en su perjuicio. Esto se remarca para advertir que no es trascendente, en lo que aquí interesa, la discriminación que hubiere existido para adquirentes en el mercado local y los foráneos o entre "Autogas" e "YPF GAS" o los parámetros de formación y el nivel de precios de GLP cobrados por otras productoras a sus propios clientes ni el aislado dato del incremento del precio durante ciertos

(Expte. N° 85439/02) 139

períodos.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el **test** de discriminación debe hacerse de modo homogéneo, atendiendo a la similitud de circunstancias: vrg. volúmenes involucrados en las operaciones, condiciones de pago o financiamiento y, principalmente, ubicación de las plantas de despacho en donde se efectúa la compra. En relación a esto último, cabe hacer hincapié en la influencia que en el precio de GLP tiene la mayor o menor cercanía de la boca de despacho con los centros de consumo por la incidencia del costo del transporte, tal como resulta del dictamen N° 314/99 de la CNDC que forma parte del expediente N° 064-002687/97 (ver fs. 1.617 **in fine**/1.618 y fs. 1.648/1.649 del citado expediente, que en copia obran a fs. 292 **in fine**/293 y 323/324, respectivamente, de este juicio).

Esa trascendencia también emerge de la diferencia en los precios informada por la perito en economía para distintas bocas de expendio (fs. 15.649/15.650, 15.675/15.676 y 16.505, donde contesta las aclaraciones requeridas).

Solo cabe agregar, que es elocuente la disimilitud de precio, entre las plantas donde se percibieron el mayor y el menor valor, conforme lo informara la

Poder Judicial de la Nación

licenciada en economía: 42,8% para 1994, 40,6% para 1995 y 37,10% para 1996 (fs. 15.650, parte final).

e) Sentadas tales premisas, son varios los elementos que indican no haberse justificado el presupuesto de hecho del derecho invocado en sustento del reclamo: el injustificado trato discriminatorio invocado por "Autogas", conclusión que se sustenta en lo que sigue.

i) No cupo considerar estipulaciones adicionales emergentes de un contrato inoperante a los efectos examinados.

ii) No se ha determinado el motivo por el cual el precio de GLP haya debido ser igual para todas las fraccionadoras. Ni se ha evaluado si las diferencias que genéricamente se mencionaron puedan obedecer, por ejemplo, a volúmenes de compras o a la ubicación de las plantas de expendio donde se concretaron las operaciones.

iii) Tampoco se ha establecido en qué medida los precios cobrados por la actora habrían sido, por momentos, superiores a los de los restantes clientes de "YPF" y, en especial, lo injusto de esa situación.

A lo que deben aditarse otras circunstancias:

iv) En relación al reclamo concretado en el escrito de demanda, se advierte que la actora efectuó un

cuadro comparativo de precios (fs. 10.393/10.393vta.) que carece de eficacia para justificar el expresado extremo.

Es que, aun cuando es correcto que la información sobre el precio promedio por tonelada de GLP cobrado por "YPF" en el mercado se ha mencionado en el dictamen 314/99 de la CNDC (fs. 1.760 del expediente N° 064-002687/97, en copia a fs. 435 de estos autos) que refleja para el año 1994: \$ 204,20; para el año 1995: \$ 211,60, para el año 1996: \$ 237,90 y para el año 1997: \$ 240,80, lo cierto es que: iv.i) se trata de una información general del mercado geográfico relevante mas no comprende un análisis por puntos de venta; iv.ii) los precios promedio atribuidos a las compras de "Autogas" a "YPF" no guardan correlato con la información dada en el dictamen pericial contable, que exhibe los siguientes valores: año 1994 \$ 210,76 -y no \$ 222-; año 1995 \$ 224,20 -y no \$ 247- y año 1996 \$ 235,11 -y no \$ 255- (pericial contable, fs. 12.507); iv.iii) se incluye el derecho a una bonificación del 10%, cuya aplicación resulta de las facturas y no de una supuesta estipulación asentada en un ejemplar de contrato no suscripto; iv.iv) se consideran volúmenes de compra que, por el motivo que fuere, tampoco concuerdan con lo informado por las perito contadoras, siendo inferiores en 1.476 tns. para 1994 y 2.231 tns. para 1995 y

Poder Judicial de la Nación

superiores en 254 tns. para 1996 (pericial contable, fs. 12.507, ya citada).

Luego, las diferencias de precio y los valores de los perjuicios que se plasmaron en ese cuadro de "Autogas", no pueden considerarse por carecer de respaldo adecuado.

v) Por otra parte, los cuadros confeccionados por la licenciada en economía en que se examinan los valores de venta por plantas revelan que en los años 1994, 1995 y 1996 habrían existido diferencias pero que no siempre "Autogas" habría pagado los precios más elevados (fs. 15.677/15.679).

En esos cuadros se asentaron los precios sin contemplar las bonificaciones otorgadas que aparecen consignadas e informadas por las peritos contadores (fs. 13.389vta.).

Los volúmenes de compra más importantes que efectuó "Autogas" se concretaron en las plantas en que, por razones de ubicación geográfica, los precios eran más elevados (alegato de "YPF" fs. 10.942/11.059, en particular ver fs. 11.014/11.014vta, del punto 8.3.6).

vi) A su vez, los cálculos efectuados por la demandada considerando la cantidad de tns. compradas por (Expte. N° 85439/02)

"Autogas" a "YPF" durante 1994/1996 (que surge de la pericial contable), los precios de facturación (que emergen del mismo dictamen pericial), el precio promedio cobrado al mercado interno (informado por la CNDC) refleja que los precios que se habrían pagado en más durante 1994 y 1995 no habrían resultado tan significativos y que los abonados en 1996 habrían sido algo inferiores (expresión de agravios, fs. 17.227vta.); debiendo recordarse aquí, que los reclamos por operaciones anteriores al 14-01-96 se hallaban prescriptos al tiempo de demandar.

Se aclara que el resultado del año 1997 no fue considerado porque el escaso volumen de operaciones cumplidas y el poco tiempo durante el cual se mantuvieron negocios entre las partes ese año, lo torna no representativo.

También se destaca que "Autogas" no pudo justificar eficazmente la ausencia de todo reclamo -incluso cuando ya se desvinculaba de "YPF"- siendo que su condición de empresa mercantil altamente calificada y de significativa presencia en el mercado se lo imponía (doctrina CCiv., 902).

vii) Párrafo aparte merece la evaluación de la pericial de ingeniería a la cual no puede conferirse eficacia relevante habida cuenta que gran parte de las conclusiones se habrían formado a partir de datos no confirmados (vgr.

Poder Judicial de la Nación

precios de adquisición de "Autogas", volúmenes de compras, bonificación del 10%); pero, fundamentalmente, porque su principal conclusión, la que lo llevó a dictaminar un valor del daño de \$ 27.752.767,56, es decir de más del doble del pretendido por la actora, se ha concretado sobre premisas inadecuadas, lo que mereciera una contundente impugnación de la demandada. En efecto, la conclusión derivó de una consulta extraña a la específica en debate, en tanto provino de una interrogación relativa a "...las consecuencias que causó a la actora la no entrega del GLP por propanoductos comprometido por "YPF" en el contrato referido en la respuesta N° 24 conforme a las toneladas apuntadas en la misma...", debiendo reiterarse que ese "contrato" y lo que aparece estipulado en dicho ejemplar es inaplicable aquí.

viii) En concreto, la solución conferida en el fallo no puede confirmarse en tanto sustentada en supuestos inidóneos.

Se citan los dictámenes periciales de ingeniería y de economía, en aspectos relativos a discriminación de precios entre mercado interno y externo, cuando tal extremo es ajeno al tema examinado.

Se remite a la pericial en economía, en cuanto refiere al precio del GLP fijado por otras empresas (Expte. N° 85439/02)

refinadoras distintas de "YPF", no obstante que tal dato, sin mayor aditamento, tampoco interesa para resolver el punto.

Se alude a un general incremento de precios entre los años 1993/1997, informado también en el dictamen pericial en economía, cuestión igualmente extraña a lo que aquí debe evaluarse.

Con sustento en esos datos y con base en los cuadros comparativos de fs. 15.677/15.682 -de la pericial en economía- sobre precios promedio y volúmenes de compra de la actora por planta y ventas de "YPF" a sus principales clientes por planta, y lo que resulta de la pericial de ingeniería, en la sentencia se concluyó, sin más, que existen diferencias que tornan procedente el reclamo -parcialmente en un 50%- , sin haberse desarrollado las particularidades de la mencionada disimilitud de trato.

Se juzgó de tal modo, malgrado haberse advertido la complejidad del rubro examinado y de considerarse que no es dable arribar a través de cálculo cierto alguna a la pertinencia del monto total reclamado; y no obstante ello se reconoce una indemnización que se cuantifica discrecionalmente con apoyo en el CPr., 165.

Además, se confiere tal definición a pesar de haberse considerado que las perito contadoras expresaron no

Poder Judicial de la Nación

haber podido brindar información por la dispersión de precios y en razón de las muchísimas bocas de expendio; y que la perito en economía consignó volúmenes distintos de donde surgiría que el precio pagado por la actora en comparación con el resto de los principales clientes por planta resulta a veces coincidente y a veces superior.

En definitiva, no se ha podido determinar que mediare una injustificada diferencia de precios y que esta sea de tal magnitud que confirme la invocada disparidad de trato de "YPF" con "Autogas" y las demás fraccionadoras, que ello tenga aptitud para desvirtuar la presunción de legitimidad de las operaciones que han pasado en autoridad de "cuentas liquidadas", y que se halle justificado, luego de transcurridos más de cinco años entre la fecha de la última de las operaciones y la de inicio de la demanda, acoger la revisión del negocio.

Por todo lo considerado, deberá de revocarse lo decidido en primera instancia sobre el daño denominado "incumplimiento contractual" admitiéndose la expresión de agravios de "YPF", en lo pertinente.

4. Daño atribuido a una "acción de pinzas".

a) La sentencia.

En el fallo recurrido se rechazó íntegramente

este resarcimiento, por el cual la actora había reclamado la suma de \$ 14.553.216 por supuestas diferencias de precios entre el que sostiene haberse obligado a vender y los valores a los que pudo haber vendido, por la invocada "maniobra de pinzas".

La expresada maniobra, que fuera denunciada por "Autogas", habría consistido en que "YPF" subiera los precios de GLP para la compra por las fraccionadoras al propio tiempo que "YPF GAS" bajara los precios del mismo producto en sus ventas a los consumidores, procurando dejarla sin margen y con pérdida de mercado. Esta situación la habría obligado a vender a \$ 50 menos, en promedio, la tonelada, lo que habría afectado a las 290.664,338 tns. de GLP que dicha parte comercializara.

Para decidir en el expresado sentido se ha tenido en consideración resultar dirimente el dictamen de la CNDC N° 336 del 28-09-00 respecto a que: i) la evolución de precios nacionales de GLP envasado entre los años 1994 y 1999 revela que "YPF GAS" habría cobrado los mayores precios de entre las cuatro principales fraccionadoras del mercado; ii) no surge de esas actuaciones que "YPF GAS" hubiera fijado precios artificialmente bajos para deprimir el mercado, ni haber incurrido en acciones destinadas a mantener los precios

Poder Judicial de la Nación

del producto en niveles inferiores a los de la competencia; iii) la CNDC aceptó las explicaciones brindadas en los términos del art. 20 de la ley 22.262 y dispuso el archivo de las actuaciones, resolución que se halla firme; iv) la prueba pericial contable revela que en 1994 y 1996 "YPF GAS" vendió a un precio superior que "Autogas" y que solo lo hizo a un valor inferior, en escasa medida, en 1995.

A su vez, de la pericial en economía emerge que en el año 1994 la participación en el mercado de "YPF GAS" fue del 9,9%, perdiendo así un 40% de su mercado (fs. 15.639).

b) Recurso y agravios de "Autogas".

En su escrito de expresión de agravios (fs. 17.291/17.294, punto V.D.2-a) la actora centró su queja en que para establecer si "YPF GAS" ha cobrado mayores precios en el mercado fraccionador solamente se toma el año 1994. La demandada dio respuesta a esta queja a fs. 17.427/17.430 (punto IV.4.1).

c) Examen de los agravios.

El desarrollo argumental del reproche formulado por la recurrente no conforma técnicamente una expresión de agravios en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de los principales fundamentos habidos (Expte. N° 85439/02)

por la sentenciante para resolver la cuestión, imponiendo ello el rechazo del recurso en lo que a este rubro refiere (CPr., 265).

En efecto, no se controvierte lo sostenido respecto a que la llamada "operación de pinzas" fue sometida a consideración de la CNDC y que esta estimara razonables las explicaciones brindadas por las encartadas en el marco de lo previsto por la ley 22.262, art. 20, archivando las actuaciones. Tampoco se aprecia eficaz la queja contra lo dictaminado por la CNDC en cuanto a que: i) "YPF GAS" cobró los mayores precios -13 y 14%- entre las cuatro principales fraccionadoras del mercado; ii) que hubiese estado dicha sociedad en condiciones de manipular o haya manipulado los precios hacia la baja para deprimir el mercado local.

No es óbice a ello ciertos argumentos que resultan de otros de los capítulos de la expresión de agravios de la actora (fs. 17.265/17.268, punto V.A.2.a.ii "de las pericias"). Es que, por un lado, el dictamen de la CNDC N° 336/00, en el que se basara la resolución N° 215/00 - fotocopia de ambas actuaciones extraídas de la documentación original, que sin foliar obraba reservada en caja de reserva, se agrega de modo precedente- ha quedado firme, al no deducirse ningún recurso (ver expediente N° 064-0030359/98);

Poder Judicial de la Nación

en otros términos, si no se recibió ratificación judicial -o, eventualmente revocación- como predica "Autogas", ha sido porque no se interpusieron recursos. Y aun cuando resultase opinable la necesidad de agotar la vía administrativa en ese marco, lo relevante es que tampoco es eficaz para contradecir lo concluido en la sentencia lo dictaminado por el perito ingeniero en petróleo en cuanto "infiere" que los precios informados a la CNDC como cobrados por "YPF GAS" no son los netos efectivamente percibidos, y ello así por dos motivos: i) el primero, es que esa "inferencia" se deduce de una peculiar lectura del citado profesional del informe presentado por dicha Comisión en cuanto a que "...los precios sufren modificaciones en más o menos según las condiciones del mercado, sub zonas geográficas, volúmenes de venta..." frase que difiere de la directa afirmación del perito de que las ponderaciones de la CNDC fue "...sobre tendencia y no sobre los precios efectivamente cobrados" y ii) el segundo, que el propio experto en ingeniería admitió no haber accedido a otra información que pudiese desvirtuar que los precios ponderados no fuesen los netos. Dicho de otro modo, no existen elementos que permitan sostener que la comparación de la evolución de los precios cobrados se hubiera concretado sobre base no uniforme.

Tampoco se controvierte el fundamento expresado con apoyo en el contenido del dictamen pericial contable, que confirma las conclusiones de la CNDC, relativas a que: i) en el año 1994 "YPF GAS" habría vendido a un precio promedio superior al precio que vendió la actora (\$ 489 vs. \$ 464= + 5,38%); ii) que si bien en el año 1995 se habría dado una situación inversa ya que la actora habría sido quien vendió a un precio promedio superior al de "YPF GAS" (diferencia de + 1,8%), de todos modos en ese año la accionante habría tenido las utilidades más altas de todo el período y iii) que en el año 1996 se revierte la situación ya que "YPF GAS" habría vuelto a vender a precios más elevados (\$ 479 vs. \$ 442= + 8,37%).

El argumento desarrollado en la demanda de que "YPF GAS" se hallaba en condiciones de vender a precios inferiores -aun a pérdida- porque su controlante la sostenía económicamente con aportes irrevocables que llegaron a la suma de U\$s 35.000.000 (fs. 10.395vta.), sin dejar de ser un hecho significativo, pierde trascendencia de frente al hecho de no haber probado la venta a precios inferiores.

En la expresión de agravios "Autogas" cuestionó particularmente que la sentencia hubiera tratado la participación de "YPF GAS" en el mercado en el año 1994 y de

Poder Judicial de la Nación

esa manera descartara su significativa participación, a la cual asignó una proporción del 23%.

Esto merece diversos comentarios:

i) Es exacto que en el fallo se parcializó el examen del tema relativo a la participación de "YPF GAS" en el mercado, en tanto se aludió sólo al año 1994 que fue del 9,9%; frente a lo cual debo advertir interpretar este vocal que en el cuadro de fs. 15.639 se incluyen todas las formas de comercialización.

Además, no se aprecia que ese haya sido el fundamento principal del decisorio sobre este tema, -pues por virtud del principio de congruencia se focalizó el examen en la invocada diferencia de precios- apareciendo, lo de la participación en el mercado, sólo como complementario de las anteriores consideraciones.

ii) De todos modos cabe referir que en parecida parcialización incurre la actora pues: menciona que el período reclamado alcanza a los años 1993/1997, mas soslayando que "YPF GAS" ingresó en el mercado recién a fines de 1993, omite toda referencia a los años 1993 y 1995, no cuestiona la consideración efectuada en lo relativo al año 1994 y principalmente destaca haber observado un incremento en el año 1996 de un 35%, todo lo cual conduciría a extraer

(Expte. N° 85439/02) 153

conclusiones parciales.

iii) Los datos más completos que se observan sobre este tema serían los proporcionados por la licenciada en economía cupiendo remitir, en particular, a lo informado a fs. 15.639 en cuanto a que, en el año 1994 "YPF GAS" habría perdido un 40% de mercado, y en la misma foja respecto a que su participación en 1995 habría sido del 17%, en 1996 del 20% y en 1997 del 22,7%, lo que debe integrarse con la aclaración de fs. 15.693/15.694 en cuanto a que esas proporciones disminuirían -al 13,2% en 1993 y al 14,7% en 1997, fs. 15.694- si se considera solamente el envasado, siendo que la actora reconoció no actuar en todos los ítems: vgr. minigranel y redes, según "Memorandum Informativo", que se halla incorporado en el beneficio de litigar sin gastos a fs. 2.427/2.490.

iv) Otras fraccionadoras -vrg. Argon, Algas- tuvieron relevante participación en el mercado, mayor, similar o menor que "YPF GAS", según los períodos (fs. 15.639, ya citada).

d) Conclusión.

En síntesis, el argumento de la actora no procede porque, los elementos con que se cuenta no son suficientes para una categórica conclusión de que el

Poder Judicial de la Nación

crecimiento de "YPF GAS" haya obedecido a una estrategia que involucrara la disminución de los precios de venta sin riesgo por el sostenimiento financiero de su controlante; y tampoco que la significancia de su participación en el mercado permita aseverar sin hesitación que en el período examinado lo haya controlado u operado fijando los precios, tal como fuera expresado por la Juez **a quo**.

En definitiva, lo perseguido por la actora ha sido el resarcimiento correspondiente a la pérdida de una ganancia, en concreto la que pudo haber obtenido entre 1993 y 1997, por haberse visto obligada a reducir sus precios de venta en \$ 50 la tonelada de GLP en razón de la disminución del precio de venta del mismo producto, en igual mercado y de modo contemporáneo, por parte de "YPF GAS", cuyo extremo no fue suficientemente justificado, imponiendo ello propiciar la confirmación del rechazo determinado en la sentencia recurrida.

5. Daño atribuido a la utilización por "YPF GAS" de envases de "Autogas".

a) La sentencia.

El reclamo enderezado a indemnizar con la suma de \$ 15.900.000 la retención y el llenado por "YPF GAS" de envases ajenos, de propiedad de "Autogas" en lo que aquí

concierno, conforme lo que fuera resuelto en los expedientes administrativos ya citados, fue sustancialmente rechazado, admitiéndoselo sólo por un mínimo importe, que se corresponde con el uso indebido de 96 envases.

Los principales fundamentos del fallo refirieron a que: i) con base en la prueba informativa de la CEGLA y las periciales contable y en economía, "YPF GAS" contaba con una cantidad de envases suficientes para comercializar el producto de GLP y por tanto no tenía necesidad de llenar envases ajenos; ii) los cálculos efectuados por el perito ingeniero en petróleo resultan meramente teóricos y conjeturales, sin sustento probatorio en la causa; iii) las sanciones aplicadas a "YPF GAS" por la utilización durante el año 1996 de 96 envases de "Autogas" en expedientes tramitados en el Ministerio de Obras y Servicios Públicos justificó reconocer por este rubro la suma de \$ 2.650.

b) Recursos de "Autogas" y de la demandada.

Los reproches de la actora se hallan contenidos en su expresión de agravios de fs. 17.294/17.298, punto V.D.2.b) y la respuesta de la demandada a fs. 17.430vta., punto V.4.2. A su vez esta última también recurrió la condena, obrando su queja en el punto IV.6 de su

Poder Judicial de la Nación

expresión de agravios, fs. 17.229/17.231vta. y la contestación de la actora a fs. 17.334vta./17.338vta., punto VI.2.B(ii). De su lado, el agravio de "REPSOL YPF GAS" obra a fs. 17.153, punto V.5.

c) Análisis de los agravios.

En tanto los recursos involucran, en lo sustancial, cuestiones de similar orden, mediando conexidad argumental, su tratamiento se hará conjuntamente.

No se pasa por alto la trascendencia que la actora le otorgó a este concepto, cuyo sustento, siguiendo el tratamiento conferido al demandar, transita por lo siguiente:

i) Conceptuó al accionar de las demandadas como "depresión del patrimonio marcario", al cual asignó el atributo de ser el principal patrimonio de las fraccionadoras.

ii) Explicó la razón de la existencia de un sistema de "canje de envases" en la necesidad de las empresas de recuperar sus envases para el relleno luego de su acondicionamiento por razones de seguridad, surgiendo así los llamados "Centros de Canje".

iii) Adujo que las medidas destinadas al funcionamiento del sistema de canje fueron variando (vgr. financiamiento del sistema de canje con el pago de un

adicional por tonelada, acuerdos previos entre empresas fraccionadoras para llenar envases no propios.

iv) Agregó que el sistema funcionó regularmente hasta el año 1992 cuando el **clearing** preservaba el patrimonio de las empresas. Además, dijo que un sistema de intercambio basado en la frecuencia de rotación de envases, reglamentado por la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado (CEGLA), no llegó a entrar en vigencia.

v) Sostuvo que comenzó entonces un brutal proceso de dispersión marcaría con su pico en el año 1993 en el que sólo se canjearon 580.000 envases cuando actualmente se envasan 90.000.000 de tns. de GLP lo que representa un 0,5% del total.

vi) Arguyó que al incorporarse "YPF GAS" al mercado, al comprar "YPF" a "AGIP ARG.", esa fraccionadora en lugar de invertir en envases comenzó a utilizar envases ajenos y de los 8.000.000 que anualmente se canjeaban se pasó a sólo 1.200.000. Fue así como "YPF GAS" incrementó el fraccionamiento de 90.000 tns. a 220.000 tns. en un período de muy bajo crecimiento del mercado, aprovechando la inexistencia de un poder de policía.

vii) Señaló que, frente a denuncias formuladas, la Secretaría de Comercio obligó a "YPF GAS" a

Poder Judicial de la Nación

devolver 50.000 envases de "Autogas" indebidamente retenidos.

viii) Las empresas fraccionadoras crearon la Asociación de Empresas Argentinas de Gas Licuado (A.E.A.) en el año 1994 para agilizar los sistemas de canje y mantenimiento con una adecuada organización, donde entre las empresas miembro (un 90%) se autorizaba el llenado recíproco pero luego tuvo que denunciar el contrato que finalizó el 31-12-95.

ix) "YPF GAS" siguió reteniendo y llenando envases de marcas ajenas, lo que condujo a que administrativamente se le impusieran multas por un total de \$ 260.000.

x) Recién en marzo de 1997 las empresas fraccionadoras, juntamente con "YPF GAS" firmaron un acuerdo en el cual autorizaban nuevamente el llenado de envases recíprocos y se trabajó para recomponer el Poder de Policía.

"Autogas" atribuyó todos los problemas a la irrupción de "YPF GAS" en el mercado fraccionador y a las maniobras perpetradas por "YPF", quienes acompañaban o no las medidas que se proyectaban o reglamentaban, según su conveniencia, provocando el desmantelamiento del sistema de canje de envases, mellando el poder de policía y aprovechando a crecer con perjuicio de sus competidoras que fueron

desapareciendo del mercado y en su propio beneficio. A lo cual se agrega, sostuvo, que una vez "apropiada" del mercado se abocó a reconstruir el sistema de canje con un estricto poder de policía, ahora en resguardo de sus propios intereses, en el cual el sistema de **clearing** recobró en 1997/2001 el nivel de 1974/1992.

d) Examen de la prueba.

Con similar elocuencia brindó información el perito ingeniero en petróleo en su dictamen de fs. 12.150/12.205, en donde se alude a los informes de siete estudios especializados, cuyo contenido refiere al concepto de "canje" (pregunta 5), a la importancia de las marcas en el patrimonio de las fraccionadoras (pregunta 6), a la utilidad del sistema de **clearing**, a su problema operativo y a las consecuencias de la dispersión marcaría (pregunta 28), al crecimiento del envasado por "YPF GAS" (pregunta 26) y al origen de las multas aplicadas a "YPF GAS", referenciando los respectivos expedientes (pregunta 27).

En cuanto a la utilidad del "Acuerdo de Marcas", al breve período durante el cual rigió (23-06-95 y 31-12-95) y respecto a que "YPF GAS" llenó 92.733 tns. sin autorización (o sea 29.284,10 tns. por año) cabe remitir al citado dictamen de fs. 12.150/12.205, en particular al punto

Poder Judicial de la Nación

27 en fs. 12.199vta./12.200vta.).

El mismo profesional hizo referencia particular a la inexistencia de necesidad de recurrir a los envases de otras fraccionadoras, teniendo en consideración el sobredimensionamiento de envases (pericial, fs. 13.347/13.357, II.b.2, punto f).

Asimismo, el experto en petróleo confeccionó un cuadro didáctico explicativo del sistema de **clearing** y su funcionamiento, en el cual concluye que "...8.101.579,20 envases de Auto-o-gas- (fueron) llenados por YPF GAS sin autorización..." (ver dictamen de fs. 13.200/13.215, en particular fs. 13.211, de la pregunta 20).

Al expresar agravios la actora, además de hacer hincapié en el contenido del dictamen en ingeniería, también remarcó un concepto expresado por la licenciada en economía sobre la inexistencia de un poder de policía por parte de la Secretaría de Energía en el mercado fraccionador explicando "...que se dio en un contexto del sistema de canje de envases anarquizado y carente de control...".

En la sentencia se dio adecuado tratamiento y definición a este reclamo. Luego, los agravios de la actora, apoyados principalmente en el dictamen pericial en ingeniería, que recibió una contundente impugnación de parte

de la demandada (fs. 12.711vta., del punto 2.4, 12.742/12.742vta., del punto 26 y fs. 12.747, del punto 28) y una rotunda desconsideración por la Juez **a quo** -por seguirse para su elaboración una vía incorrecta, resultar contradicho con lo demás que resulta de la prueba pericial y contener cálculos meramente teóricos y conjeturales- resultan quejas que no exhiben sino una mera discrepancia insuficiente para revertir los fundamentos expresados en el fallo.

Se concuerda, en lo sustancial, con la solución brindada en el pronunciamiento recurrido, conforme a lo que sigue:

i) Si lo que se persiguió es el resarcimiento de la pérdida de rentabilidad de "Autogas", por no haber podido comercializar 600.000 envases por año (fs. 1034vta., del punto v.d), lo que competió probar a la demandante es haber sufrido una disminución de sus ingresos por frustración de negocios, cuya utilidad se denunció como del 25%. En otros términos, el hecho idóneo objeto de la prueba era la disminución de venta de 600.000 unidades, que esta reducción era consecuencia del caos por el que atravesó el sistema de canje y que esa anarquía era imputable a las demandadas y que por esa vía dichas sociedades, actuando de consuno, se apropiaron de la porción de mercado perdida por "Autogas".

Poder Judicial de la Nación

ii) El cálculo efectuado por la actora fue el siguiente: 600.000 envases no vendidos por año y como cada envase contiene 53 kg.; ello totaliza 31.800.000 kgs. anuales, conforme a lo cual en cinco años ello representa 159.000.000 kgs.; y si se considera el promedio de venta de \$ 400 la tn. ello permite cuantificar \$ 63.000.000, siendo la utilidad operativa del citado 25%. En consecuencia el daño ascendería, sostuvo, a \$ 15.900.000.

iii) De su lado, el perito ingeniero en petróleo realizó el siguiente cálculo: partió de 96 envases de propiedad de "Autogas" que "YPF GAS" llenó indebidamente habiéndosela sancionado por ello; como 96 envases representa un 16,52% de la cantidad de 581 envases de terceros que "YPF GAS" llenó en 1996, pasó a aplicar dicho porcentaje durante 44 meses -descartó el mes de diciembre de 1995, único en el que hubo acuerdo de llenado-; haciendo esa aplicación sobre 650.000 tns. que son las ventas, determina que "YPF GAS" habría llenado 92.733 tns. en envases de la actora y el resto de terceros, sin usar nunca envases propios; de lo que hace derivar que la actora dejó de llenar 92.733 tns., representando ello la suma de \$ 193.382.423,73 (pericial ingeniería, fs. 12.203vta., 12.927 y 12.932vta.).

iv) Las pruebas cumplidas en autos impiden
(Expte. N° 85439/02) 163

establecer un obrar antijurídico de la dimensión que pretende la actora y la insoslayable relación de causalidad entre el daño que se invoca producido -sea el calculado por la actora, sea el determinado por el perito ingeniero- con los actos imputados.

v) Se mencionan seguidamente circunstancias que imponen el juicio del apartado que precede.

v.i) La anarquía y falta de control de poder de policía del sistema de canje de envases (al que aludieron los peritos en economía e ingeniero) aparece involucrando a todas las fraccionadoras.

v.ii) Como resultado de esa caótica situación es lógicamente derivable que todas las fraccionadoras hayan llenado envases con marcas ajenas.

v.iii) No se aprecian elementos que permitan establecer los alcances de tal promiscuidad.

v.iv) Si la actora contaba con una cantidad suficiente de envases (en autos se ha informado que el **stock** de envases se hallaba sobredimensionado) no es claro el motivo por el cual se habría visto impedida de envasar la cantidad que menciona.

v.v) Las multas impuestas a "YPF GAS" se sustentaron en el uso de solo 96 envases de "Autogas" durante

Poder Judicial de la Nación

el año 1996 y aunque ello pudiera resultar simplemente simbólico, no parece razonable hacer proyecciones lineales para establecer efectos no probados.

v.vi) El informe de CECLA (fs. 15.136/15.138) y los dictámenes contable (fs. 12.501/12.504, puntos 6 y 7) y de economía (fs. 15.687) que se basaron principalmente en esa prueba informativa, y en lo pertinente, en registros contables de "YPF GAS" revelaron que "YPF GAS" neutralizó - entre 1994 a 1997- esa anormalidad (la de la anarquía y descontrol) mediante la fabricación de 1.047.989 envases (de los cuales 876.975 eran de 10 kgs.) y reparación de 1.384.165 unidades (749.210 de 10 kgs.).

En otros términos, "YPF GAS" contó con envases suficientes para cubrir íntegramente la demanda de producto (con especial referencia a la garrafa de 10 kgs.), sin perjuicio de la incurrancia en ciertas confusiones motivadas principalmente por el deficiente sistema de canje que afectó a todas las fraccionadoras.

En ese sentido se ha concluido en el fallo recurrido que "YPF GAS" aumentó su volumen de ventas en 21.900 tns., teniendo envases nuevos para comercializar 45.800 tns. y que, por consiguiente, quedó demostrado que no precisaba recurrir a envases de terceros.

e) Conclusión.

Por todo lo expuesto propondré al acuerdo confirmar el rechazo de la pretensión examinada y, al propio tiempo, revocar la condena a "YPF GAS" de \$ 2.650, habida cuenta la admisión de la defensa de prescripción.

6. Daño asignado a la "interrupción de suministro".

a) La sentencia.

El reclamo de \$ 1.755.000 formulado por "Autogas", que se sustentó en el hecho de que el corte abrupto e intempestivo del suministro de GLP por "YPF", cuando las partes se hallaban en tratativas para renegociar la deuda, y que le produjo, por un lado, la pérdida de una sustancial porción de mercado y, por otro, que dejara de percibir utilidades entre enero y marzo (de 1997) oportunidad en que reanudó -bien que limitadamente- sus operaciones con "SHELL" (demanda, fs. 10.408, punto V-c), fue íntegramente desestimado en el pronunciamiento apelado.

Para así decidir se juzgó: i) que la deuda no era ficticia; ii) que no hacía falta una previa intimación de cumplimiento ni ejecución de garantías y iii) que el cese fue entonces razonable, descartándose que el cambio de actitud unilateral fuese arbitrario.

Poder Judicial de la Nación

b) Agravios de "Autogas".

Recurrió la demandante expresando sus agravios a fs. 17.283vta./17.290vta., punto V.c.2.3, los que merecieron la réplica de la accionada en fs. 17.329vta./17.247.

Aun cuando el contenido de los agravios exhibe cierta imprecisión, puede apreciarse que lo relevante de las quejas de la actora transita sustancialmente por los siguientes argumentos: i) aplicación de intereses excesivos que al incrementar indebidamente la deuda determina que la misma resulte "ficticia"; ii) que esa deuda era financiada en cuenta corriente, cuyo saldo negativo iba cancelándose diariamente a la par que también periódicamente se concretaban operaciones, lo que excluye una supuesta situación de mora; iii) que la interrupción del suministro de GLP por "YPF" se produjo cuando las partes se hallaban negociando el modo de cancelación del pasivo, sin que existiera una previa intimación de pago, lo cual excluye que el temperamento de la productora haya sido razonable, habiéndose producido un cambio unilateral y arbitrario y iv) que no se ejecutaron previamente las garantías.

c) Situación de "YPF GAS" ("REPSOL YPF GAS").

Ante todo se impone establecer que la defensa

de "YPF GAS" relativa a su condición de persona no vinculada contractualmente con "Autogas" ni imputada por los hechos que desembocaron en la interrupción de suministro decidido por "YPF", se trata de una cuestión resuelta al decidir sobre su falta de legitimación (**supra**, considerando V-7).

d) Examen de los agravios de "Autogas".

En el fallo, entre otras cuestiones, se trató la "falsedad de la deuda" y los efectos de la omisión de "impugnación de las facturas".

La actora, al expresar agravios se preocupó de precisar, insistiendo en ello, que "...el meollo del asunto no pasa por determinar si la deuda es falsa o no, cuestión que en esos términos nunca fue planteada..." (fs. 17.280, al inicio) y, asimismo, que "...tampoco la cuestión pasaba porque Aut-o-gas S.A. haya impugnado las facturas que le enviaba la demandada...". En cambio, adujo que "...la deuda fue imaginaria desde que...mi mandante ha abonado puntual y diariamente el GLP que le compraba a YPF S.A., quien le aumentaba unilateralmente los precios y además le cargaba intereses moratorios y punitivos inexistentes...".

Esto impone algunas precisiones: i) el importe de la deuda por las compras de GLP de "Autogas" a "YPF" se halla fuera de discusión, conforme resulta de los registros

Poder Judicial de la Nación

contables de ambas partes y lo informado por las peritos contadoras (fs. 12.941/12.942, punto 9 y fs. 13.392vta./13.393); ii) esta deuda ascendía el 08-01-97, oportunidad en que se interrumpió el suministro, a \$ 8.500.000 (\$ 6.000.000 por deuda en cuenta corriente y \$ 2.500.000 por intereses compensatorios -\$ 800.000- y punitorios -\$ 1.700.000-) todas cifras redondeadas (pericial contable, fs. 13.395); iii) en la sentencia en recurso se había fallado que los importes cobrados a "Autogas" eran superiores a los de otras fraccionadoras, lo cual ponía en duda la suma adeudada; iv) el debate sobre que se hubiera conferido un trato diferenciado entre "Autogas" y otras fraccionadoras locales, ha sido objeto de evaluación y decisión contraria a lo pretendido por la actora, al tratarse ese resarcimiento, de modo que ha quedado despejado el tema al resolverse la cuestión atinente al "incumplimiento contractual" y v) en consecuencia, la atribución de carácter "ficticio" a la deuda debe entenderse enderezado a demostrar que se aplicaron intereses excesivos, que la actora los iba cancelando diariamente para evitar su crecimiento y que por ello no puede atribuírsele condición de morosa.

Formuladas tales precisiones, juzgo que la cuestión sustancial de la controversia, relativa a la (Expte. N° 85439/02)

interrupción unilateral y arbitraria del suministro de GLP a "Autogas" por parte de "YPF", debe resolverse en favor de la actora.

i) El resultado de las operaciones de compraventa de GLP que "Autogas" celebraba con "YPF", con la asiduidad que resulta de las facturas incorporadas en la causa relativas al crédito que se generaba a favor de la suministrante, pasaba a integrar la cuenta corriente abierta por "YPF".

En ella se volcaba no solo el precio del producto sino, además, intereses de financiación e intereses punitivos; incrementándose o disminuyéndose su saldo en virtud de los créditos -o débitos, en su caso- que se derivaban de las operaciones, los réditos aplicados y las cancelaciones que se producían (pericial contable, evolución de la cuenta corriente en fs. 13.392 vta./13.393 y su análisis en fs. 13.394/13.394vta.; fs. 13.396/13.397).

En definitiva, la configurada era lo que la doctrina usualmente ha calificado como cuenta simple o de gestión, por la cual una de las partes -generalmente la proveedora de un producto- otorga de manera continuada crédito al cocontratante, de acuerdo a las condiciones convenidas.

Poder Judicial de la Nación

Se ha hecho referencia a la cuenta simple o de gestión como una concesión sistemática de crédito aunque manteniéndose la individualidad y condiciones inherentes al contrato que da lugar a cada partida (Rouillón, Adolfo A.N., "Código de Comercio", Ed. La Ley, Bs. As., 2005, T. II, pág. 229/30).

ii) La modalidad de cancelación de deuda fue variando durante la ejecución del contrato pues, por un lado, el importe de crédito financiado fue incrementándose y también fueron ampliándose los plazos concedidos para la cancelación. Pudiendo además observarse que la deuda, en cuanto a capital refiere, se mantuvo constante durante los dos últimos años, lo cual confirma la existencia de cancelaciones correlativas (pericial contable, fs. 13.395/13.397).

iii) La productora-vendedora aplicó intereses punitivos excesivos, superiores a los cobrados en el sistema financiero.

Una descripción de intereses punitivos aplicados resulta del informe pericial contable que por muestreo determinó que para el año 1995 "YPF" cobró a "Autogas" una tasa 61% más cara que la tasa que la actora pagó en el mercado y en el año 1996 ese exceso fue de 24%

(fs. 12.435/12.436, punto 20).

Esta cuestión relativa al abuso en la aplicación de intereses punitorios merece algunos comentarios.

Primero, que la demandada no controvertió esa circunstancia al responder a los agravios, centrando su enfoque en la invocación de que la actora habría pagado mayor cantidad por intereses punitorios devengados en otras financiaciones que los derivados de las operaciones celebradas con "YPF", lo cual es una cuestión inidónea para el examen que se concreta.

Segundo, que el **thema decidendum** no comprendió un reajuste de la deuda relativa a los intereses punitorios. Parece que ello pudo obedecer al hecho de que ulteriormente los intereses punitorios habrían sido condonados al cerrarse la operación de transferencia de fondo de comercio como reiteradamente se ha mencionado. Esto así, al margen de los efectos de cualquier orden que hubiese producido el cobro de réditos sancionatorios excesivos, aunque luego, al concluir la relación, se los hubiere condonado.

De todos modos, he observado que en la pericial contable se ha brindado información que no permite descartar que esos réditos pudieran haber sido cancelados por

Poder Judicial de la Nación

el "fondo fiduciario" formado para aplicar ciertas sumas provenientes del precio de venta del fondo de comercio.

Del dictamen de las peritos contadoras se desprendería que los descuentos obtenidos mediante la negociación de los pasivos habrían sido abonados por el fondo fiduciario aunque no se han registrado adecuadamente (pericial contable, fs. 12.393/12.394).

Tercero, que aunque los intereses punitivos hayan sido condonados -o no, según lo visto- su carácter usurario no constituye un hecho meramente anecdótico; es que su aplicación debió ir engrosando el pasivo de la cuenta corriente, y como la propia "YPF" sostuvo, en más de una ocasión, el nivel de deuda tenía influencia en la fijación del precio de GLP., con lo cual ese desmesurado incremento de los réditos, también coadyuvó a engrosar el total de lo adeudado, según se verá.

e) Conclusión.

La decisión de "YPF" de cesar en el suministro a "Autogas" de GLP, comunicado por carte del 08-01-97 (fs. 21), ha sido intempestiva y arbitraria, lo que cabe derivar del examen de diversas circunstancias que, en tanto concatenadas, deben evaluarse conjuntamente y no como hechos aislados.

i) En primer término, se observa que la deuda instrumentada en facturas pasaba, si su cancelación no era inmediata, a formar las partidas de la cuenta corriente que operaba relacionando a "Autogas" con "YPF", y como ella implicaba concesión sistemática de crédito, dada la naturaleza de la relación contractual, carente de plazo de vigencia, no podría sostenerse sin más producida una situación de mora por la circunstancial demora o retardo en los pagos.

Es que, si las partes decidieron someter su relación a mecanismos particulares para la cancelación del crédito insoluto, a ello debieron someterse en tanto conductas propias libremente adoptadas, cupiendo aquí recordar aquella pauta interpretativa de los contratos mercantiles referida a los hechos subsiguientes de los contratantes como la mejor explicación de la intención de las partes (CCom., 218, 4°; CNCom., esta Sala, "Imágenes Diagnósticas y Tratamiento Médico S.A. c/ Tomografía Computada de Buenos Aires S.A. s/Diligencia Preliminar, del 20-05-10).

No se trata de desconocer la individualidad de las operaciones -ni sus condiciones ni los efectos de los incumplimientos- sino de adecuar las estipulaciones

Poder Judicial de la Nación

originariamente aceptadas al devenir de la relación y sus vicisitudes, de modo que si frente a la exigibilidad de la deuda la acreedora no confería operatividad a la situación de mora y en lugar de ello aceptaba el incumplimiento -o su cumplimiento demorado- y se resarcía percibiendo intereses punitorios -por cierto elevados-, además de los compensatorios, no podía, sin contradecir el principio de buena fe -de fundamental relevancia en las relaciones duraderas (CCiv., 1198)-, adoptar decisiones unilaterales intempestivas que impliquen discontinuar sin más el desarrollo del contrato.

En otros términos, la sistemática tolerancia durante un extenso lapso con los cumplimientos tardíos generó en la deudora la lógica y justificada creencia que cualquier reclamo cuyo incumplimiento podría generar efectos definitivos debió exteriorizarse, anunciándose de modo explícito.

A su vez, ello excluye que el acreedor pueda, sin formular advertencia o dar aviso concreto, con fijación de plazos razonables, retrotraer la situación y reestablecer los efectos propios del estado de mora, como si su vínculo fuese ajeno a los devenires de la relación.

ii) En segundo lugar, debe tratarse con

extremo cuidado lo relativo a la ausencia de una precisa intimación de pago, previo a adoptar la extrema medida de cesar en la provisión de GLP.

No se pasa desapercibido lo invocado por "YPF" sobre que no decidió resolver el contrato y que por ello no era necesario cumplir los requisitos imprescindibles para que opere el pacto comisorio implícito (CCom., 216, misma regla CCiv., 1204), pues su derecho a discontinuar el aprovisionamiento encuentra apoyo en la **exceptio non adimpleti contractus** del CCiv., 1201.

Sin embargo, se observan algunos hechos de relevante particularidad para no receptor en este caso ese temperamento. Por un lado, cabe remitir a lo expresado en los apartados que preceden. Por otro, debe advertirse que no se trata aquí de un simple contrato de cambio sino de uno con prestaciones recíprocas fluyentes, habida cuenta la concurrencia de prestaciones recíprocas de: aprovisionamiento continuado por parte de la productora y de cancelación periódica de la deuda por compras del lado de la distribuidora, en relación a un contrato sin plazo de vigencia, en el cual la provisión se satisfacía en muchísimos supuestos, sin previo o simultáneo pago, obligación que entonces subsumía en el devenir de la cuenta corriente de

Poder Judicial de la Nación

gestión.

Tampoco se soslaya el contenido del fallo de la CNCom., Sala C, **in re** "Chiesa, Ana María c/ Shell CAPSA", del 04-07-08, mencionado en la sentencia de primera instancia, pero las circunstancias de hecho difieren del presente, pues aquí la conducta seguida por "YPF" debió respetarse ya que de otro modo se estaría alzando contra actos propios a los que se adjudicaron efectos jurídicos relevantes.

iii) Lo sostenido en el apartado que precede cobra mayor significación si se considera que las partes se hallaban en plena negociación por la deuda. En efecto, informaron las peritos contadoras que: iii.i) se había formado un "club de bancos" liderado por Banco Torquinst (y los bancos Lavoro, Bandsud y Roberts) con participación y coliderazgo del principal acreedor comercial, "YPF"; iii.ii) habiéndose llegado a un principio de acuerdo "Autogas" entra en diferendos comerciales con "YPF" con lo cual el plan queda desvirtuado y iii.iii) esta información se basa a su vez en lo informado por Banco Torquinst (pericial contable, fs. 12.457/12.458, pregunta 38; informe de "Banco Torquinst", de fs. 14.001 y 14.941).

A su vez, la interrupción del suministro la
(Expte. N° 85439/02)

decide "YPF" en el transcurso de menos de diez días, con sustento en el empantanamiento de las negociaciones y el nivel de la deuda en cuenta corriente -que no distaba de las de otras épocas (ver el intercambio epistolar en fs. 23, 24, 21, 22 y 25); destacándose la intención manifestada por "Autogas" de continuar las negociaciones.

iv) A ello debe aditarse haberse tratado "YPF" de la principal productora de GLP, casi única en cuanto a su desenvolvimiento en todo el Territorio Nacional, según lo ha conceptuado la CNDC en su dictamen 314/99, lo que evidencia una imposibilidad casi absoluta de "Autogas" de suplir su aprovisionamiento.

Y en esta apreciación cobra sentido el precedente citado en el fallo de primera instancia que dictara la CNCom., Sala A, "Fepetrol c/ Shell CAPSA", en fecha 14-09-04, en cuanto a que en contratos como el de la especie la falta de entrega del producto objeto del mismo configura un incumplimiento que frustra el negocio (fs. 16.904, considerando 3).

f) Efectos de la interrupción del suministro.

La decisión unilateral e intempestiva de "YPF" de interrumpir el suministro de GLP opera efectos significativos y por cierto definitivos en cuanto a la

Poder Judicial de la Nación

continuidad de la relación contractual produciendo de hecho una incausada ruptura, con alcances similares a los de una resolución contractual.

En mi parecer, la cuestión se exhibe distinta al supuesto que prevé el CCiv., 1201. Esta norma impide a la parte incumplidora de alguna prestación convenida reclamar a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, sin ofrecer cumplir las suyas o justificar que su obligación es a plazo. Pero en el **sub examine** "Autogas" no pretendió reestablecer la relación contractual sino la indemnización de los daños y perjuicios provocados por la conducta de "YPF". En esa situación, en que ya no existe contrato, cada una de las partes debía soportar las consecuencias de ese particular distracto: la distribuidora honrar el crédito originado en las mercaderías recibidas y no pagadas, en su caso más intereses; y la distribuida, afrontar los daños y perjuicios que hubiere podido ocasionar a su cocontratante.

g) Importe de la condena.

En congruencia con lo reclamado la indemnización se establecerá: i) en las utilidades netas que "Autogas" dejara de percibir en los meses de enero a marzo de 1997; ii) conforme al cálculo que deberá practicar el perito contador que se manda a designar; iii) quien a ese efecto (Expte. N° 85439/02)

deberá tener en consideración: las utilidades que "Autogas" hubiera podido percibir en similares períodos -promediando los resultados de los ejercicios 1993/1995-, siguiendo el mecanismo establecido para determinar el rubro calificado como **chance**.

Esto implica denegar la posibilidad de hacer los cálculos atendiendo a las cantidades mencionadas en el ejemplar del contrato que incorporó la actora, pues su existencia no ha sido reconocida para estos autos.

Al importe que arroje ese cálculo, se adicionarán los intereses, que se computarán de acuerdo al mecanismo establecido en el considerando VII-2-e.3).

En cuanto a otros posibles daños vinculados a una sustancial pérdida del mercado, se trata de cuestión que se examinará al juzgarse sobre los perjuicios reclamados en razón de una forzada transferencia del fondo de comercio.

Propondré, entonces, revocar la sentencia en cuanto a lo decidido sobre este concepto y admitir el reclamo de "Autogas" con los alcances expresados.

7. Daño atribuido al menor precio recibido en la "transferencia del fondo de comercio".

a) La sentencia.

En el fallo apelado se desestimó íntegramente

Poder Judicial de la Nación

la pretensión de percibir un resarcimiento de \$ 45.685.625 en razón del menor precio obtenido a consecuencia de la pérdida de mercado producida por "...todas las maniobras..." -ahogo financiero e interrupción de suministro- que minaron la rentabilidad de "Autogas" (demanda, fs. 10.409/10.409vta., punto V-e). Ese valor lo fijó la actora en función de la cantidad de toneladas que se habría visto impedida de negociar, según cálculos que efectuó al efecto.

La decisión denegatoria se sustentó en dos fundamentos principales: i) haberse tenido por probado el traslado de los mayores costos a los consumidores y la inexistencia de la alegada "maniobra de pinzas", dando con ello respuesta al argumento de la accionante de la argüida pérdida de mercado de un 35% y ii) se ha acreditado que a los fines de la valuación del precio de la transferencia del fondo de comercio no se tomaron en consideración, contrariamente a lo invocado por la demandante, el volumen de toneladas de GLP que vendía dicha parte sino los activos físicos, plantas, envases, camiones, equipos, valor llave, entre otros.

b) Recurso de la actora.

Contra lo decidido recurrió la actora, obrando sus quejas volcadas inicialmente en el título que denominó

"Manifestación preliminar" (fs. 17.248/17.250vta., punto II.1. a, en particular) y luego a fs. 17.298/17.301vta., punto V-E y la contestación de los agravios corre a fs. 7.384/17.387, punto 4) y a fs. 17.433vta./17.437.

Aun cuando la demandante insiste en la procedencia del reclamo, no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos habidos en el fallo para denegar el reconocimiento de la indemnización en función de la capacidad operativa de "Autogas". Pero quizás lo más significativo es que, sin perjuicio de mantener su reclamo originario, introduce otras alternativas manteniendo su reclamo resarcitorio: ahora, por un lado, propone establecer el importe del daño en \$ 25.652.915, resultante de restar al "valor llave" que figura en los balances del año 1994 de \$ 26.652.015 la suma de \$ 1.000.000 percibida del comprador del fondo de comercio con imputación a ese concepto; por otro, como sucedáneo, sugiere fijar ese valor en \$ 12.731.749 que resultaría de comparar resultados emergentes de los años 1996 y 1995; a su vez, de entenderlo el juez precedente, propone fijar el daño en \$ 21.879.619 por pérdida del patrimonio neto que tenía la actora en 1994; y, finalmente, menciona la suma de \$ 72.669.435,15 que respondería a una pérdida total del patrimonio neto (ver en particular, fs.

Poder Judicial de la Nación

17.249vta. y 17.300vta.).

c) Examen de los agravios.

Los considerandos precedentes, en particular los expresados al examinar el daño por "abuso de posición dominante", reflejan que el ilícito obrar de "YPF" significó, por un lado, que se viera injustificadamente obligada a pagar precios superiores a los que hubieran correspondido, con el consiguiente incremento de costos operativos y financieros, indefectibles para quien opera con cuenta corriente de gestión, y que sólo parcialmente pudo trasladar a los consumidores (daño emergente) y, por otro, que tal obrar determinó que se hallara impedida de comercializar mayor número de toneladas de GLP, con efectos perjudiciales tanto en su rendimiento directo cuanto en sus posibilidades de crecimiento empresarial (lo que fuera evaluado como **chance** de obtener mejores resultados) (**supra**, considerando VII-2).

Por otra parte, más allá de la sobrevenida imposibilidad de reexaminar o reajustar deudas cuya facturación devino en "cuentas liquidadas", en primer lugar, por hallarse prescripta la acción que alcanzaba a la mayor parte del crédito y, en segundo término, por no haberse probado el carácter ficticio de lo adeudado ni abuso de las condiciones de contratación o liquidación ni haberse

(Expte. N° 85439/02) 183

reclamado la restitución de los intereses exorbitantes percibidos, lo cierto es que el cobro de intereses usurarios, aunado a los extremos señalados en el apartado que precede, han conformado factores que previsiblemente condujeron, en medida significativa, al ahogo financiero de "Autogas".

Sobre este tema, no paso por alto que tanto la actora como, al menos, el perito ingeniero en petróleo, han puesto de resalto que esta situación, o una más grave, habrían sufrido otras 25 fraccionadoras, que al tiempo de los hechos operaban en el mercado, lo que demostraría -según esa visión- cuál haya sido la intención de la productora, actuando en supuesta connivencia con la sociedad controlada "YPF GAS"; sin embargo, la cuestión relativa a que el retiro de esas empresas del mercado, pudiera haber obedecido a un obrar doloso enderezado a su "desplazamiento espurio" del ámbito de actuación, no ha sido materia de concreta investigación en sede administrativa ni de resolución por los tribunales judiciales que intervinieron oportunamente; cupiendo advertir que no obstante habérsela invocado al demandar, tal específica circunstancia -o los hechos inherentes- no ha sido suficientemente justificada en estos autos por los medios idóneos.

Con la ulterior unilateral e intempestiva

Poder Judicial de la Nación

interrupción del suministro de GLP, por la única -o prácticamente la -única- productora con actividades en casi todo el País, se ha imposibilitado a "Autogas" continuar con su actividad y, consecuentemente, el cumplimiento de su objeto específico, imponiéndole la necesidad de transferir, en las condiciones que fuere, su fondo de comercio; ello así, no obstante hallarse vigentes conversaciones tendientes a reestructurar su pasivo, mediante la conformación de un "club de bancos" y activa participación, entre otros, de la propia demandada ("YPF").

Tal como se expuso, ello significó, en los hechos, la desvinculación contractual, con efectos similares a una resolución contractual intempestiva, y la posibilidad de la actora de continuar regularmente sus actividades con su inherente pérdida de mercado. En otros términos, si "Autogas" no enajenaba de modo inmediato su fondo de comercio, la suerte a seguir podría haber sido la de una disolución societaria (LSC, art. 94: 4, segundo supuesto, o 5) o la de intentar reestructurarse en el ámbito concursal, con el riesgo de configurarse otro supuesto de disolución (art. 94: 6).

En definitiva "Autogas" transfirió a "SHELL" su fondo de comercio, tal como resulta de su "Acuerdo Marco",
(Expte. N° 85439/02)

suscripto el 21-05-97, modificado por "Actas Complementarias" del 02-06-97, 23-07-97 y 12 y 19-09-97, complementado por los términos de los "Documentos de Venta" otorgados mediante escrituras N° 431 y 432 y del "Contrato de Fideicomiso" (fs. 13.740/13.985).

En ese contexto, por una parte, pierden trascendencia los dos fundamentos habidos en la sentencia para desestimar íntegramente el reclamo por lo que cabe revocar lo decidido y, por otra, por consiguiente, admitir el resarcimiento estableciendo cuantitativamente el importe a concederse.

d) Determinación del daño e importe de la indemnización.

En su origen, la suma reclamada por "Autogas" se atribuyó al hecho de que las maniobras de la contraparte le produjo una pérdida de mercado a su respecto del 35% ya que al transferirse su fondo de comercio sólo comercializaba 80.000 tns. anuales en lugar de las 130.000 tns. que operaba antes del mencionado accionar. Agregó, que la adquirente del fondo de comercio, SHELL, pagó únicamente la suma de \$ 73.097.000, esto es, 913,71 la tn., cuando de haberse considerado el volumen expresado se habría pagado \$ 118.782,625.

Poder Judicial de la Nación

Considero, en coincidencia con lo juzgado en primera instancia, que los términos en que se formuló el reclamo son impertinentes.

Ante todo, tal como lo expusiera la Juez **a quo**, lo estipulado en el contrato de transferencia descarta que el precio de venta se hubiera fijado en función del volumen posible de ventas.

De modo complementario, también fue señalado que el precio de enajenación se fijó en atención a los bienes que fueron detallados en el art. III, valuándose del modo que surge del art. IV (fs. 13.790), y el "valor llave" se estableció en forma separada conforme al procedimiento allí descripto. Nada de esto fue criticado idóneamente por "Autogas".

Además, la actora remite a una cifra de 130.000 tns. mensuales que resultan de un contrato al cual se le ha desconocido eficacia a los efectos de este juicio, conforme a lo ya juzgado.

A su vez, el perito ingeniero en petróleo, sin sustento en documentación alguna que lo habilite al efecto, concretó un cálculo muy particular, partiendo de una estimación realizada en el ámbito de la CNDC, relativa a las posibles consecuencias del abuso de posición dominante de

"YPF" y aplicando un porcentaje de participación de "Autogas" en el mercado del 14% -proporción sobre la que existen discrepancias y que se ha decidido no aceptar-, lo cual lo llevó a determinar producida una afectación por un importe hasta algo superior al pretendido inicialmente por la propia actora.

Para concluir, se advierte que el ingeniero en petróleo, al contestar las impugnaciones que le formulara la demandada, admitió que los valores consignados en su dictamen no son reales sino hipotéticos, lo que obedeció al hecho de que las preguntas que tuvo que responder también fueron planteadas en el campo de lo conjetural.

Al margen de ello, debe precisarse que las nuevas cifras incorporadas por "Autogas", en su expresión de agravios, según lo ya referido, resultan inaceptables: es que, algunas se asientan en valores de patrimonio neto inidóneo para medir el "valor llave" que es lo que corresponde cuando lo que se enajena no es la sociedad -o su paquete accionario- sin sólo su fondo de comercio y, otras, se basan en pérdidas que reflejan estados contables carentes de fiabilidad, lo que ha llevado a descartarlos para discernir diversas cuestiones en este juicio.

Sin embargo, probado como se halla el

Poder Judicial de la Nación

perjuicio de la actora por la interrupción forzosa de su actividad mercantil específica, corresponde determinar el importe del daño a resarcir.

A tal efecto, seguiré un criterio que ha devenido asiduo para resolver supuestos similares en el fuero en lo comercial -que ha sido una alternativa posible según la actora (fs. 17.302vta.)-: al denominado "valor llave" se lo ha medido en función del lucro esperado por la empresa que se habría visto impedida de continuar operando -al menos con el sujeto y los volúmenes con que lo venía haciendo, en el caso examinado-. Es que, en supuestos como de la especie, en que tratándose de una relación duradera pero sin plazo cierto de vencimiento, expuesta a concluir por la sola voluntad de una de las partes, ello implica la virtual inexistencia del "valor llave" que se confunde con el derecho de no padecer una ruptura brusca e intempestiva (CNCom., "Larramendy, Domingo y otros c/ Resero S.A.", del 30-9-79; **idem**, Sala C "Tercal S.A. c/ IBM Argentina S.A.", del 13-02-98, citado aquí por la actora, y que confirmó un fallo de primera instancia del suscripto).

Se ha sostenido que el nombre, antigüedad en el ramo, la experiencia o la ubicación, carecen generalmente de valor de mercado cuando el negocio no tiene resultado

positivo y por ende el "valor llave" lo determina la capacidad de ganancia futura, y esta se establece cuando existen ganancias reales sobre cuya base se proyectan las ganancias futuras probables, lo que justamente constituye el cálculo del lucro cesante (Marzorati, Osvaldo J. "Contrato de Concesión Comercial", diario ED 126-978, del 24-02-88). En similar sentido puede verse el fallo de la CNCom., Sala A, "Barragán, Juan H. c/ Grimoldi La Marca del Medio Punto", del 31-10-89, en diario LL del 16-08-90; entre muchos otros).

Estableceré el **quantum** de este resarcimiento en el equivalente a las utilidades netas que "Autogas" pudo haber logrado durante un plazo de diez (10) meses, término que se fija considerando: i) la extensión de la actuación temporal de la actora en el mercado -más de treinta años-, aunque la relación con "YPF" se extendiera por aproximadamente cuatro años, teniendo en cuenta que el nombre y la experiencia de su actividad en el sector, como reconocida empresa del ramo, es un valor que lógicamente ha sido de provecho para la productora y que debe reconocerse; ii) el hecho de que al enajenar el fondo de comercio la actora percibió una importante suma que se destinó -fideicomiso de por medio- a cancelar sus pasivos y el importe de \$ 1.000.000 en concepto de "valor llave" se considerará al

Poder Judicial de la Nación

efecto; iii) la determinación del importe indemnizatorio se concretará por el perito contador que se ordena designar, aplicando las mismas pautas establecidas en el considerando VII-2-e.2, que refiere al resarcimiento por **chance**; iv) al resultado que se obtenga se agregarán los intereses que se computarán a la tasa establecida en la sentencia de primera instancia, mas fijándose el **dies a quo** en la fecha que se concretó la transferencia (en septiembre de 1997); v) el cálculo pertinente lo confeccionará el perito contador que se dispone designar para realizar la liquidación de los demás daños que se reconocen.

VIII. No concluiré sin antes señalar que en este voto se han examinado todas las argumentaciones sustanciales de las recurrentes que se consideraron esenciales para la solución del litigio. Sin perjuicio de ello, se advierte que otros argumentos contenidos en las profusas expresiones de agravios, no se han evaluado en el convencimiento de que no son susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (C.S.J.N. **in re** "Alimentos de los Andes S.A. c/ Banco de la Provincia de Neuquén", del 14-09-00, publicado en T° 323.2418).

De igual modo, cabe también expresar que se ha producido en este voto el análisis de todas aquellas pruebas

que lograron formar convicción en el suscripto en orden a la resolución del conflicto. Reiteradamente se ha expresado que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que se estiman conducentes para fundar sus conclusiones (C.S.J.N., **in re** "Soñes, Raúl Eduardo c/ Administración Nacional de Aduanas", del 12-02-87, publicado en Fallos 310,I:275).

IX. Intereses.

a) En el fallo recurrido se dispuso que al importe de la condena deben aditarse intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días (fs. 16.892).

b) De ello se agravieron tanto "REPSOL YPF GAS" (fs. 17.155, punto V-7 como "YPF GAS" (fs. 17.245vta., punto IV.9), argumentando que como la cuantía de los daños se estableció en los términos del CPr., 165, a valores actuales, corresponde la aplicación de una tasa pura del 6% anual.

c) Los agravios serán desestimados: i) respecto de "REPSOL YPF GAS" porque la cuestión ha devenido abstracta al revocarse su condena y ii) en relación a "YPF" pues ni en la anterior instancia ni en este voto se establecen valores actualizados a la fecha de la condena.

Poder Judicial de la Nación

X. Régimen de costas.

a) Establece el CPr., 279 que cuando la sentencia de la Cámara fuera revocatoria o modificatoria de la de primera instancia el Tribunal adecuará las costas al contenido de su pronunciamiento. Como ello es lo que aquí sucede, según el voto de este vocal y si la decisión resultare compartida por mi distinguido colega, debe también juzgarse sobre la imposición de costas.

b) En el pronunciamiento apelado se condenó a YPF S.A. y a REPSOL YPF GAS S.A., imponiéndoseles las costas del proceso (fs. 16.925).

c) Por aplicación del principio objetivo de la derrota (CPr., 68) cabe mantener dicha condena en relación a "YPF" en primer término, porque tratándose de una acción por daños y perjuicios, las costas deben imponerse a la parte que por su proceder dio motivo al pedido resarcitorio de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia de que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CSJN, **in re** Romero S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión por D.G.I.", del 06-03-01, **idem.** CNCom., Sala D, "Ferrer, Miguel c/ Sindicato de (Expte. N° 85439/02)

Vendedores de Diarios y Revistas s/ sumario", del 08-03-05; entre muchos otros), lo cual excluye tratarse la cuestión como un supuesto de pluspetición inexcusable y, en segundo lugar, pues: i) en relación a las excepciones que, aun habiendo podido oponerse como previas, en definitiva son resueltas como defensas de fondo, como el caso de la **legitimatio ad causam** que se resuelve como defensa de **sine actione agere** (CPr., 347: 3°); y ii) la de prescripción cuando se opuso como previa pero no puede resolverse como de puro derecho o cuando directamente se deduce como defensa de fondo (CPr., 346), la cuestión de las costas queda involucrada en la suerte que en definitiva se confiera a la cuestión sustancial en la que ha quedado subsumida. Por ello, como principio, dejando a salvo situaciones particulares, el sentido de las costas queda sujeta a la admisión o rechazo de la cuestión de fondo.

En cuanto a la imposición de costas a "REPSOL YPF GAS" será modificada, imponiéndoselas por su orden en ambas instancias; esto así: i) habida cuenta que la norma del citado art. 68, segundo párrafo, habilita al juez a eximir total o parcialmente de la responsabilidad por las costas al litigante vencido siempre que encuentre mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento; ii) ello es lo que aquí

Poder Judicial de la Nación

acontece en tanto existían elementos más que suficientes para que la actora se creyere con derecho a accionar también contra esta codemandada: ii.i) en primer término, porque mediaba entre ambas accionadas -más allá de las vicisitudes que determinaron que "YPF GAS" concluyera siendo "REPSOL YPF GAS", una particular relación de control que llevó, incluso, a la CNDC a señalar que entre ellas operaban precios de transferencia y ii.ii) porque las propias demandadas coadyuvaron a generar cierta convicción en el sentido de estar litigando contra una misma parte como lo demuestra el modo promiscuo en que se expresaron al responder a la demanda, lo cual recién se intentó clarificar y enderezar al formular su alegato, tal como lo advirtió la Juez **a quo**, y, con más precisión, recién al expresar agravios.

XI. CONCLUSION:

Si mi propuesta fuera compartida por el Magistrado que vota en segundo término, corresponderá:

a) Confirmar el fallo recurrido en cuanto desestima la excepción de falta de legitimación activa de "Autogas", opuesta por ambas demandadas.

b) Modificar la sentencia en cuanto desestima la defensa de falta de acción de "YPF GAS" ("REPSOL YPF GAS"), admitiendo dicha excepción respecto a las pretensiones

de "abuso de posición dominante", "incumplimiento contractual" e "interrupción de suministro".

c) Modificar parcialmente el pronunciamiento apelado en lo relativo a la excepción de prescripción que se propone resolver del siguiente modo: i) en relación a "YPF" se declaran no prescriptas las pretensiones denominadas: "abuso de posición dominante" como responsabilidad contractual, de "incumplimiento contractual", de "corte de suministro" y de "venta de fondo de comercio"; ii) respecto de "YPF GAS" se declaran prescriptas las acciones que sustentaron todas las pretensiones en su contra.

d) Revocar la sentencia pronunciada contra "REPSOL YPF GAS", en razón de la prescripción de las acciones ejercidas contra ella.

e) Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto la condena a "YPF" concerniente a la acción por "abuso de posición dominante" -comprensiva de las pretensiones de pagos en exceso y pérdida de ventas- en los términos del considerando VII-2.

f) Revocar el fallo apelado respecto al reconocimiento de una indemnización contra YPF" en concepto de "incumplimiento contractual".

g) Confirmar el pronunciamiento apelado en

Poder Judicial de la Nación

cuanto desestima, respecto de ambas demandadas -al margen de las prescripciones declaradas-, las acciones denominadas como "acción de pinzas" y "uso de envases ajenos".

h) Revocar la sentencia en cuanto deniega las pretensiones de "interrupción de suministro" y "transferencia de fondo de comercio", las cuales se admiten contra "YPF", de modo parcial, en los términos de los considerandos VII-6 y 7.

i) Desestimar los agravios enderezados a modificar la tasa de interés ordenada aplicar, confirmándose lo decidido en la sentencia recurrida.

j) Modificar la condena en costas, la cual se fija en los siguientes términos: i) en relación a "YPF", se imponen por ambas instancias íntegramente a su cargo por su condición de ser sustancialmente vencida; ii) respecto "REPSOL YPF GAS", se establecen por su orden para las dos instancias.

k) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que quede firme la determinación del monto de la condena que se manda a practicar.

l) Encomendar al Juez de primera instancia que inste oportunamente la supervisión del ingreso de la tasa judicial, teniendo en consideración los términos de la

resolución pronunciada en el beneficio de litigar sin gastos (Expte. N° 83.515/02).

XII. Por todo ello y habiéndose conferido vista a la Representante del Ministerio Público Fiscal, quien consideró no debía expedirse sobre la materia recursiva, propongo al Acuerdo: confirmar, revocar y modificar la sentencia en los términos que resultan de la "Conclusión" (considerando XI).

Así voto.

El Señor Juez de Cámara, doctor Ángel O. Sala dice: Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Con lo que termina este Acuerdo, que firman los Señores Jueces de Cámara doctores Ángel O. Sala y Miguel F. Bargalló. Ante mí: Francisco J. Troiani. Es copia del original que corre a fs.....del libro n° 33 de Acuerdos Comerciales, Sala "E".

FRANCISCO J. TROIANI
Secretario de Cámara

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2013.

Y VISTOS:

Poder Judicial de la Nación

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: confirmar, revocar y modificar la sentencia en los términos que resultan de la "Conclusión" (considerando XI). Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por Secretaría y a la Representante del Ministerio Público, a cuyo fin, remítanse las presentes actuaciones. Comuníquese (cfr. Acordada C.S.J.N. N° 15/13).

ÁNGEL O. SALA

MIGUEL F. BARGALLÓ

FRANCISCO J. TROIANI
Secretario de Cámara